

PRESENTA RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DE RESOLUCIÓN EXENTA N° 1.310, DE FECHA 31 DE JULIO DE 2020

SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

FERNANDO MOLINA MATTA Y GONZALO CUBILLOS PRIETO, en representación, ya acreditada, de **Inversiones Panguipulli SpA**, en procedimiento sancionatorio de referencia **D-110-2018**, al Sr. Superintendente del Medio Ambiente, decimos:

Que, dentro de plazo, y de conformidad al art. 55 de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) venimos en interponer **recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 1310** de 31 de julio de 2020 (en adelante la “Resolución 1310”), que resolvió el procedimiento sancionatorio rol D-110-2018, seguido en contra de nuestra representada, solicitando que sea dejada sin efecto, o en subsidio que se reduzca el valor de la multa impuesta, en virtud de las siguientes consideraciones.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Mediante la Resolución 1310, el señor Superintendente resolvió el procedimiento administrativo antes indicado, concluyendo que el proyecto Bahía Panguipulli (en adelante “el Proyecto”) ha debido someterse a Sistema de Evaluación Ambiental (SEIA), y al no hacerlo ha incurrido en la infracción señalada en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), por lo cual se le ha impuesto una multa de 351 unidades tributarias anuales (UTA).
2. Adicionalmente, se ha requerido bajo apercibimiento de sanción, ingresar el referido Proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), disponiéndose que se debe presentar a la SMA un cronograma que determine los plazos y etapas para materializar el ingreso al SEIA.

Lo anterior, sin perjuicio de las decisiones que nuestra representada pueda adoptar en relación a la reformulación del Proyecto y la reversibilidad del mismo, respecto de las características con que aquel fue originalmente contemplado.

3. Recibida la Resolución 1310, mediante carta de fecha 3 de agosto de 2020, en nuestra calidad de representantes de Inversiones Panguipulli SpA, le señalamos que no obstante que esta parte no comparte la sanción impuesta y el requerimiento de ingreso, así como los supuestos de ambas decisiones de la SMA, para cuyos efectos nos reservamos el derecho de interponer los recursos que nos franquea la Ley, en el contexto de su pronunciamiento, y en tanto éste goce de imperio, legalidad y exigibilidad, le informamos que Inversiones Panguipulli S.A. ha decidido reformular el proyecto Bahía Panguipulli, en el sentido de limitar la cantidad máxima de viviendas posibles de construir en él, a la cantidad de 79 viviendas, las que podrán ser edificadas por los dueños de las parcelas respectivas, proponiendo el medio respectivo.

En esta oportunidad, ratificamos la posición planteada en nuestra carta de fecha 3 de agosto de 2020, respecto de la reformulación del Proyecto, el cual, además, no considerará la construcción de vivienda alguna adicional por parte de Inversiones Panguipulli SpA, por lo cual reiteramos nuestra solicitud de dejar sin efecto el requerimiento de ingreso dispuesto en el resuelto Segundo de la Resolución 1310.

4. Sin perjuicio de lo anterior, mediante el presente escrito venimos en solicitar la reconsideración de la sanción impuesta, y en subsidio de ello, que se rebaje la multa impuesta.
5. Respecto de la sanción interpuesta, la SMA ha considerado que se ha cometido la infracción consistente en la ejecución de *“un proyecto de desarrollo urbano que contempla obras de edificación con destino habitacional, en concreto, **por corresponder a un conjunto habitacional que proyectó obras de edificación de 80 o más viviendas**”*, y producto de ello se ha impuesto una sanción de 351 UTA.
6. En relación a la infracción que se constata, esta parte difiere de ella en todos sus términos, haciendo nuestros todos los argumentos y antecedentes que presentamos durante el procedimiento sancionatorio, los cuales, respecto de la infracción sancionada, obviamente no son compartidos por la SMA.

Estimamos que resulta redundante volver a explicar los sólidos argumentos que dan cuenta que el Proyecto no se subsume en la categoría de proyecto de desarrollo urbano, y por ello no se ha cometido infracción alguna, por lo cual en base a los argumentos que ya constan en el proceso sancionatorio solicitamos que se deje sin efecto la sanción impuesta por ausencia de infracción.

