

EN LO PRINCIPAL: DEDUCE RECURSO DE REPOSICIÓN; **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS; **SEGUNDO OTROSÍ:** DA POR REPRODUCIDOS ARGUMENTOS PRESENTADOS. **TERCER OTROSÍ:** TÉNGASE PRESENTE.

SEÑOR
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE



JORGE RODRÍGUEZ O. en representación de **INTERCHILE S.A.** (Interchile o la Empresa), en el expediente de procedimiento sancionatorio rol **D-045-2017**, iniciado mediante la Res. Ex. N° 1 / Rol D-045-2017, de fecha 3 de julio de 2017 (Formulación de Cargos), a usted respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, establecida en el artículo segundo de la Ley N° 40.417 (LOSMA), y en la representación que invisto, deduzco recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 397, de fecha 2 de abril de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), por medio de la cual se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-045-2017, seguido en contra de Interchile (Resolución Recurrída).

Como se analizará a continuación, la Resolución Recurrída es contraria a derecho, y ocasiona un manifiesto perjuicio a Interchile, por lo que solicito se sirva acoger el presente recurso, dejándola sin efecto y la enmiende conforme a derecho, absolviendo en lo pertinente de los cargos formulados o rebajando las multas, todo lo anterior conforme a una fundamentación que se haga cargo de las ilegalidades demostradas a lo largo de este escrito.

I. ANTECEDENTES GENERALES Y LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

a) Antecedentes generales del procedimiento sancionatorio

a.1) RCA del Proyecto

Interchile es titular del proyecto "Plan de expansión Chile LT 2x500 kV Cardones-Polpaico" (Proyecto), cuyo Estudio de Impacto Ambiental (EIA) fue calificado favorablemente por la Dirección

Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), a través de la Res. Ex. N° 1608, de fecha 10 de diciembre de 2015 (RCA).

De acuerdo a la RCA, el Proyecto contempla la construcción y operación de una línea de transmisión eléctrica de alto voltaje en doble circuito y sus correspondientes subestaciones. En lo medular, el Proyecto considera una sola línea eléctrica entre las subestaciones de Cardones, en las cercanías de Copiapó, y la subestación Polpaico, ubicada en la Región Metropolitana, subdividida en tres lotes o partes, todos evaluados a través del EIA del Proyecto (Lote 1, denominado Cardones-Maitencillo; Lote 2, denominado Maitencillo-Pan de Azúcar; y Lote 3, denominado Pan de Azúcar- Polpaico). Lo señalado, desde una mirada general, suma una extensión aproximada de 753 km de longitud entre 4 regiones del país y una superficie de intervención de 689,53 ha.

a.2) Proceso sancionatorio ante la SMA

En relación con la referida RCA, con fecha 3 de julio de 2017, la SMA inició el procedimiento administrativo sancionatorio Rol N° D-045-2017. Al respecto, se formularon dos cargos del siguiente tenor:

- (1) *Construcción y operación de una instalación de faena en la comuna de Los Vilos no descrita en la evaluación ambiental del Proyecto.*
- (2) *No se ha cumplido la medida de Plan de rescate y relocalización de suculentas en los siguientes aspectos:*
 - i) *No ha finalizado el trasplante de individuos involucrados en la medida, pese a haberse dado inicio a etapa de construcción del Proyecto.*
 - ii) *No se dio aviso del inicio del rescate a la Superintendencia del Medio Ambiente, pese a haberse iniciado la ejecución de la medida.*
 - iii) *No se ha reportado ningún monitoreo correspondiente al seguimiento de la medida, pese a haberse iniciado la ejecución de la medida.*

Posteriormente, con fecha 28 de julio de 2017, Interchile presentó un Programa de Cumplimiento (PC), el que fue rechazado por la SMA mediante la Res. Ex. N° 11 / ROL D-045-2017, de fecha 15 de diciembre de 2017. Dicha resolución de la SMA que rechazó el PC de Interchile fue reclamada

judicialmente ante el Tribunal Ambiental de Antofagasta, mediante escrito de reclamación presentado con fecha 11 de enero de 2018, recibiendo el rol de ingreso R-4-2018. Actualmente dicha causa se encuentra en acuerdo para fallo.

Con fecha 4 de enero de 2018, Interchile presentó sus descargos contra la Formulación de Cargos.

Más adelante, con fecha 16 de marzo de 2018, la Fiscal Instructora del procedimiento elevó su Dictamen al Superintendente del Medio Ambiente, proponiendo exactamente las mismas sanciones que luego se aplicaron.

Finalmente, con fecha 2 de abril de 2018, el Superintendente del Medio Ambiente dictó la Resolución Exenta N° 397 (**Resolución Recurrída**), que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio D-045-2017, aplicando sanciones de multa respecto a los dos cargos formulados.

b) Las sanciones impuestas

El resuelvo primero de la Resolución Recurrída determinó aplicar la sanción de multa a los siguientes hechos constitutivos de infracción.

<u>Letra del resuelvo primero de la Resolución Recurrída</u>	<u>Hecho constitutivo de infracción</u>	<u>Multa (UTA)</u>
(a)	“Construcción y operación de una instalación de faena en la comuna de Los Vilos no descrita en la evaluación ambiental del Proyecto”.	695
(b)	“No se ha cumplido la medida de Plan de rescate y relocalización de suculentas en los siguientes aspectos: (i) No ha finalizado el trasplante de individuos involucrados en la medida, pese a haberse dado inicio a etapa de construcción del Proyecto; (ii) No se dio aviso del inicio del rescate a la Superintendencia del Medio Ambiente, pese a haberse iniciado la ejecución de la medida; (iii) No se ha reportado ningún monitoreo correspondiente al seguimiento de la medida, pese a haberse iniciado la ejecución de la medida”.	407

Cabe hacer presente que, respecto al cargo formulado relativo a no haber cumplido el Plan de rescate y relocalización de suculentas (letra (b), anteriormente reproducido), en cuanto al primer aspecto imputado, esto es, no haber finalizado el trasplante de individuos pese a haberse dado inicio a etapa de construcción del Proyecto (literal (i), anteriormente reproducido), la Resolución Recurrída absolvió a Interchile, por lo que el presente recurso no se dirige contra esta decisión absolutoria.

II. INFRACCIONES Y SANCIONES

A continuación, se realiza un análisis de cada una de las infracciones imputadas a Interchile por la SMA, con su respectiva sanción en la Resolución Recurrída, indicando las objeciones pertinentes de Interchile que demuestran por qué la SMA debió absolver o, en su defecto, reducir la multa impuesta.

1. INFRACCIÓN DE LA LETRA A), DEL RESUELVO PRIMERO, DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

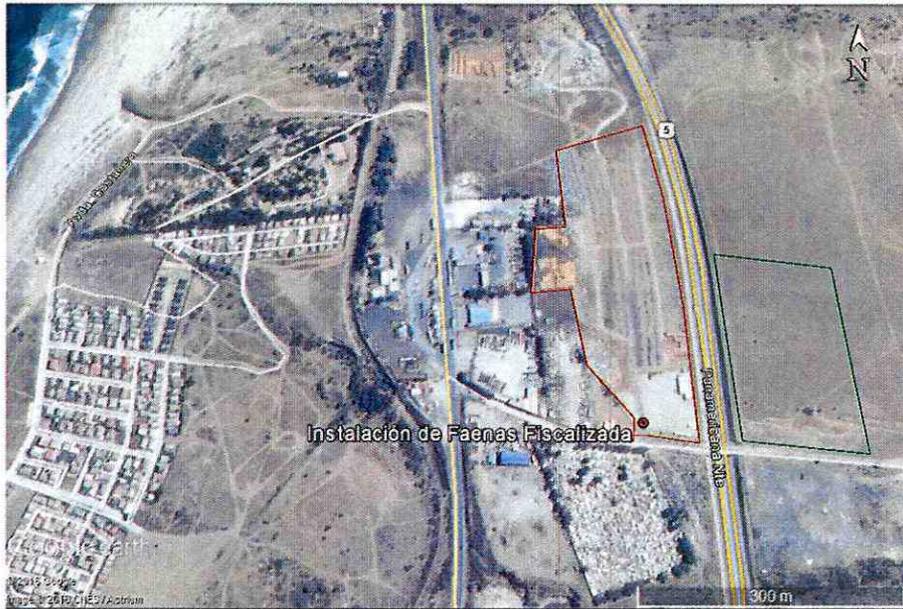
1.1 Contexto

1.1.1 Hecho constitutivo de infracción y multa

a)	“Construcción y operación de una instalación de faena en la comuna de Los Vilos no descrita en la evaluación ambiental del Proyecto”.	695 UTA
----	---	------------

1.1.2 Configuración de la infracción

Como se observa en la p. 16 del Informe de Fiscalización DFZ-2016-8782-III-RCA-IA (**Informe de Fiscalización**), la siguiente imagen sirvió de base a la SMA para formular el cargo en cuestión:



Posteriormente, la Resolución Recurrída indica que “de conformidad a los hechos constatados en el Acta de inspección de fecha 1 de diciembre de 2016, fue posible establecer la inexistencia de las instalaciones de faenas 3B, 3C y 3D, las que habrían sido reemplazadas por una instalación de faenas no contemplada en la evaluación ambiental, ubicada en Los Vilos” (considerando 176). Finalmente, luego de analizar los descargos, en el considerando 193 de la Resolución Recurrída se señala que: “la infracción ha sido detectada a propósito de la actividad de inspección ambiental de fecha 01 de diciembre de 2016, tal como consta en el Acta de Inspección de la misma fecha, y en el Informe de Fiscalización DFZ-2016-8782-III-RCA-LA”, por lo que se da por configurada la infracción.

