

EN LO PRINCIPAL: opone descargos; y, **EN EL OTROSÍ:** reserva de acciones.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

JORGE A. FEMENÍAS S. y DOMINGO IRARRÁZAVAL M., abogados, en representación de **Sociedad Agrícola y Forestal Quimeyco Ltda.** (“**Quimeyco**”; “**Compañía**”), en este procedimiento sancionatorio, rol **D-049-2020**, instruido por esta **Superintendencia del Medio Ambiente** (“**SMA**”), a usted respetuosamente decimos que:

Oponemos descargos al pliego de cargos contenido en la **Resolución Exenta N°1/ROL D-049-2020**, de 23 de abril de 2020 (“**Formulación de Cargos**”; “**Cargos**” o “**Pliego de Cargos**”), requiriendo en su mérito absolver a Quimeyco.

Lo anterior, en virtud de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que a continuación se exponen:

§1. ANTECEDENTES

A) Permisos ambientales del Proyecto

1. Por medio de la Formulación de Cargos esta Superintendencia inició un procedimiento sancionatorio en contra de Quimeyco, denunciando cinco supuestas infracciones que ésta habría cometido durante la operación de su proyecto “Piscicultura Quimeyco” (“**Proyecto**” o “**Piscicultura**”).

2. El Proyecto está regulado por las siguientes resoluciones:

(i) Res. Ex. N°95, de 10 de mayo de 2006, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía (“**COREMA**”), que calificó desfavorablemente la Declaración de Impacto Ambiental (“**DIA**”) del proyecto “Ampliación Piscicultura Quimeyco Pucón” (“**RCA N°95/2006**”); en su versión definitiva, contenida en la Res. Ex. N°4932/2008, de 1 de diciembre de 2008; de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (“**CONAMA**”), la que **acogió el recurso de reclamación impetrado en contra de la RCA N°95/2006, calificando favorablemente la DIA del proyecto “Ampliación Piscicultura Quimeyco Pucón”**; y,

(ii) Res. Ex. N°72, de 19 de mayo de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Araucanía (“COEVA”), que calificó favorablemente la DIA “Implementación Sistema de Ensilaje Piscicultura Quimeyco” (“RCA N°72/2011”).

B) Cargos formulados

3. A juicio de esta SMA, Quimeyco cometió las siguientes infracciones:

(i) Cargo N°1: “Frecuencia de lodos no cumple con la frecuencia semanal, debido a que, durante los años 2017 y 2018, se realizaron 16 y 23 retiros de lodos, respectivamente, debiendo cumplir un mínimo de 48 retiros anuales.”

(ii) Cargo N°2: “Modificación de Proyecto sin someterse a evaluación ambiental, constatándose cambios de consideración debido a que la producción de biomasa, el consumo de alimentos y la generación de lodos ha excedido de forma sostenida lo autorizado en la RCA N°4932/2008 durante los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, según se detalla en las Tablas N°3, 4 y 5 de la presente resolución.”

(iii) Cargo N°3: “En los reportes de autocontrol no se informó la totalidad de los parámetros exigidos en la RPM 322/2015, en el “Punto 1 (río Carhuello)” de descarga, de acuerdo con el D.S. N°90/2000, según se detalla en la Tabla N°7 de la presente resolución, durante el mes de noviembre de 2018.”

(iv) Cargo N°4: “No se reportó con la frecuencia exigida en el “Punto 1 (río Carhuello)” de descarga, el parámetro de Poder Espumógeno, exigido en la RPM N° 322/2015, de acuerdo con el D.S. N ° 90/2000, según se detalla en la Tabla N°8 de la presente resolución, en los periodos de abril y septiembre de 2017 y diciembre de 2018.”

(v) Cargo N°5: “Superación de los límites máximos permitidos para caudal en el “Punto 1 (río Carhuello)” de acuerdo con el D.S. N ° 90/2000, y con las condiciones aprobadas en RPM 322/2015 en el período de diciembre de 2017 según lo indicado en la Tabla N° 10 de la presente resolución.”

4. En el Resuelvo II de la Formulación de Cargos se clasificaron los cargos de la siguiente forma: (i) el Cargo N°1 como **grave**, en virtud de la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA; (ii) el Cargo N°2 como **gravísimo**, por aplicación de la letra f) del numeral 1 del

artículo 36 de la LO-SMA; y, (iii) los Cargos N°3, 4 y 5 fueron clasificados como **leves**, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 36 de la LO-SMA.