En el caso que no se acoja esta solicitud de dejar sin efecto la sanción impuesta, desarrollaremos los argumentos respectivos ante el Tribunal Ambiental correspondiente, instancia donde se expondrán en detalle los fundamentos que sustentan la legalidad de la actuación de mi representada.

7. En subsidio de lo señalado en el numeral 6 anterior, solicitamos que se rebaje el valor de la multa, en virtud de las consideraciones señaladas en la sección II siguiente.

II. ANÁLISIS RESPECTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40 DE LA LOSMA EN LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

La resolución sancionatoria sólo señala que ciertas circunstancias del art. 40 de la LOSMA serán consideradas, pero no desarrolla ni motiva de qué manera y en qué cantidad éstas influyen en la cuantía de la multa impuesta, cuestión que afecta la motivación de la misma y el derecho de defensa de esta parte, al no poder contradecir dichos argumentos, por no conocerlos al no estar expresados en el acto recurrido.

1. En cuanto al Beneficio económico obtenido por el infractor: error en la estimación de los costos que determinan esta circunstancia.

a) Cálculo del beneficio económico, según la Res. Ex. N° 1310/2020

1. De acuerdo al Consid. N° 292 de la resolución sancionatoria, en el caso, la obtención de un beneficio económico se asocia a las **ganancias ilícitas** que habrían sido obtenidas a partir de los ingresos percibidos por la venta de lotes durante los años 2018, 2019 y 2020. La ilicitud de estas ganancias, a juicio de la SMA, se asociaría a la venta de terrenos pertenecientes a un proyecto que operaba sin haber ingresado al SEIA, debiendo hacerlo.
2. Según indica la SMA, ha considerado en el cálculo de los ingresos por el equivalente a **UF 258.916** a partir del informe elaborado pro esta parte.

¹ Res. Ex. N°1310/2020, Consid. 137, p.32.

3. Luego, al momento de determinar los costos que se incluirán en el cómputo del beneficio económico, la SMA, utilizando la información entregada por la empresa respecto al valor unitario por sitio, esto es, UF 6.313 por sitio, multiplica dicho valor por 39. Este cálculo le arroja un valor, ajustado, que asocia a costos totales, por un monto de UF 246.212.
4. De esta manera, al momento de traducir la diferencia entre los ingresos y costos señalados a pesos, que correspondería a la supuesta ganancia ilícita, ésta equivale a \$336.542.065, es decir, a 557 UTA. Finalmente, este último monto es ajustado de acuerdo al método de estimación utilizado por la SMA, con lo cual se obtiene que el beneficio económico asociado a la infracción asciende a **444 UTA**.

Sin embargo, ello no es efectivo. El proyecto no solo carece de beneficios en la actualidad, sino que presenta pérdidas muy importantes, por lo que la multa impuesta podría generar una situación de insolvencia para la empresa. La capacidad económica debe representar fielmente la situación que se encuentra el titular, por lo que no es procedente simplemente obviar los gastos que efectivamente se han incurrido en el desarrollo del proyecto, lo cual es consistente con lo establecido en la LOSMA y la propia metodología que ha desarrollado la SMA sobre esta materia.

b) Metodología establecida por la SMA para el cálculo del beneficio económico

Como indica la Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (en adelante, las “Bases”) dictada por la misma SMA, el beneficio económico corresponde a aquél obtenido por motivo de la infracción -por tanto, ilícito-, ya sea, a partir de costos retrasados o evitados, o derivado de ganancias anticipadas o adicionales, o bien, la combinación de ambos.

Agregan las mismas Bases que el beneficio económico asociado a ganancias ilícitas, ya sea anticipadas o adicionales, no es realizado en base a un modelo preestablecido, sino que debe procederse a una estimación caso a caso. Sin embargo, aclara que el beneficio económico debe sustentarse en la determinación del valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella, debiendo considerarse en el análisis de estos escenarios, la “*variación en el flujo de caja*” que significa para el infractor el incurrir o no incurrir en los costos asociados al cumplimiento de la normativa en una determinada fecha, así como el obtener o no obtener los ingresos adicionales asociados a una actividad no autorizada en un determinado período de tiempo.