1.1.3 Clasificación de la infracción

La presente infracción se clasificó como **grave** (considerando 230).

1.1.4 Aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA

De conformidad con el art. 40 de la LOSMA, las sanciones específicas que en cada caso se apliquen, deben considerar las circunstancias allí descritas. En relación con el cargo en cuestión, la siguiente tabla resume la forma en que la Resolución Recurrída se hizo cargo de las circunstancias mencionadas:

Circunstancia del art. 40.	Forma en que se consideró	Considerando Resolución Recurrida
a) Importancia del daño causado o del peligro ocasionado.	Se configura esta circunstancia, aunque no se especifica si aumenta o no el valor de seriedad.	269 - 296.
b) El número de personas cuya salud pudo verse afectada por la infracción.	No aplica.	302.
c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.	Valorado en 357,1 UTA.	245.
d) La intencionalidad en la comisión de la infracción.	Se determina como factor de incremento.	330.
e) La conducta anterior del infractor.	Se descarta como factor de incremento y se considera como factor de disminución.	333 y 336.
f) La capacidad económica del infractor.	No procede ajuste por tamaño económico y capacidad de pago.	372.
g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del art. 3°.	No aplica.	236.
h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida por el Estado.	No aplica.	236.
i) Cooperación eficaz en el procedimiento (todo otro criterio que la SMA estime relevante).	Se aplica como factor de disminución.	344.

i) Aplicación de medidas correctivas (todo otro criterio que la SMA estime relevante).	Se descarta como factor de disminución.	362.
ì) Importancia de vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (todo otro criterio que la SMA estime relevante).	Afectación alta al sistema jurídico de protección ambiental.	314.

1.2 Objeciones

En el presente acápite se ofrecen las objeciones más relevantes en contra de lo resuelto en la Resolución Recurrída. Al respecto, se demuestra que la Resolución Recurrída tiene los siguientes defectos relativos al cargo de la IF Los Vilos: (i) errónea configuración de la infracción, (ii) errónea clasificación de gravedad, (iii) errónea determinación del beneficio económico de la supuesta infracción, y (iv) errónea determinación de los elementos constitutivos del componente de afectación. En cada uno de los casos se indicará (a) lo resuelto por la SMA y (b) los argumentos que refutan las conclusiones a las que arribó la SMA.

1.2.1 Errónea configuración de la infracción

(a) Lo resuelto por la SMA

Interchile sostuvo en sus descargos que la IF Los Vilos consistía en una modificación del Proyecto y, por tanto, la SMA debía tipificar el cargo adecuadamente y efectuar un análisis de consideración de acuerdo al art. 2, letra g), del RSEIA. Lo anterior, dado que la competencia de la SMA para sancionar infracciones a RCA está limitada sólo a las “normas, condiciones y medidas” de una RCA y no a la descripción del proyecto, porque para modificaciones en la descripción de proyectos la SMA debe hacer un análisis de elusión al SEIA. Todo esto quedó de manifiesto el tenor literal del cargo e infracción imputado, que era: “*Construcción y operación de una instalación de faenas en la comuna de Los Vilos no descrita en la evaluación ambiental del Proyecto*”. Ello, por definición, debe enmarcarse en un análisis de modificación de

proyecto de acuerdo a la normativa vigente y, por tanto, la SMA debió haber oficiado al SEA para que dicho organismo emitiera su opinión al respecto. Sin embargo, nada de esto hizo la SMA.

Al respecto, la Resolución Recurrida expuso que *“no es posible aceptar la argumentación de la Empresa, en cuanto sólo reconoce como una posible infracción aquellos cambios introducidos al Proyecto que requieran ser evaluados ambientalmente, descartando que cambios distintos de aquellos sean susceptibles de constituir infracción alguna.[...] Sin embargo, dicha conclusión resulta incompatible con las finalidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, así como con el tenor literal expreso del artículo 24 inciso final de la Ley 19.300...”* (considerando 185). Asimismo, la SMA consideró que *“debe tenerse presente que una ejecución del Proyecto que difiera de lo establecido durante su evaluación ambiental, es susceptible de constituir una infracción al artículo 35 letra a) de la LOSMA, en cuenta incumplimiento de condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA, independiente de si constituye una modificación de proyecto que requiera ser ingresada al SELA”* (considerando 186). Finalmente, la SMA sostiene que *“cabe hacer presente que la imputación del hecho infraccional corresponde a una facultad privativa de esta Superintendencia, contando para ello con un espacio de discrecionalidad administrativa”* (considerando 189).

(b) Refutación

Como resulta evidente de la sola lectura del razonamiento de la SMA, ésta yerra en comprender y analizar los argumentos de Interchile, así como para fundamentar su propio análisis.

En primer lugar, resulta evidente que la SMA tiene competencias limitadas para sancionar sólo *“normas, condiciones y medidas”* de las RCA, mientras que para cambios en la descripción de un proyecto lo que debe hacer es una revisión de si éstos son o no de consideración. La SMA confunde lo dispuesto en el art. 24, inciso final, de la Ley N° 19.300, que obliga a los titulares a ejecutar sus proyectos en estricto cumplimiento con la RCA, pero que sin embargo no prohíbe efectuar modificaciones al proyecto. De lo contrario incluso modificaciones autorizadas por RCA constituirían un incumplimiento de la RCA anterior, lo que resulta absurdo. Por ende, yerra la SMA cuando sostiene que la interpretación de Interchile *“resulta incompatible con las finalidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, así como con el tenor literal expreso del artículo 24 inciso final de la Ley 19.300”* (considerando 185), puesto que, como se señaló, una cosa es ejecutar un proyecto en contravención con las normas, condiciones o medidas de la RCA, por una parte, y una muy distinta es modificar un proyecto, que es exactamente lo que ocurrió en este caso, en cuyo caso su licitud deberá determinarse oficiando al SEA para un análisis propio de elusión al SEIA.

En segundo lugar, la SMA se equivoca cuando sostiene que “una ejecución del Proyecto que difiera de lo establecido durante su evaluación ambiental, es susceptible de constituir una infracción al artículo 35 letra a) de la LOSMA” (considerando 186), puesto que dicho organismo no tiene potestad sancionatoria respecto de la descripción de los proyectos al amparo del art. 35, letra a) de la LOSMA, sino sólo respecto de las “condiciones, normas y medidas” de las RCA. En tal sentido, la SMA intenta ampliar sus facultades en expresa contradicción con el principio de juridicidad, establecido en el art. 7 de la Constitución Política de la República, en virtud del cual, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, pueden los organismos del Estado atribuirse otras autoridades, competencias o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Finalmente, el tenor manifiesto de la Formulación de Cargos fue una infracción de elusión: “Construcción y operación de una instalación de faenas en la comuna de Los Vilos **no descrita en la evaluación ambiental del Proyecto**”. Tal imputación no da margen de discrecionalidad a la SMA, entre alternativas disponibles. La SMA tiene discrecionalidad para formular cargos con distinta carga normativa, pero una vez formulados debe atenerse al tenor literal de lo atribuido al infractor. En tal sentido, constituye una arbitrariedad de la SMA imputar la existencia de la IF Los Vilos como “no descrita en la evaluación ambiental del Proyecto” para luego omitir cualquier análisis de consideración de dicho cambio en la descripción del Proyecto. En tal sentido, se configura también una infracción al principio de juridicidad constitucional, establecido en el art. 7 de la Constitución Política de la República, que prescribe que los órganos del Estado deben actuar, dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley. De este modo, la SMA no ofició al SEA para que dicho organismo efectuara un análisis de consideración respecto a la modificación del Proyecto, sino que simplemente eludió dicho requerimiento legal mediante una atribución artificiosa de incumplimiento de RCA, el que, como vimos, no es posible de acuerdo a las competencias expresas y limitadas de la SMA en materia sancionatoria.