C) Cronología del procedimiento sancionatorio

5. Los hitos más relevantes asociados a este procedimiento son los que se incluyen en la siguiente tabla:

Fecha	Hito	Origen
28-07-2014	Fiscalización SMA	SMA
29-12-2014	Informe de Fiscalización Ambiental ("IFA")	SMA
12-02-2015	Denuncia de contaminación del río Carhuello	Unión Comunal Ambiental de Pucón
18-02-2015	Denuncia de contaminación del río Carhuello	Municipalidad Pucón
05-12-2018	Denuncia de contaminación del río Carhuello	Municipalidad Pucón
23-04-2020	Designación fiscal instructor	SMA
23-04-2020	Res. Ex. N°1 / Rol D-049-2020 Formulación de Cargos	SMA
13-05-2020	Notificación Formulación de cargos	SMA
03-06-2020	Programa de Cumplimiento ("PdC")	Quimeyco
21-10-2022	Res. Ex. N°11, Rechaza PDC Refundido	SMA
28-10-2022	Recurso de reposición contra Res. Ex. N°11	Quimeyco
02-11-2022	Res. Es. N°12, Suspende procedimiento	SMA

Tabla N°1

§2. DESCARGOS

6. En contra de la Res. Ex. N°1 / ROL D-049-2020 oponemos los siguientes descargos:

Primero. El tiempo transcurrido desde la dictación de la **Formulación de Cargos** excede, por mucho, los tiempos máximos de que dispone la Administración para resolver un procedimiento sancionatorio razón por la cual dicho acto administrativo debe ser revocado por razones de mérito y oportunidad, al haber operado **el decaimiento del acto administrativo o bien la imposibilidad sobreviniente de continuar con él**, al haber desaparecido el objeto del mismo en conformidad con los artículos 40, inciso final, y 14, inciso final, ambos de la Ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (“LBPA”); y, en cualquier caso, la SMA **infringió el principio de la confianza legítima**;

Segundo. El Cargo N°1 no puede ser calificado como “grave”, ya **que ni en la RCA N°95/2006¹, ni en la RCA N°72/2011 existe una medida asociada a posibles efectos adversos del Proyecto**, ni se ha generado ningún efecto relevante asociado a la frecuencia de retiro de lodos;

Tercero. El Cargo N°2 no puede ser calificado como “gravísimo” porque el Proyecto cuenta con dos RCA que habilitan su operación. El exceso de producción sólo puede considerarse como la superación de una condición de las autorizaciones, **no como elusión o modificación sustantiva**. Adicionalmente, no se ha constatado la generación de ninguno de los efectos, características o circunstancias descritas en el artículo 11 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“LBMA”); y,

Cuarto. Los Cargos N°3, 4 y 5 se refieren principalmente a errores de copia o transcripción de reportes, la mayor parte de los cuales, de constituir infracciones, están prescritas.

I. Decaimiento, imposibilidad de continuar e infracción a la confianza legítima

A. Nociones generales

7. Se ha entendido que el decaimiento es una forma especial de extinguir actos administrativos, o de terminación de procedimientos administrativos, cuando ha

¹ Para efectos de los presentes descargos, al referirnos a la RCA N°95/2006 nos referimos también a la Res. Ex. N°4932/2008 de la Dirección Ejecutiva de la CONAMA que acogió el recurso de reclamación presentado en contra de la RCA N°95/2006, calificando favorablemente la DIA del proyecto “Ampliación Piscicultura Quimeyco Pucón”.

transcurrido un tiempo tal que hace ineficiente o inútil mantenerlos vigentes. Nuestra Corte Suprema lo ha definido como: "*la extinción de un acto administrativo provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho, que afectan su contenido jurídico tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo*" (Rol N°6.745-2012, de 24 de enero de 2013, C.8).

8. De conformidad con el artículo 27 de la LBPA, la Administración dispone de seis meses para resolver los procedimientos administrativos. La respuesta acerca de cuáles son los efectos de la superación de ese plazo en procedimientos sancionatorios es de construcción jurisprudencial y ha sido desarrollada y matizada por la Corte Suprema en numerosas sentencias, mediante las cuales se ha consolidado las instituciones del "decaimiento del acto administrativo", y de la "imposibilidad de continuar con el procedimiento".

9. Las primeras sentencias que se pronunciaron acerca de los efectos de la tardanza injustificada en la resolución de los procedimientos administrativos sancionatorios se dictaron a finales de 2009 y 2010 (a modo de ejemplo, sentencias de la Corte Suprema Rol 4923–10, de 16 de septiembre de 2010 y Rol 5228–10, de 20 de octubre de 2010). En esos pronunciamientos, la Corte Suprema trató de dar respuesta a la paradoja que se producía entre dos premisas en tensión: (i) los plazos no son fatales para la Administración; y, (ii) garantizar el derecho de los interesados a obtener una resolución en un plazo razonable para resguardar el debido proceso².

10. Como contexto general, cabe hacer presente que el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador ha tenido un desarrollo jurisprudencial importante. Por ejemplo, la Sentencia Rol N° 23.056-2018, de fecha 26 de marzo de 2019, de la Excelentísima Corte Suprema ("**Sentencia CS 2019**") ha señalado el fundamento de esta institución: "*en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, se ha señalado que para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, **la resolución que lo concluye debe ser oportuna**. Para asentar tales decisiones, se ha considerado especialmente el principio de la eficacia y eficiencia administrativa, consagrado en diversas disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (y que encuentran su correlato en el Estatuto Administrativo).*" (Considerando Décimo. Énfasis agregado)

11. Como se ha señalado, nuestra Excelentísima CS ha desarrollado y establecido el criterio de extinción de los actos administrativos en virtud de su decaimiento en numerosas