Según indica las Bases, en su punto 5.1.1, el concepto de “ganancias ilícitas” que debe incluirse en el cálculo, para obtener el efecto en la caja del infractor -o “diferencial de flujo de caja”-, comprende “***la diferencia entre los ingresos obtenidos de forma ilícita y los costos directamente asociados a la obtención de estos ingresos***”.

De este modo, para calcular el beneficio económico derivado de la infracción deben considerarse tanto los ingresos obtenidos en la configuración de la infracción, como los costos que permitieron la generación de esos ingresos.

De acuerdo a lo señalado, es posible establecer que, así como el cálculo de ingresos considera la totalidad de aquéllos obtenidos por el proyecto con motivo de la infracción, **la estimación de costos debe seguir la misma lógica, incluyendo todos los costos asociados a la operación “ilícita” del proyecto, informados por la empresa en la tramitación del procedimiento.**

Este ha sido el criterio fijado por la misma SMA al momento de determinar el beneficio económico en distintos procedimientos sancionatorios. Por ejemplo, en el caso de Canteras Lonco, Rol D-048-2015 y el

proceso instruido en contra de Ecomaule, Rol D-002-2015. La ganancia se calculó a partir de la información proporcionada por la empresa en respuesta al requerimiento de información, como la diferencia entre el ingreso unitario promedio anual por tonelada de residuo y el costo unitario promedio anual por tonelada de residuo, el cual, a su vez, consideró los costos totales de operación anuales y la cantidad total de residuos ingresados en cada año.

De acuerdo a lo señalado en este punto, no corresponde **incorporar dentro del cómputo del beneficio económico solo una parte de los costos reales** -es decir, aquellos correspondientes a los 39 lotes mencionados que se consideraron como vendidos-, **obviando la existencia de los demás costos operacionales en los que se ha incurrido para el desarrollo del proyecto**, los cuales fueron informados oportunamente en los antecedentes del estado financiero de la empresa presentados con fecha 12 de junio de 2020.

Como se explicará en detalle más adelante, la empresa ha incurrido en importantes gastos derivados de la compra, administración y/o habilitación de los otros 189 lotes que considera el Proyecto, los cuales no fueron considerados para calcular el beneficio económico, lo que tiene **como resultado que no se ha generado ningún tipo de beneficio económico para la empresa. Es más, al día de hoy, registra un importante déficit de flujo efectivo.**

Respecto de lo indicado en este punto, además, es importante señalar que se aprecia que, al considerar sólo de forma parcial los costos incurridos, **la resolución sancionatoria entra en contradicción respecto de los hechos tenidos a la vista para configurar la infracción**, respecto de los utilizados para establecer el beneficio económico derivado de esta última.

Así, por una parte, configura la infracción de *“ejecutar, sin contar con resolución de calificación ambiental de un proyecto de desarrollo urbano, que contempla obras de edificación con destino habitacional, con una cantidad superior a 80 viviendas”* sobre la base de estimar que, aunque existen sólo 13 permisos de edificación otorgados, lo que constituye un elemento de la “esencia” del proyecto el hecho de que éste contemplaría la construcción de casas en la totalidad de los 228 sitios, considerando para ello la ejecución de caminos interiores, obras sanitarias y de suministro eléctrico, entre otras. En tanto, para efectos de calcular el beneficio económico, como se dijo, indica que los costos que se considerarán corresponden únicamente a 39 viviendas.

c) **Correcta determinación del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción**

La autoridad incurre en un error en la aplicación de dicha metodología, obteniendo como resultado de la operación un monto equivocado, que no refleja el beneficio económico efectivo de la empresa, el cual, como se verá, es inexistente.