Por las razones expuestas, debe absolverse a Interchile del cargo en cuestión, debido a que la tipificación no fue adecuada y se omitieron requerimientos procedimentales esenciales, como la consulta al SEA, lo que impide a la SMA sancionar en el presente caso. Tan relevante es dicha omisión, que si el SEA hubiese determinado que la modificación en cuestión no requiere ingresar al SEIA el cargo formulado por la SMA carecería de sentido (no existiría caso). A mayor abundamiento, esta parte aportó prueba en tal sentido.

1.2.2 Errónea clasificación de gravedad

(a) Lo resuelto por la SMA

Interchile sostuvo en sus descargos que la IF Los Vilos debía ser clasificada como leve, en primer lugar porque la SMA no había dado ni el más mínimo argumento en la Formulación de Cargos para afirmar la gravedad de la infracción, la que simplemente se determinó en el resuelto II de dicha resolución, sin más análisis que la declaración de gravedad y la indicación del art. 36, N° 2, letra e) de la LOSMA. Posteriormente, los descargos demostraron que no se configuraban los requerimientos de gravedad establecidos en la LOSMA, puesto que no se trataba de un incumplimiento de RCA, así como tampoco de una medida central, de larga duración y con un bajo grado de implementación.

La SMA, sin embargo, sostuvo que la Formulación de Cargos fundaba suficientemente la gravedad, puesto que *“los elementos que forman parte de la infracción, así como aquellos en base a los cuales se asignó la clasificación de gravedad de las infracciones imputadas, se encuentran detallados en la parte considerativa de la formulación de cargos, siendo a partir de ellos que se establece la clasificación de gravedad indicada en el Resuelto II de la Resolución Exenta N° 1 / Rol D-045-2017, de tal modo que no es efectivo lo indicado por la Empresa en cuanto a haberse propuesto la clasificación de gravedad sin fundamento alguno”* (considerando 213).

Posteriormente, la Resolución Recurrída analiza la centralidad de la medida infringida, afirmando que *“la medida en virtud de la cual se determina una distancia mínima de 4 km al centro poblado más cercano, permite resguardar la población aledaña de los efectos derivados de la construcción y operación de las respectivas instalaciones de faenas, constituyendo una medida central para la ejecución del Proyecto”* (considerando 220).

Posteriormente, la Resolución Recurrída afirma una duración excesiva de la IF Los Vilos, puesto que se habría extendido por más de 26 meses (considerandos 221 a 223).

Finalmente, respecto del grado de implementación, la Resolución Recurrída indica que *“la IF Los Vilos vino a reemplazar a la construcción de tres faenas evaluadas ambientalmente”* (considerando 224) y que, por tanto, *“es posible concluir que tres de las cinco instalaciones de faena asociadas al Lote 3 incumplen con la medida en análisis, corroborándose de esta forma un bajo grado de implementación”* (considerando 225).

(b) Refutación

Como resulta evidente de la sola lectura del razonamiento de la SMA, ésta yerra en comprender y analizar los argumentos de Interchile, así como para fundamentar su propio análisis.

En primer lugar, resulta evidente que la Formulación de Cargos no dio fundamento alguno para la clasificación de la infracción como grave. Es absolutamente falso lo que sostiene la Resolución Recurrída, en virtud del cual “*no es efectivo lo indicado por la Empresa en cuanto a haberse propuesto la clasificación de gravedad sin fundamento alguno*” (considerando 213), puesto que la única instancia en que la Formulación de Cargos mencionó la gravedad fue en su resuelvo II, y por tanto, no se dieron razones que motivaran el acto administrativo para indicar una clasificación de gravedad adecuada. No basta que la SMA sostenga que: “*los elementos que forman parte de la infracción, así como aquellos en base a los cuales se asignó la clasificación de gravedad de las infracciones imputadas, se encuentran detallados en la parte considerativa de la formulación de cargos*” (considerando 213), sino que la SMA debió haber razonado sobre los mismos para indicar la gravedad en cuestión. De lo contrario, como ocurrió, transfirió la carga a Interchile para hacerse cargo de argumentos que no se encontraban disponibles, lo que constituye un vicio de procedimiento que debe favorecer a Interchile, mediante el cual debe recalificarse la gravedad a leve.

Por otra parte, el análisis de centralidad o relevancia de la infracción efectuado en la Resolución Recurrída es deficiente, puesto que alude simplemente a la distancia inferior a 4 km que tendría la IF Los Vilos, cuando el cargo formulado no era “haberse instalado a menos de 4 km del poblado más cercano”, sino que haberse instalado en forma no descrita en la evaluación ambiental del Proyecto.

En cuanto a la duración de la infracción, la SMA sostiene que 26 meses es una duración excesiva, lo que sin embargo constituye un error. Dada la duración indefinida del Proyecto y la complejidad de la construcción del mismo, una duración de 26 meses constituye una fracción de tiempo no significativa, que debería ser ponderada como tal por la SMA.

Finalmente, en cuanto al grado de implementación, la SMA confunde la autorización para proceder a la instalación de cinco sitios, lo que es facultativo del titular del Proyecto, con un supuesto deber de tener cinco instalaciones de faenas: “*es posible concluir que tres de las cinco instalaciones de faena asociadas al Lote 3 incumplen con la medida en análisis, corroborándose de esta forma un bajo grado de implementación*” (considerando 225). Lo anterior no es cierto, puesto que quien puede lo más, también puede lo menos, es decir, Interchile si bien no podía ejecutar una mayor cantidad de instalaciones de faenas, sí podía implementar menos. Al no comprender esto la SMA yerra al considerar que se considera un bajo nivel de implementación. Además, la implementación fue correcta, puesto que se obtuvieron todos los permisos sectoriales, como le consta en autos a la SMA.

1.2.3 Errónea determinación del beneficio económico

(a) Lo resuelto por la SMA

La Resolución Recurrída, en forma previa al cálculo del beneficio económico, realiza un análisis de escenarios de cumplimiento e incumplimiento, sobre el cual luego determina los costos evitados y retrasados atribuidos a la infracción. Al respecto, señala que “*es posible tener establecido que, mediante la construcción y operación de la IF Los Vilos, Interchile evitó costos por una cantidad equivalente a la diferencia entre los costos que le hubiera significado la implementación de tres de las cinco instalaciones de faena que fueron evaluadas ambientalmente para la construcción del Lote 3; y los costos en que efectivamente incurrió en virtud de la construcción y operación de la IF los Vilos*” (considerando 239). Luego de un breve análisis de la información proporcionada por Interchile, la Resolución Recurrída precisó que “*se entenderá como el **escenario de cumplimiento**, aquel en el cual no se ha construido la IF Los Vilos, de manera tal que para la construcción del Proyecto LTE Cardones-Polpaico se han implementado aquellas instalaciones de faenas evaluadas ambientalmente (IF 3b, IF 3C e IF 3D); en tanto que el **escenario de incumplimiento** está dado por la implementación de la IF Los Vilos en reemplazo de las instalaciones de faena evaluadas ambientalmente (IF 3B, IF 3C e IF 3D) para satisfacer las necesidades del Proyecto LTE Cardones-Polpaico en el Lote 3*” (considerando 242).