² Este razonamiento se ha aplicado consistentemente por el máximo Tribunal en las sentencias recaídas en los autos Roles N° 8.682-2009; N° 8.387-2010; 6.538-2010; N° 6.736-2012; N° 6.740- 2012; N° 1.719-2015; N° 23.056-2018; N° 36.258-2019; N° 2.639-2020; N° 95.140-2020; N° 97.284-2020; N° 127.415-2020; N° 119.193-2020.

sentencias, señalando que “(...) el acto administrativo decae cuando desaparecen los presupuestos de hecho y/o de derecho que movieron a la Administración a emitirlo o porque se hace inutilizable. En sus efectos, el decaimiento producirá una inexistencia sobreviniente, pero solo de los efectos del acto, pues este, a lo menos desde el punto de vista formal, continuaría vigente, aunque estéril (Silva Cimma, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile 1995, pp. 160-161). Esta Corte de manera reiterada y conforme lo sostiene la doctrina mayoritaria, ha declarado que el decaimiento del acto administrativo se produce cuando: desaparece un presupuesto para su validez o se deroga o modifica la ley en que se fundó, siendo esta la condición para su vigencia (Sayagues Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Fundación Cultura Universitaria 8ª edición, 2002, p. 520)...” [lo subrayado es nuestro].

12. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente de la CS ha venido sosteniendo que “luego de un acabado estudio, ha decidido recientemente abandonar el término ‘decaimiento’ para referirse a la imposibilidad de continuación del procedimiento administrativo en cuestión.”³ Es ilustrativa de esta jurisprudencia ya consolidada la sentencia de la Corte Suprema, de 3 de mayo de 2021 (Rol 127.415–2020), en la que se desarrolló con precisión la tesis de la “ineficacia del procedimiento”:

*“Ante la claridad del precepto del artículo 27, que “el procedimiento no podrá exceder de 6 meses” de duración en su sustanciación, contado desde su iniciación y hasta la decisión final, como lo indicado por el Ejecutivo en su Mensaje, en orden a que el proyecto tiende, precisamente, a solucionar los problemas derivados de considerar que a la Administración no le afectan los plazos y que su incumplimiento únicamente genera responsabilidades administrativas, entre otros aspectos, **se ha de concluir que existe una imposibilidad material para continuar el procedimiento y que la causa sobreviniente es el cumplimiento del plazo**, razonable contexto en el que todo el actuar posterior de la Administración **deviene en ineficaz por ilegalidad**”.*

B. El decaimiento y la imposibilidad de tramitar este expediente

13. En este procedimiento sancionador, **han transcurrido latamente los plazos sensatos y admisibles para su resolución final**, de tal forma que la Formulación de Cargos perdió completamente su oportunidad y mérito habiendo operado respecto de ella el decaimiento del acto administrativo, de tal forma que debe ser revocada por la autoridad y, por su parte,

³ CS, 26 de enero de 2022, ROL 34.496-2021

el procedimiento sancionatorio debe terminar pues resulta imposible continuar con su tramitación por haber devenido en ineficaz.

14. Se recuerda que el primer IFA de este expediente (“**IFA 2015**”) fue elaborado **hace 8 años** y el segundo (“**IFA 2016**”) desde **hace casi 7 años**. En cualquier caso, si tomamos una interpretación estricta del procedimiento administrativo y del hito que le da inicio, comprobamos que la Formulación de Cargos es de 23 de abril de 2020, de tal forma que **hasta esta fecha han transcurrido más tres años en su tramitación**. Así, existe actualmente una imposibilidad material de continuar con él⁴.

15. Si bien no basta el transcurso del plazo de 6 meses establecido en el artículo 27 de la LBPA para que el procedimiento “decaiga”, o se haga imposible continuar con su tramitación -dicha extensión debe, además, ser “injustificada”-; en este caso **existe precisamente una dilación injustificable de la SMA en la tramitación del expediente**, ya que: (i) **demoró 5 años en formular cargos**; y, (ii) iniciado el procedimiento, **tomó otros 2 años en pronunciarse respecto al Programa de Cumplimiento refundido**, tiempo en el cual no se efectuó ninguna gestión útil para resolver el PDC presentado, ni para dar curso progresivo a este procedimiento.

16. Es más, como se expuso en la Tabla N°1, esta SMA demoró **7 meses** en oficiar al Ministerio del Medio Ambiente (“**MMA**”) para que informe sobre los supuestos aportes de Quimeyco a la saturación del Lago Villarrica y, a pesar de haberle otorgado un plazo de 10 días para enviar la información solicitada, la SMA tomó **8 meses más** en enviar un nuevo oficio insistiendo con el requerimiento anterior. No conforme con esta **cadena de comunicaciones tardías**, una vez recibida la minuta técnica del MMA este servicio tardó otros **5 meses** en dar traslado a Quimeyco.