- (i) De acuerdo a lo que indican los Consid. 296 y siguientes de la resolución sancionatoria, el costo total fue determinado sobre la base de multiplicar el **costo unitario mencionado** en la tabla, por los 39 sitios vendidos.
- (ii) No obstante, en dicha operación la autoridad **olvida incorporar los costos asociados a los sitios habilitados que no se encuentran vendidos**, que corresponden a 45, **como también los asociados a los sitios que no se incluyen en ninguna de esas categorías**, es decir, la fracción de esos 228 sitios totales que no se encuentran ni habilitados ni vendidos, que corresponde a 143 sitios.

- (iii) Esta información se obtiene del análisis completo del mencionado documento adjunto, el cual señala que, además de los 40 sitios ya vendidos, **existen otros 45 sitios que se encuentran habilitados y no vendidos** -página 3 del documento-, respecto de los cuales se determina un monto asociado a ingresos proyectados por ventas.
- (iv) Para establecer el costo de estos “sitios habilitados”, es necesario considerar que, acorde a la tabla, a cada uno de ellos se asocia un ítem de **2.398 UF**, referido a “gastos asignables en sitios habilitados”; luego, debe considerarse para cada uno de ellos un total de **1.514 UF**, que corresponde al valor del terreno vinculado a cada uno de los 228 sitios; y, finalmente, debe agregarse una cantidad de **UF 153**, que da cuenta de los gastos de organización y puesta en marcha referidos al total de los sitios que contempla el proyecto. De acuerdo a lo anterior, el costo asociado a cada uno de los 45 sitios habilitados y no vendidos corresponde a **UF 4.065**.
- (v) Por otra parte, para ajustar correctamente el monto referido a los costos, es necesario incluir los gastos relacionados con los sitios que no se encuentran dentro de los 40 “sitios vendidos” ni de los 45 “sitios habilitados”, es decir, acorde a los antecedentes señalados, hay un saldo de **143 sitios respecto de los cuales se ha incurrido en gastos referidos solamente a la compra de terreno y gastos de operación y puesta en marcha**, por tanto, a estos se asocia un monto de **UF 1.667**.
- (vi) De este modo, los **costos operacionales del proyecto no corresponden el monto de UF 246.212 indicado por la SMA**, sino que ascienden a **UF 673.826**, los que, según lo explicado en los puntos anteriores, se desglosan de la siguiente forma:

Categoría de sitio	Cantidad de sitios	Valor unitario	Valor total
Sitios vendidos	40	UF 6.313	UF 252.520
Sitios habilitados	45	UF 4.065	UF 182.925
Sitios no vendidos ni habilitados	143	UF 1.667	UF 238.381

- (vii) De lo anterior, se desprende que, si **los costos incurridos a la fecha alcanzan a UF 673.826, en tanto que los ingresos obtenidos sólo ascienden a 275.816 UF**, al día de hoy, no es posible señalar que exista un beneficio económico que haya obtenido el titular a consecuencia de la ejecución de este proyecto.

d) Los efectos de considerar de forma incorrecta los costos según los cuales se calcula el beneficio económico

El beneficio económico, como criterio cuantitativo, no sólo debe calcularse de acuerdo a los antecedentes acreditados, sino que debe establecerse sobre la base de una **metodología clara y consistente** que permita explicarla en base a los mismos antecedentes.

En este sentido, en el presente procedimiento sancionatorio se entregaron todos los antecedentes necesarios para efectuar dicho análisis, explicitándose los ingresos obtenidos a consecuencia de los lotes vendidos, como también los costos vinculados a la totalidad del proyecto, es decir, incluyendo los 228 lotes.

Sin embargo, **la autoridad utilizó dichos antecedentes de forma parcial**, por cuanto si bien para la estimación de ingresos sumó todos los informados, vinculados a las ventas, al momento de calcular los costos eligió sumar sólo aquellos relacionados a los mismos sitios vendidos, pasando por alto la información presentada respecto de los gastos vinculados a la compra de terreno, como también a las obras de habilitación y/o administración del resto de los 228 sitios no considerados, y vulnerando de esta manera el criterio de cálculo del beneficio económico establecido por las aludidas Bases, y aplicado en casos resueltos previamente por este mismo órgano, que considera la incorporación a la fórmula de cálculo de totalidad de los costos operacionales.