Finalmente, la Resolución Recurrída concluye que “*en consideración a lo descrito anteriormente y de acuerdo a la metodología de estimación utilizada por esta Superintendencia, el beneficio económico obtenido por la **Infracción N° 1** asciende a la cantidad **357,1 Unidades Tributarias Anuales (UTA)**” (considerando 245), según la estimación de la tabla insertada a continuación:*

Hecho Infraccional	Costo o Ganancia que origina el beneficio	Costo evitado (CLP) ²¹	Costo evitado (UTA)	Periodo incumplimiento	Beneficio económico (UTA)
Construcción y operación de una instalación de faenas en la comuna de Los Vilos no descrita en la evaluación ambiental del Proyecto	Costos evitados no recurrentes asociados a la diferencia entre el escenario de cumplimiento y de incumplimiento	\$ 45.653.542	80,4	Enero 2016 a Marzo 2018	
	Costos evitados recurrentes (mensuales) asociados a la diferencia entre el escenario de cumplimiento y de incumplimiento	\$204.964.211	361,1	Diciembre 2015 a Marzo 2018 ²²	357,1

(b) Refutación

Para su análisis de beneficio económico, a SMA considera como escenario de cumplimiento aquel en virtud del cual se hubiesen implementado las IF 3B, IF 3C e IF 3D. Sin embargo, la SMA omite en su análisis un asunto fundamental: la determinación del beneficio económico debe considerar la alternativa legal disponible menos onerosa¹. Interchile no tenía una obligación de implementar las tres instalaciones de faenas mencionadas, sino que tenía autorización para las mismas. Por otra parte, si de hecho la IF Los Vilos reemplazó a las tres mencionadas, la SMA debía hacerse cargo si con cualquiera de ellas podría haber realizado Interchile las mismas labores que hizo en la IF Los Vilos. Sin embargo, la SMA asumió apresuradamente que el único escenario de cumplimiento era aquel en que se instalaran las tres instalaciones de faena mencionadas, que constituye por lo demás el escenario más oneroso, y menos eficiente, que tenía Interchile para cumplir la normativa ambiental.

Contrariamente a lo asumido por la SMA sin mayor análisis, desde un punto de vista operacional era perfectamente posible para Interchile haber desarrollado las mismas actividades en una sola de las IF mencionadas, debidamente ampliada, o bien, en dos de ellas, puesto que como se constata de las mismas fotografías del Informe de Fiscalización, jamás tuvo la IF Los Vilos una ocupación total de su superficie, y por tanto operacionalmente podría haberse logrado los mismos resultados implementado dos de las IF mencionadas, o una de ellas debidamente ampliada. Interchile implementó la IF Los Vilos por un tema logístico y porque tenía la convicción de que ello no implicaba un cambio de consideración, pero bien podría haberse instalado en dos de las otras mencionadas, logrando los mismos resultados.

Desde este punto de vista, los costos evitados deben reducirse proporcionalmente, puesto que Interchile tenía alternativas legales disponibles menos onerosas que las computadas por la SMA. Interchile, como se señaló, podría haber logrado los mismos resultados sin tener que implementar las tres IF mencionadas por la SMA. Por tanto, el beneficio económico calculado en 357,1 UTA debe reducirse proporcionalmente a por lo menos 238 UTA, que implica un tercio menos, dada la exclusión de, a lo menos, una IF de la base de cálculo de la SMA.

1.2.4 Errónea determinación de los aspectos constitutivos del componente de afectación

1.2.4.1 Valor de seriedad: importancia del daño causado

¹ MINISTERIO DE AMBIENTE (COLOMBIA), METODOLOGÍA PARA EL CÁLCULO DE MULTAS POR INFRACCIÓN A LA NORMATIVA AMBIENTAL (2010): “*Cuando se evalúa el beneficio se proyecta cuál es la opción lícita más cercana y se calcula cuál era el costo para ingresar a esa opción*”, p. 10.

(a) Lo resuelto por la SMA

La Resolución Recurrída dio por configurada la circunstancia del art. 40, letra a) de la LOSMA, al inferir daño tanto a la actividad económica de los socios de la Cooperativa El Esfuerzo de Los Vilos, como al funcionamiento del cementerio, todo supuestamente a raíz del funcionamiento de la IF Los Vilos.

En cuanto a la afectación económica a la Cooperativa, la Resolución Recurrída indica que *“a partir del análisis de las ventas de cada negocio, es posible inferir que existió un evento de mercado que propició una disminución importante de sus ventas en el año 2016. En atención a que dicho periodo coincide con la construcción y operación de la IF Los Vilos de Interchile S.A. y que se tienen antecedentes de que ésta habría alterado la afluencia de consumidores de los productos ofrecidos, y por tanto, representó un factor que incidió en comportamiento del mercado, es razonable afirmar que la construcción y operación de la IF Los Vilos efectivamente impactó de forma adversa los negocios de los integrantes de la Cooperativa”* (considerando 285). A mayor abundamiento, la Resolución Recurrída indica que los antecedentes revisados *“permiten establecer de forma consistente, y de conformidad a las reglas de la lógica y de las máximas de experiencia, la existencia de una relación causa-efecto entre la construcción y operación de la IF Los Vilos con la disminución de las ventas registradas en los carros gastronómicos de la Cooperativa El Esfuerzo”* (considerando 287).

En cuanto a la afectación de las actividades del cementerio, la Resolución Recurrída sostiene que *“existen antecedentes objetivos que permiten establecer la existencia de una afectación a los miembros de la comunidad de Los Vilos, ya que durante todo el año se realizan funerales en el Cementerio de Los Vilos”* (considerando 292), por lo que *“se estima que la magnitud de la referida afectación es alta”* (considerando 294). Para respaldar lo anterior, la SMA se remite a información estadística del Instituto Nacional de Estadísticas, sin efectuar un análisis real al cementerio en cuestión.

(b) Refutación

En cuanto a la afectación económica de los socios de la Cooperativa El Esfuerzo, el análisis de la SMA es deficiente, puesto que los datos que ella misma analiza no permiten concluir una afectación directa atribuible a la IF Los Vilos. Tal como demostró el informe económico acompañado por Interchile en los descargos, elaborado por Landa Auditores S.A., los datos no permiten sustentar que la Cooperativa El Esfuerzo se haya visto perjudicada por alguna causa específica. Como bien sabe la SMA, el año 2016 coincide con una desaceleración económica importante, donde los restaurantes y locales de venta de comida preparada se vieron fuertemente afectados a nivel nacional, lo que sumado al carácter de

microempresa de los locales de la Cooperativa, constituyen entidades aún más vulnerables a la situación económica del país. Ello no depende de Interchile y no permite establecer una relación de causa-efecto entre la IF Los Vilos, puesto que hay otras causas que explican mejor la situación financiera de la Cooperativa El Esfuerzo de Los Vilos, así como la de cualquier comerciante en Chile durante el año 2016. Por tanto, al no poder demostrar la SMA los hechos en base a las reglas de la lógica, con un nivel de convicción más allá de toda duda razonable, o bien, en forma clara y convincente, según la teoría sancionatoria que fundadamente se emplee, no debió dar la SMA por configurada la circunstancia del art. 40, letra a), de la LOSMA, en lo referido a la afectación económica de la Cooperativa El Esfuerzo.

Respecto a la afectación a las actividades del cementerio, cabe hacer presente que la SMA no se basa en ninguna información concreta del Cementerio de Los Vilos, ni del proceso de fiscalización o aportada por las partes del procedimiento, sino que simplemente obtiene información estadística del INE y luego atribuye una afectación “alta” al respecto. Contrario al procedimiento analítico empleado por la misma SMA en relación a la Cooperativa El Esfuerzo, donde al menos analizó información concreta e intentó hacer un análisis de causa-efecto, sobre el particular omitió las más elementales reglas de la lógica y máximas de experiencia para inferir la circunstancia del art. 40, letra a), de la LOSMA, consistente en la “*importancia del daño causado o peligro ocasionado*”. En tal sentido, la SMA tiene la carga de la prueba de aportar información concreta, más allá de inferencias estadísticas, que demuestren afectación en el caso particular que se pretende demostrar, y con ello debe generar una convicción más allá de toda duda razonable, o bien, en forma clara y convincente, según la teoría sancionatoria que decida emplear en forma previamente justificada. Sin un razonamiento lógico particular, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no es posible inferir resultados particulares, y menos formar una convicción más allá de toda duda razonable, o al menos, en forma clara y convincente. Al haber proporcionado sólo información estadística general, las conclusiones de la SMA debían ser necesariamente generales, imposibles de atribuir un resultado concreto particular a la IF Los Vilos de Interchile. Por tanto, al no haber efectuado un análisis concreto en base a datos obtenidos del cementerio de Los Vilos, la SMA erró al dar por configurada la circunstancia del art. 40, letra a), de la LOSMA, en lo que se refiere a este aspecto.