17. Este escenario de dilación excesiva se ve aún más agravado por la circunstancia de que **la información solicitada al MMA es inútil e impertinente a la resolución de este procedimiento, YA QUE EL MMA NO CUENTA CON NINGÚN INFORME DE MONITOREOS EFECTUADOS EN EL EFLUENTE DE LA PISCICULTURA, NI TAMPOCO SE FUNDA EN INFORMACIÓN FIABLE PARA DETERMINAR LA EVENTUAL DESCARGA DE CONTAMINANTES, PUES OMITE SIN EXCUSA REFERIRSE A LA AVANZADA TECNOLOGÍA DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE RILES DE QUIMEYCO.**

18. En cualquier caso, todo aporte atribuible a nuestra representada –incluso aquél que se le imputa sobre la base de estas estimaciones metodológicamente poco fiables– lo es respecto de **hechos ocurridos hace 7 u 8 años**; los más recientes **hace más de 3 años**. Junto con reiterar que la emisión de los contaminantes denunciados no es tal, se advierte que el cuerpo acuífero toma entre 2 y 4 años en recuperarse, de modo que **es un hecho cierto que**

⁴ CFR. Sentencia CS del 3 de mayo de 2021, ROL 127.415-2020, C.8º

toda traza ilícita de contaminantes presentes en el cuerpo acuático **no se originó en la Piscicultura.**

19. Así, es inevitable concluir que el plazo transcurrido hace imposible continuar con este procedimiento sancionatorio, ya que **se han alterado gravemente los principios que garantizan un debido proceso.** La Formulación de Cargos perdió la oportunidad y mérito y debe ser revocada en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 61 de la LBPA o, en su defecto, se debiera terminar el procedimiento administrativo sancionador por existir una imposibilidad sobreviniente de continuar con su tramitación.

C. **Infracción al principio de protección de la confianza legítima**

20. La Formulación de Cargos infringe el principio de protección de la confianza o las legítimas expectativas, ya que contradice el criterio de la SMA, expresado en los IFA 2015 y 2016, **EN LOS QUE SEÑALÓ EXPRESAMENTE QUE EL RITMO PRODUCTIVO DE QUIMEYCO NO CONSTITUÍA UN CAMBIO DE CONSIDERACIÓN.** Efectivamente, en ambos casos, a pesar de dejarse expresa constancia de haberse verificado una producción de biomasa y consumo de alimentos para el año 2015 que “supera la producción autorizada ambientalmente”, pues excedía lo autorizado en la RCA N°95/2006, se estimó que dicha situación no constituía cambios de significancia respecto de lo evaluado ambientalmente y calificado por las correspondientes RCA’s, ya que las estructuras de cultivo y su capacidad coincidían con lo aprobado.

21. A pesar de aquellas conclusiones, esta SMA estimó en esa oportunidad que aquellas circunstancias no reunían las condiciones de gravedad como para formular cargos a Quimeyco, generando en la Compañía una expectativa de “validación” del sistema productivo, por el que no recibió ningún cuestionamiento.

22. La SMA debe respetar el principio de **confianza legítima**, que resguarda la seguridad jurídica y cuya aplicación determina que **la Administración no puede frustrar las expectativas** que genera en los particulares con ocasión de su actuación previa.

23. Este principio implica que *“se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, **sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración**, por lo que habrá razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia”*⁵.

⁵ CORDERO, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Segunda Edición, 2015.

24. La vulneración del principio de confianza legítima supone la improcedencia del acto que se dicte en su vulneración. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, que identifica sus bases:

“en principios como el de la seguridad jurídica, inherente al Estado de Derecho y al orden jurídico mismo; en el de protección de la buena fe, esencial como guía de conducta que debe regir los comportamientos de los sujetos de derecho y de las personas en general; y en la doctrina de los actos propios, íntimamente ligado con el anterior, que no excluye la posibilidad de cambiar de opinión, pero sí la sanciona cuando este cambio se hace en perjuicio del otro que sobre la base de una conducta mantenida inalterable ha obrado seguro en que ésta se mantendrá en el tiempo”⁶.

25. Pero, incluso de estimarse que este procedimiento puede continuar, su conclusión debe conducir a la absolución de la Compañía. Analizaremos la improcedencia de los Cargos.

II. En relación con el Cargo N°1 (retiro de lodos)

26. Se denunció que la *“Frecuencia de lodos no cumple con la frecuencia semanal, debido a que, durante los años 2017 y 2018, se realizaron 16 y 23 retiros de lodos, respectivamente, debiendo cumplir un mínimo de 48 retiros anuales”*. Esta infracción fue calificada jurídicamente como grave.

A) La calificación de la infracción es errada

27. Se consideró que la frecuencia del retiro de lodos establecida en la RCA N°95/2006 es una “medida” para eliminar o minimizar efectos adversos del Proyecto, pero lo cierto es que dicha resolución calificó una Declaración de Impacto Ambiental, y no un Estudio, de tal forma que en ella no se estableció ninguna “medida” para eliminar o mitigar efectos adversos. En efecto, la frecuencia de retiro de lodos forma parte del proyecto mismo, no es una medida ni compromiso para eliminar o minimizar un efecto adverso que no se reconoció por Quimeyco, ni se calificó por la SMA, como tal.

28. En efecto, la LBMA sólo se refiere a las medidas para eliminar o minimizar efectos adversos al regular el contenido y condiciones para la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental, sin considerarlas para el caso de las Declaraciones, ya que son innecesarias, cuestión que se concluye de los artículos 12, 16 y 28 de la Ley N°19.300. Del mismo modo, el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contenido en el D.S. N°40-

⁶ CS, 13 de abril de 2023, ROL 10.841–2022, Considerando 12°.