De este modo, **la autoridad no puede utilizar la información puesta en su conocimiento solo para efectos de establecer la infracción**, haciendo alusión, entre otras, a las obras de habilitación, sanitarias y suministro eléctrico que le sirven para determinar que el proyecto contempla la edificación de más de 80 viviendas, **pero desconocer los mismos datos en el momento de determinar el monto de la sanción**.

Lo anterior es aún más grave si se considera que de haber ponderado adecuadamente los datos incluidos en la situación financiera informada, la autoridad habría descartado la generación de algún beneficio económico para el infractor, sino que se encuentra con un importante déficit de flujos, que incide directamente en su capacidad económica, como se verá a continuación.

2. Respecto al análisis de la capacidad económica del infractor y la capacidad de pago: no se consideraron la totalidad de los antecedentes entregados por la empresa y se desconoce la entidad de la rebaja.

La resolución recurrida señala solamente en el Consid. 394 al momento de analizar este elemento de determinación de la sanción, que:

*“**Para la determinación del tamaño económico**, se han examinado los antecedentes financieros de la empresa disponibles en el procedimiento. Así, de acuerdo a la información acompañada en escrito de 18 de junio de 2020 presentado por el titular, específicamente, los **ingresos por venta correspondientes al año 2019**, se observa que Inversiones Panguipulli SpA, se sitúa en la clasificación de empresa mediana 2 de acuerdo a la clasificación de tamaño económico utilizada por el Servicio de Impuestos Internos **por presentar ingresos por ventas anuales entre UF 50.000,01 a UF 100.000 (...)**.*

*En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se concluye que **procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción, asociado a la circunstancia de la capacidad económica**.”*

La resolución sólo consideró para determinar el tamaño económico de la empresa **sus ingresos por ventas anuales**, sin considerar sus costos, omitiendo un análisis más recabado respecto al real tamaño económico de esta entidad. Asimismo, se hace presente que la resolución recurrida no realizó análisis respecto a la capacidad de pago de mi representada, señalando que este análisis debe realizarse a petición del sancionado una vez conocido el monto de la multa.

Respecto a la capacidad de pago la resolución recurrida ésta consiste en “*la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de sanciones pecunarias...*”, donde mi representada sufre una situación económica y financiera crítica con una fuerte disminución en las ventas desde comienzos de 2018 a la fecha, existiendo a la fecha de acuerdo a la información contable también acompañada en dicha oportunidad, **un déficit en el Proyecto que se genera por las diferencias entre los ingresos por ventas a la fecha y los gastos operaciones y de inversión del Proyecto**. El detalle de la información financiera

que permite arribar a la conclusión anterior se encuentra en el escrito indicado, y se requiera a Ud., que sea considerado al momento de analizar la capacidad de pago de esta empresa.

Sobre este punto, las Bases Metodológicas señala que:

*“El ajuste por capacidad de pago sólo es considerado en caso que el infractor acredite, por propia iniciativa, una **condición de deficiencia en su situación financiera que le imposibilite, o dificulte en gran medida, hacer frente a la sanción pecuniaria** que correspondería aplicar²”.*

*“En base a la información recibida, la **Superintendencia realiza un análisis de la situación financiera de la empresa para evaluar la existencia de posibles dificultades para hacer frente a la sanción. La información mínima requerida para fundamentar una situación de deficiente capacidad de pago corresponde a los Estados Financieros de los últimos tres años, debidamente acreditados**³”.*

La circunstancia anterior es justamente la que procede respecto de Inversiones Panguipulli SpA, y a la cual Ud. podrá arribar al momento de analizar la información presentada y los estados financieros acompañados durante el presente procedimiento sancionatorio, de manera tal que se arribe a la conclusión de que la empresa, a la fecha, cuenta con la imposibilidad o dificultad en gran medida de hacer frente a la sanción pecuniaria impuesta quedando expuesto a una situación de insolvencia.