1.2.4.2 Valor de seriedad: importancia de vulneración al sistema jurídico de protección ambiental

(a) Lo resuelto por la SMA

La Resolución Recurrída dio por configurada la circunstancia del art. 40, letra i) de la LOSMA, referida a cualquier otro criterio que la SMA estime pertinente evaluar en el caso concreto, considerando

una “alta” vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. Al respecto, la Resolución Recurrída indica que *“la ejecución del Proyecto en términos distintos a aquellos en que fue evaluado ambientalmente, implica un desmedro de una de las instancias jurídicas de protección ambiental más importantes, el SEIA”* (considerando 311). Asimismo, la Resolución Recurrída añade que *“la IF Los Vilos habría reemplazado a tres instalaciones de faena que sí fueron evaluadas ambientalmente (IF 3B, 3C y 3D), resulta evidente que esta IF resulta de mayor magnitud que cualquiera de aquellas que reemplaza. Asimismo, dicha instalación se emplaza a una distancia de 2,42 km de la Municipalidad de Los Vilos, la que es menor a aquella de 4 km a cualquier centro poblado, considerada como criterio de emplazamiento de instalaciones de faenas y campamentos, durante la evaluación del proyecto, en la Sección 1.14 del ICE. Lo anterior ha incidido en una serie de alteraciones a grupos humanos de la comuna de Los Vilos, cuyo detalle se analizó en relación a la circunstancia del artículo 40 letra a) LOSMA”* (considerando 313).

(b) Refutación

La Resolución Recurrída yerra en atribuir a la infracción de la IF Los Vilos una vulneración “alta” al sistema jurídico de protección ambiental, en primer lugar, porque no puede sostener que la infracción constituye *“un desmedro de una de las instancias jurídicas de protección ambiental más importantes, el SEIA”* (considerando 311) y al mismo tiempo sostener que esta infracción no constituye un cargo de elusión al SEIA, de conformidad con el art. 35, letra b), de la LOSMA. De ser como sostiene la SMA, debió haber reformulado el cargo y haber oficiado al SEA para el pertinente análisis de consideración, lo que sin embargo no hizo. Por tanto, no puede utilizar su decisión sancionatoria para negar elusión al SEIA, con el correspondiente análisis requerido para cargos de esta naturaleza, y posteriormente atribuir como factor de incremento nada menos que el hecho de haber vulnerado el SEIA. La contradicción es evidente y, por tanto, la SMA debe descartar una afectación “alta” al sistema jurídico de protección ambiental por esta causa.

Por otra parte, la SMA omitió un hecho fundamental para evaluar la situación de la IF Los Vilos, el cual es que dicha instalación contaba con los permisos sectoriales aplicables, por lo que operaba en un marco de absoluta legalidad, dentro del sistema jurídico, como le consta a la SMA de acuerdo a los antecedentes que obran en el procedimiento. Ello es relevante y la SMA debió haberlo ponderado antes de atribuir ligeramente una afectación “alta” al sistema jurídico de protección ambiental.

Finalmente, la SMA utiliza los mismos hechos analizados a propósito de la configuración de la infracción y la circunstancia del art. 40, letra a), de la LOSMA, incurriendo en una flagrante infracción al principio de *non bis in ídem*, como es el hecho de volver a considerar el encontrarse la IF emplazada a menos de 4 km de centros poblados y las supuestas afectaciones a grupos humanos de la comuna de Los

Vilos. Todo ello había sido latamente considerado en categorías previas y la SMA no proporcionó justificación específica para repetirlos en esta categoría tan particular, indicando las distinciones que fueran procedentes.

Por tanto, debe descartarse una importante vulneración al sistema jurídico de protección ambiental por esta infracción.

1.2.4.3 Factor de incremento: intencionalidad en la comisión de la infracción

(a) Lo resuelto por la SMA

La Resolución Recurrída dio por configurada la circunstancia del art. 40, letra d) de la LOSMA, referida a la intencionalidad en la comisión de la infracción, puesto que Interchile habría ejecutado el análisis de pertinencia denominado “*Modificaciones de Obras Temporales Lote 3 Pan de Azúcar-Polpaico*” en forma posterior a la instalación de la IF Los Vilos, dado que el referido documento está datado en marzo de 2016 y la IF Los Vilos se instaló en enero de dicho año, por lo que el análisis en cuestión no se realizó de manera preventiva (considerando 327).

(b) Refutación

Si bien el documento aludido precedentemente está datado en forma posterior a la implementación de la IF Los Vilos, ello es porque se consideraron varios cambios para determinar su procedencia o no, cuyo análisis duró un tiempo determinado. Sin embargo, el documento demuestra que la empresa sí efectuó un análisis y que es contemporáneo a la instalación de la IF Los Vilos, en el entendido que el documento lleva la fecha de su versión final, pero que sin embargo sus temas fueron trabajados durante el tiempo que razonablemente demoran estos procesos de análisis, lo que coincide perfectamente con la IF Los Vilos. Lo anterior debiera ser considerado por la SMA para descartar intencionalidad al respecto, puesto que siempre se tuvo la convicción de estar desarrollando una actividad dentro de la legalidad. Prueba de lo anterior es la obtención de los permisos sectoriales aplicables, lo que demuestra la política y convicción de la empresa de obrar dentro de la normativa vigente. Por tanto, la SMA debe ponderar estos aspectos y enmendar la Resolución Recurrída de conformidad con lo expuesto.

1.3 Conclusiones respecto al cargo relativo a la IF Los Vilos.

En base a lo expuesto anteriormente, la SMA debe dejar sin efecto la Resolución Recurrída, absolviendo del cargo relativo a la IF Los Vilos por estar erróneamente tipificado, o en su defecto, recalificarlo como infracción leve y recalcular y disminuir el beneficio económico, descartar la aplicación de la circunstancia del daño causado o peligro ocasionado (art. 40, letra a), de la LOSMA), descartar una afectación “alta” al sistema jurídico de protección ambiental, y finalmente, descartar una supuesta intencionalidad en la comisión de la infracción.

2. INFRACCIÓN DE LA LETRA B), DEL RESUELVO PRIMERO, DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

2.1 Contexto

2.1.1 Hecho constitutivo de infracción y multa

a)	“No se ha cumplido la medida de Plan de rescate y relocalización de suculentas en los siguientes aspectos: ii) No se dio aviso del inicio del rescate a la Superintendencia del Medio Ambiente, pese a haberse iniciado la ejecución de la medida. iii) No se ha reportado ningún monitoreo correspondiente al seguimiento de la medida, pese a haberse iniciado la ejecución de la medida”.	407 UTA
----	--	------------

2.1.2 Configuración de la infracción

Como se observa en la p. 40 del Informe de Fiscalización, la siguiente conclusión sirvió de base a la SMA para formular el cargo en cuestión:

7	Otros hechos	<p>RCA 1608/2015 Considerando 7.1.3 <i>"Plan de Rescate y relocalización de suculentas ...Lugar: Regiones de Atacama, Coquimbo, Valparaíso y Metropolitana... Oportunidad: Pervia al inicio de la fase de construcción, según cronograma de actividades. Anexo 6.1 (3) Actualización Plan Biológico de Flora y Vegetación IV Región. Apartado 7.1.11 ...De acuerdo con la tabla anterior, se observa un cierto traslape entre el inicio de las obras y las faenas de rescate de suculentas, esto se da, puesto que, las obras en una misma región, no empezaron de manera simultánea, lo mismo ocurre con la extracción de material vegetal. De igual forma, toda vez que se dé inicio al rescate y la construcción de las obras, se avisara a las autoridades del SMA y CONAF de la Región de Coquimbo".</i></p>	<p>Durante la actividad de fiscalización realizada en la Instalación de Faenas ubicada en Los Vilos, se constató la existencia de un sector de aclimatación de cactáceas, encontrándose individuos de cactus, dispuestos sobre un mesón.</p> <p>De acuerdo a lo establecido en el la tabla 7-7 "Programa de actividades" del Anexo 6.1 Actualización Plan Biológico de Flora y Vegetación IV Región, los individuos debiesen haber sido relocalizados en julio del año 1 del proyecto.</p> <p>Por otra parte, el titular no ha dado aviso, a través del Sistema de Seguimiento Ambiental de la SMA, sobre el inicio de las actividades de rescate de cactáceas. Ver figura N° 7 </p>
---	--------------	--	---

Luego, en el considerando 206 de la Resolución Recurrída, se señala que: *"En relación a la primera conducta que forma parte del cargo, consistente en no haberse terminado el trasplante de suculentas, a pesar de haberse dado inicio a la etapa de construcción, esta Superintendencia no ha logrado la convicción suficiente como para configurar esa parte de la infracción, por lo que ésta será descartada del análisis de la infracción imputada"*, por lo que se absolvió a Interchile de tal aspecto del cargo formulado. Sin embargo, en el considerando 207 de la Resolución Recurrída se precisa lo siguiente: *"En cuanto a los dos aspectos restantes de la Infracción N° 2, de conformidad a los antecedentes que obran en este procedimiento, y el análisis realizado previamente, la infracción se tiene por configurada"*.