2012 del Ministerio del Medio Ambiente (“RSEIA”) también restringe las medidas de mitigación o eliminación de efectos adversos a los EIA’s (artículos 18, 35 y 60).

29. Es evidente el sentido y alcance que el legislador quiso dar al literal e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA al referirse al grave incumplimiento de las “*medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad*”, ya que dicha formulación es idéntica a aquella empleada en la LBMA al regular el contenido de los Estudios de impacto ambiental (art. 12, ya citado), **por lo que no tiene ningún sustento jurídico ni lógico pretender calificar como “incumplimiento de una medida” una infracción a una resolución de calificación ambiental recaída sobre una DIA.**

30. Como se señaló, en este caso la frecuencia de retiro de lodos forma parte de la descripción del Proyecto desde la presentación de la correspondiente DIA en 2006, y fue posteriormente recogida en la RCA N°95/2006 como parte de las condiciones aprobadas para su operación.

31. En cualquier caso, este incumplimiento no reviste ni puede revestir la “gravedad”, exigida en el literal e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA, **porque no existen tales medidas ni tampoco se han generado efectos adversos de acuerdo con la RCA.** En efecto, tal como consta en el expediente de evaluación ambiental que culminó con la RCA N°95/2006, la única inquietud de la autoridad sanitaria en relación con los lodos se refería a **la posibilidad de que se generaran olores molestos**, cuyo no fue el caso.

32. En efecto, no existe en este expediente ningún antecedente que permita presumir ni acreditar la generación de olores, ni ningún otro impacto que permita derribar la presunción de inocencia de que goza nuestra representada. Por el contrario, existen **contundentes antecedentes que demuestran la ausencia de efectos.**

33. Así, en el IFA 2015 los funcionarios de Sernapesca constataron que “No se perciben malos olores en el sistema de tratamiento de Riles, ni en la descarga al cuerpo receptor”, cuestión ratificada por esta autoridad en mayo de 2015: “no se verificó la presencia de material residual en el lecho del río y tampoco se percibieron olores molestos durante la fiscalización.” Hacemos presente que, por expresa disposición de la ley, los hechos constatados por los fiscalizadores de la autoridad (Sernapesca y la SMA) y que constan en las correspondientes actas de fiscalización, gozan de presunción de legalidad⁷, de tal forma que necesariamente **esta SMA debe concluir que no se han generado olores molestos.**

⁷ Inciso segundo, artículo 8º LOSMA.

Artículo 125, Ley General de Pesca y Acuicultura.

34. En efecto, aun cuando la sola presunción de legalidad de los hechos constatados en las fiscalizaciones a la Piscicultura debiera ser suficiente para desestimar las denuncias de olores, Quimeyco acompañó numerosos estudios que demuestran la inexistencia de olores molestos en las afueras de la Piscicultura.

(i) En el Informe de Medición de Olores 01E01O-20-046 “Toma de muestra y resultados de concentración de olor mediante olfatometría dinámica en Centro de Piscicultura Quimeyco” (“**Informe de Olores**”) se demostró que las concentraciones de olores se producen en espacios acotados dentro de la Piscicultura, cumpliendo los estándares internacionales de referencia aplicables, tanto en su ubicación como en su intensidad⁸;

(ii) En el Informe Modelación Odorante 02E01O-20-046, “*Estudio de Impacto Odorante Centro de Piscicultura Quimeyco*” (“**Informe de Impacto Odorante**”), se concluyó que ninguno de los receptores considerados en el escenario actual superó el límite de inmisión de 3,0 OUE/m³, tomando como norma de referencia la normativa de Colombia;

(iii) Declararon los vecinos de la Piscicultura Renato Poblete, Irma Landeros Muñoz y José Alex Figueroa Sandoval (propietario del “Hostal Sueños de Carhuello”), quienes confirmaron la inexistencia de olores molestos;

(iv) En el “Informe de Medio Humano”, de octubre de 2020, elaborado por Eugenio Salas Olave, Consultor de Cultura y Patrimonio de Pueblos Originarios (“**Informe de Medio Humano**”) se señala que: “*si existieran malos olores en las inmediaciones de la Piscicultura Quimeyco sería una preocupación para los habitantes del lugar, pero los lugareños entrevistados no recuerdan que alguien haya tenido o sufrido de mareos, o del traslado de alguien a hospital o consultorio.*”

B. El cambio en la frecuencia de retiro de lodos fue respaldado por el evaluador ambiental

⁸ Hacemos presente que los muestreos realizados para la elaboración de este informe se tomaron el 2 de octubre de 2020, y el vaciamiento de la Piscicultura se efectuó el 27 de octubre del mismo año, de tal forma que no es efectivo lo señalado en la Res.Ex. N°11, en cuanto a que “*la medición de la empresa se basa en datos obtenidos en terreno con la producción detenida y en proceso de eliminación de la biomasa existente en la piscicultura*”.