Al respecto, se solicita a Ud., que **proceda a recalcular en lo pertinente la sanción impuesta considerando la totalidad de los antecedentes económicos y financieros que fueron acompañados por mi representada en el expediente, los que dan cuenta de que, si se hubiese considerado la capacidad de pago de la empresa a la fecha, la disminución de la cuantía de la multa habría sido mayor.**

3. Sobre el análisis de importancia de la vulneración al sistema jurídico ambiental: la actividad ejecutada es lícita y permitida por el ordenamiento jurídico.

Las Bases Metodológicas indican para los efectos del literal i) del art. 40 de la LOSMA que el criterio de importancia de la norma infringida está destinado a analizar aspectos objetivos relativos a la norma y a las características de su incumplimiento.

Concluye la resolución en este punto señalando que *“se reprocha una alta vulneración al sistema jurídico de control, pues **no solo atenta contra los principios asociados a la protección ambiental** y de evaluación ambiental preventiva, sino que atenta contra la **protección de los suelos agrícolas** y de la **planificación territorial**”.*

De las tres tipos de normas infringidas en su concepto, sólo una es de competencia de la SMA. No corresponde, por consiguiente, que se realice un reproche en la sanción respecto al cumplimiento o incumplimiento de las normas agrícolas (DL N° 3.516) o urbanísticas (art. 55 de la LGUC), por cuanto su aplicación y cumplimiento escapa del ámbito de sus competencias.

El proyecto de ninguna manera ha infringido el art. 2 del DL N° 3.516, pues su artículo 1° en especial, su inciso penúltimo dispone que *“Los predios resultantes de una subdivisión **quedarán sujetos a la prohibición***

² Bases Metodológicas SMA, 2017, p.74

³ Bases Metodológicas SMA, 2017, p.74

⁴ Res. Ex. N° 1310/2020, Consid. 361, p.90.

de cambiar su destino en los términos que establecen los artículos 55° y 56° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.”

Y precisamente el inciso 1° del artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones permite que el propietario de un predio rural construya su vivienda, lo que ha sido ratificada por Contraloría General de la República quien ha dictaminado que “...se sigue que **a tales predios** (los resultantes de una subdivisión rural) **les resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 55 de la LGUC, en tanto prohíbe abrir calles, subdividir para formar poblaciones y levantar construcciones, con las excepciones que indica, y permite, bajo los supuestos y autorizaciones que expresa, la subdivisión y urbanización de terrenos para los fines que detalla en su inciso tercero y las construcciones mencionadas en su inciso cuarto.**⁵”

Es así como Ud., podrá apreciar cómo **mi representada se ha limitado a dividir un predio rural de su propiedad dando cumplimiento irrestricto a la normativa aplicable.**

Sobre este aspecto, cabe resaltar que mi representada no ha cambiado, ni pretende cambiar, la condición de predios rústicos de ninguno de los 228 sitios referidos, ya que su finalidad es venderlos, posteriormente, en dicha condición, situación que además se ve reforzada por las propias disposiciones del D.L. 3.516, de 1980.

POR TANTO, de conformidad a lo expuesto y a lo dispuesto en el art. 55 de la Ley N° 20.417, y dejando establecido la expresa reserva de las acciones y recursos que proceda en contra de la misma ante el Tribunal Ambiental,

Al Sr. Superintendente del Medio Ambiente pedimos tener por interpuesto recurso de reposición administrativa en contra de la Res. Ex. N°1310/2020 que resolvió sancionar a Inversiones Panguipulli SpA con 351 UTA, proceder a su conocimiento y, en definitiva, dejar sin efecto la sanción impuesta, o en subsidio, **proceda a disminuir el monto de la multa impuesta** a través de un recálculo de los elementos del art. 40 de la LOSMA que fueron cuestionados en esta presentación.

Adicionalmente, solicitamos que se resuelva nuestra presentación de fecha 3 de agosto de 2020, en la cual manifestamos nuestra decisión de reformulación del Proyecto, dejando sin efecto el requerimiento de ingreso dispuesto en el resuelto Segundo de la Resolución 1310.

⁵ Dictamen CGR N° 29.289 de 2016.