2.1.3 Clasificación de la infracción

La presente infracción se clasificó como **leve** (considerando 231).

2.1.4 Aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA

De conformidad con el art. 40 de la LOSMA, las sanciones específicas que en cada caso se apliquen, deben considerar las circunstancias allí descritas. En relación al cargo en cuestión, la siguiente tabla resume la forma en que la Resolución Recurrída se hizo cargo de las circunstancias mencionadas:

Circunstancia del art. 40.	Forma en que se consideró	Considerando Resolución Recurrída
a) Importancia del daño causado o del peligro ocasionado.	No se configura esta circunstancia.	297.
b) El número de personas cuya salud	No aplica.	303.

pudo verse afectada por la infracción.		
c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.	Valorado en 401 UTA.	260.
d) La intencionalidad en la comisión de la infracción.	Se descarta como factor de incremento.	328 y 329.
e) La conducta anterior del infractor.	Se descarta como factor de incremento y se considera como factor de disminución.	333 y 336.
f) La capacidad económica del infractor.	No procede ajuste por tamaño económico y capacidad de pago.	372.
g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del art. 3º.	No aplica.	236.
h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida por el Estado.	No aplica.	236.
i) Cooperación eficaz en el procedimiento (todo otro criterio que la SMA estime relevante).	Se aplica como factor de disminución.	344.
i) Aplicación de medidas correctivas (todo otro criterio que la SMA estime relevante).	Se aplica como factor de disminución.	362.
i) Importancia de vulneración al sistema	Afectación baja al sistema jurídico de protección ambiental.	317.

jurídico de protección ambiental (todo otro criterio que la SMA estime relevante).		
--	--	--

2.2 Objeciones

En el presente acápite se ofrecen las objeciones más relevantes en contra de lo resuelto en la Resolución Recurrída. Al respecto, se demuestra que la Resolución Recurrída tiene el siguiente defecto relativo al cargo de la Plan de rescate y relocalización de suculentas (**PRRS**): errónea determinación del beneficio económico de la supuesta infracción. Para su revisión y análisis, se indicará (a) lo resuelto por la SMA y (b) los argumentos que refutan las conclusiones a las que arribó la SMA.

2.2.1 Errónea determinación del beneficio económico

(a) Lo resuelto por la SMA

La Resolución Recurrída, en forma previa al cálculo del beneficio económico, realizó un análisis de escenarios de cumplimiento e incumplimiento, sobre el cual luego determina los costos evitados y retrasados atribuidos a la infracción. Al respecto, en primer lugar, determina la cantidad de informes que debieron haberse enviado y luego el costo de los mismo. De este modo, respecto a la cantidad de informes, la SMA determinó que debió haber ejecutado, en un escenario de cumplimiento, 55 informes, según se indica en la tabla a continuación (considerando 252):

Tabla 7. Informes de seguimiento a realizar en un escenario de cumplimiento³³

	2016												2017												2018		Total
	M	J	J	A	S	O	N	D	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	E	F					
Lote 1	0	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	21				
Lote 2	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	0	0	0	0	18				
Lote 3	0	0	0	0	0	0	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	16				
Total	1	2	2	2	2	2	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	2	2	2	2	55				

Fuente: Elaboración propia

Posteriormente, la Resolución Recurrída determinó que Interchile había remitido sólo 18 de los 55 monitoreos requeridos, según la siguiente tabla (considerando 253):

Tabla 11. Beneficio Económico Infracción N° 2

Hecho Infraccional	Costo o Ganancia que origina el beneficio	Costo evitado total (CLP)	Costo evitado Total (UTA)	Periodo Incumplimiento	N° de informes no remitidos	Beneficio económico (UTA)
No se ha cumplido la medida de Plan de rescate y relocalización de suculentas en los siguientes aspectos: (...) ii. No se ha reportado ningún monitoreo correspondiente al seguimiento de la medida, pese a haberse iniciado la ejecución de la medida.	Costos evitados por la no realización del seguimiento de suculentas en el Lote 1	\$216.333.340	381,1	Junio 2016 a febrero 2018	20	401
	Costos evitados por la no realización del seguimiento de suculentas en el Lote 2	\$ 32.485.688	57,2	Mayo 2016 a octubre 2017	8	
	Costos evitados por la no realización del seguimiento de suculentas en el Lote 3	\$36.546.399	64,4	Noviembre 2016 a Febrero 2018	9	

(b) Refutación

Para su análisis de beneficio económico, a SMA considera como escenario de cumplimiento la ejecución de 55 informes, hasta febrero de 2018, lo que constituye un error.

A diferencia de la infracción de la IF Los Vilos, que puede entenderse como una sola infracción de carácter continuado, la falta de remisión de informes son acciones de ejecución instantánea, es decir, se materializan en un solo acto, en los plazos correspondientes. Por tanto, la Resolución Recurrída, como resolución sancionatoria, no puede legalmente contabilizar informes que no fueron materia de cargos. El tenor del art. 54, inciso final, de la LOSMA es absolutamente claro al respecto: “*Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos*”. Por tanto, la Resolución Recurrída no puede contabilizar el beneficio económico a informes que no hubiesen sido parte de aquellos por los que se formularon los cargos originalmente a Interchile.

Asimismo, la determinación del envío exitoso o no de los informes de seguimiento constituye una actividad de fiscalización, no siendo el proceso sancionatorio la oportunidad para examinar informes que no obran en el expediente de fiscalización. De lo contrario implicaría que la unidad a cargo de la instrucción del proceso sancionatorio se arrogue facultades de fiscalización, lo que está expresamente prohibido en el art. 7, inc. 2do, de la LOSMA: “*Las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes*”.

Por tanto, la Resolución Recurrída debió considerar sólo informes hasta enero de 2017, que es la fecha del Informe de Fiscalización. De este modo, el total de informes a ejecutar no era 55, sino 20. Asimismo, de los 20 informes a ser remitidos a enero de 2017, Interchile ejecutó 8, faltando solamente 12, de los cuales 8 corresponden al Lote 1 y 4 corresponden al Lote 2, sin haber informes faltantes para el Lote 3.

Bajo este escenario, el beneficio económico debería reducirse considerablemente. En este punto es menester también hacer presente que el costo de cada monitoreo del PRRS y su respectivo informe, en lo que respecta al Lote 1, no es de CLP 10.816.667, como apresuradamente consideró la SMA, puesto que dicha cifra fue basada en una factura, donde, como se informó expresamente a la SMA, parte de los servicios incluyen diagnóstico de sitios. En tal sentido, el diagnóstico de sitios abarca el 60%, mientras que el monitoreo implica un 40% del valor. De este modo, los cuatro monitoreos realizados en octubre, noviembre y diciembre 2017, y enero 2018, tuvieron un valor total de CLP 12.980.000, lo que arroja un monto real de CLP 3.245.000 para cada informe del Lote 1. Esta es la cifra que debería considerar la SMA para valorar los informes del Lote 1.

Hechas las consideraciones anteriores, el cálculo del beneficio económico por la infracción imputada al PRRS debiera ser el siguiente:

- 8 informes del Lote 1, a CLP 3.245.000 cada uno = CLP 25.960.000.
- 4 informes del Lote 2, a CLP 4.060.711 cada uno = CLP 16.242.844.
- Total: CLP 25.960.000 + CLP 16.242.844 = **CLP 42.202.844 / 74,3 UTA.**

Por tanto, como se demostró anteriormente, el beneficio económico, erróneamente calculado por la SMA en 401 UTA, debe ser reducido a **74,3 UTA.**

2.3 Conclusiones respecto al cargo relativo al PRRS.

Como se observó en el resumen, Interchile fue sancionada con una multa de 407 UTA, de los cuales 401 se consideraron como beneficio económico. En consecuencia, la multa debe disminuir, puesto que el cálculo de la SMA se extendió a hechos que no fueron materia de cargos, no se encontraban disponibles en el expediente de fiscalización y tampoco constituían infracción continuada. Adicionalmente, la SMA sobrevaloró los costos para los informes del Lote 1. Por tanto, el beneficio

económico debe disminuir a 74,3 UTA y la sanción por esta infracción, asimismo, debe ser rebajada de acuerdo al nuevo cálculo expuesto.

III. CIRCUNSTANCIA RELATIVA A LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL INFRACTOR

a) Concepto de capacidad económica del infractor

El art. 40 de la LOSMA señala que “Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: (...) f) La capacidad económica del infractor.”.