35. Quimeyco no modificó la frecuencia de retiro de lodos por falta de preocupación o cuidado con el medio ambiente, sino, **por el contrario**, para implementar mejoras en el sistema de tratamiento de RILes del Proyecto que permitieron disminuir el tránsito de los camiones destinados al retiro de los lodos, **con la consecuente disminución de emisión de material particulado y de posibles molestias o incomodidades a los vecinos por el tránsito semanal de estos camiones.**

36. La menor frecuencia en el retiro de lodos de ninguna forma ha significado una saturación de la infraestructura destinada a su almacenamiento temporal, ya que las piscinas de fibra de vidrio consideradas en la RCA N°95/2006 para la decantación tradicional **fueron reemplazadas por un sedimentador de lodos de hormigón armado, totalmente estanco, con una capacidad volumétrica de 30 m³, desde el cual el lodo se succionaba (antes del inicio del presente procedimiento sancionatorio) por camiones con una capacidad de retiro de 25 m³.** Esto redujo el impacto de la operación, además de una disminución en el tráfico de camiones.

37. Por si fuera poco, esta medida fue respaldada, entre otras, en la consulta de pertinencia respondida por el SEA Araucanía por medio de la Res. Ex. N°202009101131, del 15 de julio de 2020 ("Pertinencia de lodos"), acto administrativo en el que se confirmó que las modificaciones propuestas "*no son significativas desde el punto de vista ambiental, por lo que no está obligado a ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*".

III. Respeto al Cargo N°2 (sobreproducción)

38. En función del Cargo N°2 se denunció la "*Modificación de Proyecto sin someterse a evaluación ambiental, constatándose cambios de consideración debido a que la producción de biomasa, el consumo de alimentos y la generación de lodos ha excedido de forma sostenida lo autorizado en la RCA N°4932/2008 durante los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, según se detalla en las Tablas N°3, 4 y 5 de la presente resolución*". La infracción se calificó como gravísima.

A. La errada calificación de la infracción

39. Se sostiene que se habría ejecutado un proyecto al margen del SEIA y que se habrían constatado algunos efectos adversos de significancia a los que se refiere el artículo 11 de la LBMA. Esto es un error porque:

- La Piscicultura tiene 2 RCA's que autorizan su operación en su configuración actual;
- No se ha modificado el proyecto calificado ambientalmente; y

- No se ha constatado ningún efecto adverso significativo.

A.1) La Piscicultura cuenta con 2 RCA's que autorizan su operación: Infracción al principio de tipicidad

40. La tipología del literal b) del artículo 35 de la LOSMA exige, como presupuesto básico, que el **proyecto o actividad no cuente con una resolución de calificación ambiental**, debiendo contar con ella, lo mismo que el literal f) del número 1. del artículo 36. De esta forma, si el proyecto o actividad ha sido evaluado ambientalmente y calificado favorablemente por alguna RCA, se podrán cometer una serie de infracciones relacionadas a ésta, pero **no la contemplada en las normas recién referidas**.

41. En ese sentido, el Segundo Tribunal Ambiental, en fallo de 29 de julio de 2013, resolvió que:

Tercero. Que este Tribunal considera incorrecta la tipificación de la infracción y su posterior calificación realizada por la Superintendencia, por cuanto el ente fiscalizador elabora todo su argumento sancionatorio asumiendo que el Centro de Engorda de Salmones no fue evaluado ni autorizado por una RCA, razón por la cual tipificó la infracción en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente;

*Cuarto. Que este Tribunal estima, a diferencia de lo sostenido por la Superintendencia del Medio Ambiente, que los hechos sancionados corresponden a un claro incumplimiento de las condiciones de ubicación señaladas en la RCA que autorizó el proyecto "Centro de Engorda de Salmonideos Sector Punta Quillaípe", reiteradas en sus respectivas modificaciones, según dan cuenta los mismos antecedentes contenidos en la Resolución sancionatoria, a pesar que en numerosas fiscalizaciones anteriores no se identificó este incumplimiento. Por lo tanto, se trata de una infracción que debió ser tipificada en la letra a) del artículo 35 del citado estatuto normativo y no en su letra b). La incorrecta tipificación por parte de la Superintendencia trajo consigo otra consecuencia, el no haber considerado la concurrencia de alguna de las otras circunstancias indicadas en el artículo 36, que podrían haber modificado infracción.*⁹

42. Es evidente es que no se trata de la ejecución de un proyecto o actividad al margen del SEIA, pues la Piscicultura cuenta con dos RCAs que autorizaron su construcción y operación. Tan errada es la calificación que realizó la SMA, **tan evidente la infracción al**

⁹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, 29 de julio de 2013, ROL C-2-2013.

principio de tipicidad, que su núcleo de imputación contiene las razones para desestimarla al argumentar que: *“la producción de biomasa, el consumo de alimentos y la generación de lodos ha excedido de forma sostenida lo autorizado en la RCA N°4932/2008”*. Es decir, la SMA reconoció expresamente que este proyecto sí cuenta con RCA.