Tal como la SMA ha señalado en múltiples resoluciones que resuelven procedimientos sancionatorios², la capacidad económica “dice relación con la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública”³. Por tanto, podemos entender que la capacidad económica dice relación con las condiciones económicas y solvencia propias del infractor, al momento de incurrir en el respectivo incumplimiento.

Además, la misma SMA ha señalado que esta circunstancia, al momento de determinar la sanción específica, atiende a dos criterios: la equidad y la eficacia de la sanción⁴. El primero –la equidad– dice relación con que no debiera ser igualmente reprochable la conducta de una determinada empresa solvente, con altos capitales y recursos de apoyo (que debiese contar con todos los recursos humanos, materiales y financieros para abordar el cumplimiento de la normativa ambiental), que la conducta de una empresa con deudas considerables y activos prendados o hipotecados; mientras que el segundo –eficacia de la sanción– dice relación con la capacidad para cumplir con la sanción impuesta, pues resultaría tremendamente inútil y desproporcionado interponer una sanción de multa elevada a empresas que no tienen los recursos económicos para cumplir con ella.

² Al respecto véase: Resolución Exenta N° 671, de 17 de noviembre de 2014, Rol D-009-2014 ; Resolución Exenta N° 826, de 14 de agosto de 2014, Rol D-001-2013; Resolución Exenta N° 118, de 25 de febrero de 2014, Rol F-030-2013; Resolución Exenta N° 122, de 25 de febrero de 2014, Rol F-036-2013; Resolución Exenta 1444, de 16 de diciembre de 2013, Rol D-012-2013; Resolución Exenta N° 1051, de 30 de septiembre de 2013, Rol F-009-2013; entre otras.

³ Rafael CALVO ORTEGA: "Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General", 10ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 52. Citado por: Patricio MASBERNAT MUÑOZ: " El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 303-332; en Resolución Exenta N° 1051, de 30 de septiembre de 2013, Superintendencia de Medio Ambiente, Rol F-009-2013.

⁴ Superintendencia de Medio Ambiente, Resolución Exenta N° 1051, de 30 de septiembre de 2013, p.11., Rol F-009-2013.

b) Criterios usados por la Superintendencia del Medio Ambiente para calificar la capacidad económica de los infractores en procesos anteriores

En diversos casos, la SMA ha considerado antecedentes entregados por el infractor, a la hora de determinar la sanción específica de éste. En dichos casos, el infractor ha señalado que se capacidad económica es reducida para soportar una multa o sanción pecuniaria como la que la SMA pretende imponer⁵.

Por tanto, la SMA debe actual de la misma manera que en otros procedimientos sancionatorios y considerar la información financiera proporcionada que acredita la delicada situación financiera de Interchile.

c) Capacidad económica de Interchile S.A

En cuanto a la circunstancia del art. 40, letra f), de la LOSMA, sobre la capacidad económica del infractor, cabe hacer presente que la Resolución Recurrída no hizo ningún análisis respecto a la misma, por considerar la SMA que no era oportuno hacerlo previo a la aplicación de una multa concreta. En tal sentido, habiéndose aplicado una multa total de nada menos que 1.102 UTA, es decir, superior a 1 millón de dólares y la novena más alta de la historia de la SMA, resulta aún más pertinente que la SMA considere la limitada capacidad de pago de Interchile de tan elevada sanción. En este contexto, se reitera lo señalado en los descargos y se ofrece a continuación información adicional.

La capacidad de pago de multa por las infracciones aludidas, por un total de 1.102 UTA, se encuentra significativamente limitada por las condiciones económicas actuales de la empresa. La empresa basa su capacidad de pago en los desembolsos del financiamiento, los que a su vez dependen de no tener multas significativas ni retrasos importantes. Ante la presencia de multas, inmediatamente se dificulta la posibilidad de solicitar desembolsos por financiamiento. Es decir, una multa como la impuesta en la Resolución Recurrída genera dificultades para obtener los ingresos necesarios para poder pagarla en los plazos legales, así como para poder continuar el proyecto y asegurar cubrir los costos de cumplimiento de normativa ambiental, así como otros propios del Proyecto.

⁵ Al respecto, véase Resolución Administrativa Sancionatoria de la causa D-017-2013 y D-002-2015.

Respecto a la situación económica de la empresa, en el año 2017 si bien se generaron ingresos, por el proyecto “Plex 2 Encuentro-Lagunas”, éstos se destinaron en un 100% a pagar gastos de operación e intereses de los créditos. En consecuencia, atendido a que el Proyecto se financia con deudas y que sus ingresos actuales se destinan a pagar intereses, no hay capacidad de pago para multas, ya que escapan del giro comercial de la empresa y tributariamente son calificadas como gasto rechazado. Para respaldar lo anterior se acompañan en otrosí de esta presentación la Memoria Anual de Interchile correspondiente los Ejercicios 2015, 2016 y 2017, las que incluyen los estados financieros de la empresa de dicho periodo. Como puede observarse, el flujo de caja se verá severamente disminuido por una multa de la entidad mencionada, dificultando severamente la capacidad de la empresa para terminar la fase de construcción del Proyecto y mantener al mismo tiempo sus compromisos legales ambientales y contractuales.

Por estas razones y antecedentes, la SMA debe analizar la capacidad de pago para una multa de 1.102 UTA y aplicar el factor de ajuste correspondiente, para disminuirla proporcionalmente y así determinar un monto total que pueda ser pagado por la empresa sin dificultar severamente la viabilidad del Proyecto.

d) Conclusión

En razón de lo expuesto, la capacidad económica del infractor debió haberse considerado como un factor de ajuste de la multa para su disminución racional que reflejara la situación financiera de la empresa. La multa actualmente impuesta es manifiestamente desproporcionada a la situación financiera de la empresa y, por tanto, la capacidad económica debe ser revisada por la SMA.

IV. MULTA Y CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA MULTA

a) Introducción

La Resolución Recurrída indica que las multas que aplica están basadas en un modelo general de cálculo, establecido en las “*Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales*” (diciembre 2017), el que se ha importado de organizaciones ambientales de otros países, como EE.UU., Canadá, Inglaterra, Escocia, Perú y Colombia, así como de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. En términos generales, el modelo consiste en considerar el beneficio económico de la infracción como base para la aplicación componente posterior, llamado componente de afectación, al que posteriormente se le aplican factores de ajuste. La suma de ambos componentes (beneficio económico más componente de afectación), más los ajustes necesarios, daría el número de la multa a aplicar en un caso concreto.

El componente de beneficio económico “*tiene por objetivo situar al infractor en la misma posición económica en que hubiera estado de haber cumplido con la normativa*” y se encontraría recogido en la circunstancia del art. 40, letra c), de la LOSMA (Bases metodológicas, p. 48). Por su parte, el componente de afectación tiene por objeto “*materializa la incorporación de las demás circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA [y] tiene por objetivo dejar al infractor en una posición más desfavorable respecto a la que se encontraría de haber cumplido la normativa*” (Bases metodológicas, p. 48).

b) *Deficiencias del modelo de la SMA en el presente proceso sancionatorio*

No obstante el esfuerzo de la SMA por clarificar sus métodos de cálculo de la sanción a través del documento titulado “*Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales*” (diciembre 2017), la adopción del modelo señalado constituye una arbitrariedad en el presente caso, dado que no se otorga explicación alguna de por qué, especialmente en lo que se denomina “componente de afectación”, unas circunstancias del art. 40 poseen más peso relativo que otras. Es más, no se explicita cuál es el peso relativo de cada una para la aplicación de la multa. La SMA importa un modelo extranjero, con categorías conceptuales que no se encuentran en nuestra ley e intenta aplicarlo al caso de Interchile.

Adicionalmente, aún cuando la SMA pudiera importar el modelo que se le antojase, igual debe explicar no sólo que ocupa categorías conceptuales particulares, sino cómo ponderan en forma concreta y por qué unas suman o multiplican con mayor relevancia en la fórmula sancionatoria. Lo anterior es relevante, porque los actos administrativos deben ser motivados, lo que significa que las razones de una multa en particular deben encontrarse en forma explícita en el acto administrativo que las contiene.

Así, especialmente en lo que respecta a las dos infracciones del caso de autos, la Resolución Recurrída sólo logra explicar con nivel aceptable el cálculo del beneficio económico, mientras que los restantes factores que integran el componente de afectación simplemente no se sabe de qué manera fueron extraídas, de modo tal que no es posible deducir el total de la multa del análisis que efectúa la SMA. En este sentido, el monto de 695 UTA y 407 UTA para las infracciones N° 1 y 2, respectivamente, no resulta reproducible con los conceptos dados por la Resolución Recurrída, encontrándose parte importante de su motivación sin esclarecerse, lo que a todas luces implica que debe ser dejada sin efecto y enmendarse conforme a derecho. De lo contrario no hay forma de saber siquiera qué es lo que la SMA consideró más relevante para llegar a ese número y si acaso lo ponderó bien.

Lo anterior se debe en parte a que la SMA no explicitó debidamente los mecanismos internos de su modelo utilizado para sancionar, sino sólo conceptos abstractos generales. En este sentido, es

indiscutido que, de acuerdo a lo indicado en el artículo 41 de la Ley N° 19.880, toda resolución final de un procedimiento administrativo (como es el caso de la Resolución Recurrída) debe ser fundada: *“Las resoluciones [finales de un procedimiento administrativo] contendrán la decisión, que será fundada”*. De lo contrario, las resoluciones, además de ser ilegales, pasarán a ser arbitrarias⁶. Adicionalmente, el artículo 11 de la Ley N° 19.880 hace especial mención a la obligatoriedad de los organismos del Estado de fundamentar los actos administrativos que afecten derechos de las personas: *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”*. Así, conforme lo ha señalado el Segundo Tribunal Ambiental, *“la exigencia de fundamentar una resolución, implica, que la autoridad debe indicar en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que en ellos de adopta”*⁷.

De lo anterior se desprende que todo órgano administrativo que dicte un acto que afecte derechos de particulares, debe fundamentarse adecuadamente, sin omitir información que al efecto haya sido parte del razonamiento que efectivamente tuvo el órgano para adoptar la decisión. De este modo, en caso de que se omita la fundamentación el acto administrativo, éste será ilegal⁸. Al respecto, cabe señalar que no bastaba que la SMA indicara los conceptos aplicables a la determinación de la sanción, sino que debió realizar una ponderación explícita de los componentes involucrados en su análisis (análisis que efectivamente realizó, pero que no consignó en el acto administrativo sancionatorio), y sólo entonces determinar una sanción. No obstante lo anterior, la SMA omitió totalmente acompañar referencias sobre los mecanismos internos de dicho su modelo de determinación de sanciones, lo que era absolutamente

⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, “Rosas Díaz, Luis Angel y otros con Toro Iturra, Horacio, Director de policía de Investigaciones de Chile”. RDJ, tomo LXXXVIII, mayo-agosto, 1991, Sección Quinta, Derecho Público, p. 123: *“Que, a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un estado de Derecho en el que no hay margen – por principio – para el poder puramente personal. **Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario**”*. (Considerando Séptimo. Énfasis agregado).

⁷ Segundo Tribunal Ambiental, sentencia rol R-6-2013, considerando trigésimo segundo.

⁸ El recurso de protección frecuentemente procede respecto a actos que no se adecúan a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley N° 19.880: *“4. - Que, el artículo 11 de la Ley N°19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo que rige los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, consagra el principio de imparcialidad y dispone que la administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. **Los hechos y los fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. (...)** 7. - Que, de la sola lectura de la resolución recurrida puede apreciarse que ésta no contiene los fundamentos de hecho y de derecho que le permitieron concluir que el señor Freddy Sánchez Vega era el empleador del occiso, hecho que por lo demás está controvertido. De este modo, careciendo el acto administrativo impugnado de la fundamentación que le exige la Ley N°19.880, como se desprende de las normas legales antes transcritas, solo cabe concluir que es ilegal y arbitrario. **Ilegal, porque no ha dado cumplimiento a las normas legales antes citadas, y arbitrario, por el hecho de carecer de fundamentación.** También el acto administrativo cuestionado contraría el artículo 7 de la Constitución Política de la República, que dispone que los órganos del estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley”*. Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 2096-2005, “Freddy Sánchez Vega con Secretaría Regional Ministerial de Salud” (énfasis agregado)

necesario. De este modo, los datos usados, el tipo de matemática utilizado, el margen de error del mismo, las ponderaciones que realiza, etc., han quedado totalmente al margen de toda revisión y, por ende, sin fundamentación. Lo anterior es relevante, puesto que está ampliamente demostrado que los modelos utilizados en materias ambientales contemplan una significativa carga evaluativa en la ponderación, frecuentemente subjetiva de cada factor, la que debe estar abierta a escrutinio, particularmente de quien se va a ver afectado, tan gravosamente, por la decisión de la autoridad.

En tal sentido, la argumentación de la Resolución Recurrída parece más bien un intento de sustentar una decisión sobre la base de una demostración precientífica y carente de fundamentación jurídica, lo cual no resiste el menor análisis⁹.

c) Conclusión

En conclusión, como se ha demostrado, la Resolución Recurrída debe dejarse sin efecto y enmendarse conforme a derecho, explicitando todos los factores, con su respectiva importancia, que han sido considerados para determinar las distintas sanciones de multa en el presente proceso sancionatorio.

V. VICIO DE PROCEDIMIENTO

Adicionalmente a lo señalado, deben considerarse el siguiente vicio en el procedimiento sancionatorio, al existir un proceso de reclamación pendiente ante el Tribunal Ambiental. La Resolución Recurrída es ilegal, puesto que se dictó encontrándose aún pendiente el recurso de reclamación R-4-2018 ante el Tribunal Ambiental de Antofagasta, que debe decidir sobre la procedencia del rechazo al PC presentado en el actual procedimiento. El Superintendente tenía la facultad de haber suspendido el procedimiento, por razones de economía procedimental, entre otras. Sin embargo, no lo hizo y rechazó la solicitud de Interchile al respecto, lo que hizo en la Resolución Recurrída en su resuelto segundo, sin proporcionar una fundamentación adecuada. En consecuencia, al no haber suspendido el procedimiento, debiendo hacerlo, la Resolución Recurrída deviene en ilegal.

⁹ A nivel de derecho comparado, existen numerosos litigios asociados al uso de modelos ambientales, puesto que es evidente que ellos, a pesar de su pretensión de objetividad, tienen componentes sujetos a revisión y actualización. Por ejemplo, ha habido casos relativos a los siguientes aspectos: a) Procedimientos para adoptar el modelo inadecuados: "Chemical Manufacturers Association v EPA" (DC Cir 1994), 28 F 3d 1259. B) Modelos sobresimplificados: "Leather Industries of America v EPA" (DC Cir 1994), 40F 3d 392. C) Modelos que no aplican adecuadamente a la situación particular: "Edison Electric Institute v EPA" (DC Cir 1993), 2 F 3d 438. D) Error al asumir circunstancias en el modelo: "American Iron & Steel Institute v EPA" (DC Cir 1997), 115 F 3d 979. E) Datos utilizados simplemente equivocados: "Central Arizona Water Conservation District v EPA" (9th Cir 1993), 990 F 2d 1531. F) Modelo no sujeto a revisión por pares: "Flue-Cured Tobacco Co-op v EPA" (1998), 4 F Supp 2d 435.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, queda en evidencia la que la Resolución Recurrida yerra al determinar las infracciones y sanciones de multa expuestas, así como sus calificantes de gravedad y criterios del art. 40 de la LOSMA, correspondiendo en consecuencia dejar sin efecto la Resolución Recurrida y enmendarla conforme a derecho, absolviendo de los cargos a Interchile o rebajando las multas, todo lo anterior conforme a una fundamentación que se haga cargo de las ilegalidades demostradas a lo largo de este escrito.

PETITORIO

En consideración a los argumentos expuestos, solicito tener por interpuesto el presente recurso en contra de la Res. Ex. N° 397, de fecha 2 de abril de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente y, en su mérito, la deje sin efecto y enmiende conforme a derecho, absolviendo de los cargos a Interchile, o rebajando las multas, todo lo anterior conforme a una fundamentación que se haga cargo de las ilegalidades demostradas a lo largo de este escrito.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1) Memoria Anual de Interchile de los años 2015, 2016 y 2017.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase tener por reproducidos y reiterados la totalidad de los argumentos presentados en los escritos de descargos, sin perjuicio de los que en el presente escrito se señalan, para efectos de considerarlos para la resolución del presente recurso de reposición.

TERCER OTROSÍ: Se hace expresa reserva de todos los derechos y acciones para reclamar ante el Tribunal Ambiental competente, así como ante las demás entidades o autoridades que proceda, de todos los argumentos señalados en el presente escrito, así como de aquellos que se dan por reproducidos, así como de cualquier otro argumento, observación, análisis, medio probatorio y demás declaraciones que procedan, ante las autoridades u organismos competentes.


JORGE RODRÍGUEZ ORTIZ

Gerente General