43. Así, las circunstancias relatadas pueden a lo sumo ser considerados como un incumplimiento a las condiciones de operación de la Piscicultura, establecidos en alguna de las RCA's que le son aplicables, **pero jamás una infracción en los términos del artículo 35 letra b), razón por la cual procede conforme a derecho absolver a Quimeyco de esta imputación.**

A.2) No se ha modificado el proyecto calificado ambientalmente

44. En la Piscicultura no se han introducido cambios de consideración, en los términos del literal g) del artículo 2° del RSEIA, sino sólo mejoras menores que incluso han sido visadas por el SEA.

45. Acredita lo anterior, la circunstancia de que en ninguna de las fiscalizaciones efectuadas por esta SMA se ha constatado alguna modificación de relevancia en la Piscicultura, la que sigue operando hasta la fecha con las instalaciones y obras que fueron calificadas favorablemente por las RCA N°95/2006 y RCA N°72/2011.

46. En caso de existir dudas al respecto por parte de esta SMA, a pesar de las constantes visitas de fiscalización que se han realizado en la Piscicultura, **bastaría con realizar una nueva visita de fiscalización para comprobar, nuevamente, que la Piscicultura no presenta cambios de consideración en relación con lo calificado ambientalmente.**

A.3) No se ha constatado ninguna de las circunstancias descritas en el artículo 11 de la LBMA

47. Aun aceptando la (errada) imputación del artículo 36 de la LOSMA, para poder calificar una infracción como gravísima no sólo es necesario ejecutar un proyecto al margen del SEIA, sino constatar también alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de la LBMA.

48. Esa constatación no se acreditó en este expediente. Este servicio efectuó suposiciones infundadas para justificar esta calificación. Así, se sostiene en el considerando 59 de la Formulación de Cargos que:

“en este escenario de sobreproducción, las denuncias que atribuyen al Proyecto malos olores, turbiedad de las aguas y presencia de sólidos sedimentados en el lecho del río Carhuello, permiten sostener que el sistema

de tratamiento aprobado no tiene la capacidad de tratar adecuadamente el exceso de carga contaminante generada por la sobreproducción y/o el sistema de tratamiento de RILes de la piscicultura ha estado operando deficientemente.

49. Así, para la SMA bastan las denuncias presentadas para demostrar una supuesta superación del sistema de tratamiento de RILes, o su incorrecta operación, sin aportar ningún antecedente que demuestre su imputación. En el Considerando 65 se concluye que:

“La sobreproducción evidenciada desde 2015 a 2019 en la Piscicultura Quimeyco, sumada a la operación deficiente de su planta de tratamiento de riles (fundamentado en las denuncias realizadas por la comunidad respecto de la calidad de las aguas del río Carhuello y “limpiezas de río”), han contribuido en términos de magnitud y duración, a la saturación del Lago Villarrica en los parámetros antes individualizados.”

50. La utilización de las denuncias como único fundamento para probar un impacto adverso al medio ambiente no resiste ningún análisis, y mucho menos tratándose de una autoridad que cuenta con todas las herramientas y facultades para realizar los estudios y monitoreos adecuados para comprobar que efectivamente se hayan producido aquellos efectos. Tan precaria es la acusación, tan febles sus fundamentos, que el Juzgado de Policía Local de Pucón **rechazó la denuncia** de la Ilustre Municipalidad de Pucón por el supuesto detrimento causado por la Piscicultura, debido a no haberse *“acreditado que dicho efecto se haya ocasionado con motivo del vertimiento de las aguas”*.

51. Que esta SMA considere como medio de “constatación” una denuncia es al mismo tiempo un severo yerro procesal, particularmente si no se han entregado las fotografías y videos que supuestamente demostrarían la contaminación del río como consecuencia de la actividad del Proyecto (Cons. 61 de la Formulación de Cargos). En otras palabras, esta autoridad pretende que ejerzamos nuestra defensa respecto a denuncias cuya mérito ha sido desestimado por los tribunales competentes, y material gráfico que no han liberado ni consta en el expediente.

52. En cualquier caso, esta SMA analizó el aporte del Proyecto a la saturación del Lago Villarrica respecto de los parámetros Fósforo y Nitrógeno (que no han sido medidos por la SMA), **desconociendo que el D.S. N°43/2018 del MMA, que declaró zona saturada el Lago Villarrica, sólo se refirió a los parámetros Clorofila ‘a’, Transparencia y Fósforo, ya que no se ha superado la norma de calidad respecto del parámetro Nitrógeno.**

53. Finalmente, es la propia SMA que reconoce la ausencia de impactos significativos del Proyecto, manifestando en el Considerando 61 de la Res. Ex. N°11, que: *“De acuerdo al*

Anteproyecto de Plan de descontaminación por clorofila a, transparencia y fosforo disuelto para la cuenca del Villarrica, el Tiempo de Renovación Hidráulico (TRH) del lago Villarrica es entre 2 y 4 años.

54. Han transcurrido más de 3 años desde las últimas supuestas infracciones denunciadas, de tal forma que cualquier posible efecto derivado del incumplimiento a las condiciones de la RCA se encuentra **totalmente subsanado**, lo que demuestra que este sancionatorio perdió su oportunidad y mérito.

B. Capacidad del sistema de tratamiento de RILes

55. En la Formulación de Cargos se sostiene que la sobreproducción de biomasa generó la insuficiencia del sistema de tratamiento de RILes del Proyecto, asumiendo que éste fue diseñado para tratar una producción de 120 toneladas anuales de biomasa.

56. Sin embargo, todo el análisis efectuado se fundamenta en una **única premisa incorrecta, YA QUE EL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE RILES NO ESTÁ DISEÑADO PARA TRATAR UNA CARGA DE CONTAMINANTES DETERMINADA, COMO SE SOSTIENE EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS, SINO QUE ÉSTE HA SIDO DISEÑADO PARA TRATAR LA TOTALIDAD DE LOS CONTAMINANTES QUE PUEDAN EXISTIR EN EL EFLUENTE DEL PROYECTO, HASTA POR UN CAUDAL DETERMINADO QUE, AL MOMENTO DE OTORGARSE LA RCA, CORRESPONDÍA A 2.142 L/s.**

57. En otras palabras, esta SMA decretó que la Planta fue diseñada para tratar una producción “x” de biomasa, medida en peso (Cfr. letra d, numeral VI de la Formulación de Cargos), cuando en realidad fue diseñada y equipada para tratar un caudal “x”, cuyo límite se fija en la razón entre volumen y velocidad. Así, esta SMA incurrió en una profunda confusión.

58. El diseño y capacidad de la Planta consta en las páginas 10, 11 y 12 de la DIA del Proyecto “Ampliación Piscicultura Quimeyco Pucón”. Mientras que la imposibilidad de superar el caudal de diseño de la Planta se acreditó con el Documento N°8, “Análisis sobre capacidad de captación de caudales”¹⁰, acompañado como anexo del Informe de Descarte

¹⁰ El informe hidráulico elaborado por el ingeniero sr. Carlos Ríos, que se acompaña como “Documento N°8. Análisis sobre capacidad de captación de caudales”, demuestra la capacidad máxima de captación de cada una de las cuatro bombas hidráulicas con que cuenta el proyecto, además de los planos As Built de las obras de captación y restitución que han sido presentados a la Dirección General de Aguas para efectos de la recepción de la bocatoma debidamente autorizada, todo lo cual demuestra que no es posible físicamente, en ningún escenario, captar caudales similares a aquellos indicados en la Formulación de Cargos.

Tal como se describe en el referido informe hidráulico, para asegurar que no ingrese más agua que la otorgada por la DGA a la Piscicultura se construyó un vertedero de exceso, de tal forma que, si por cualquier error entrarán en operación las cuatro bombas, el agua de exceso de la cuarta bomba pasará sobre este vertedero de exceso y será devuelta inmediatamente aguas abajo de la bocatoma al cauce del Río Carhuello.

de Efectos que se presentó en este expediente en conjunto con el programa de cumplimiento refundido.

59. Queda claro entonces que el proyecto: (i) operó dentro de los límites de caudales autorizados; y, (ii) no superó en ritmos relevantes la norma de emisión para el efluente, conforme consta en los reportes incorporados al RETC. Así, es posible **descartar la superación de la capacidad de diseño del sistema de tratamiento** del efluente del Proyecto y, con ello, un funcionamiento incorrecto del sistema de tratamiento de Riles.

IV. En relación con los Cargos N°3, 4 y 5

60. Con el Cargo N°3 se denunció que *“en los reportes de autocontrol no se informó la totalidad de los parámetros exigidos en la RPM 322/2015 (...) durante el mes de noviembre de 2018.”*; con el N°4 que *“No se reportó con la frecuencia exigida (...) el parámetro de Poder Espumógeno (...) en los periodos de abril y septiembre de 2017 y diciembre de 2018”*; y, con el N°5 que se habría constatado la *“Superación de los límites máximos permitidos para caudal en el “Punto 1 (río Carhuello)” de acuerdo con el D.S. N°90/2000”*. Los tres cargos fueron calificados como leves.

61. **En relación con el Cargo N°3**, si bien es efectivo que pudieron existir errores de transcripción que implicaron no haberse informado en alguna oportunidad la totalidad de los parámetros exigidos por la RPM N°322/2015, en el Punto 1 (Río Carhuello), hacemos presente que dicha situación **particular ocurrió hace más de cuatro años, y no ha habido nuevos errores similares**, ya que se han implementado nuevos protocolos y sistemas para garantizar el fiel cumplimiento de la RPM.

62. Debido a lo anterior, oponemos la **excepción de prescripción** contemplada en el artículo 37 de la LOSMA.

63. **En relación con el Cargo N°4**, la situación es idéntica a lo indicado en el párrafo anterior, en cuanto a que se trata de un incumplimiento derivado de errores de copia al momento de subir la información requerida en el sistema existente en esa época¹¹, que ocurrió hace más de cuatro años.

Concluye el informe hidráulico que, si estuvieran cuatro bombas operando continuamente, los caudales máximos que pudieran extraer de Río Carhuello es de 2.0 m³/seg (172800 m³/día), por lo que todos los registros que estén sobre este valor se deben, necesariamente, a errores de transcripción.

¹¹ Tan evidente es que se trata de errores de copia que, en la Tabla N°9 de la Formulación de Cargos se establece como incumplimiento el haber descargado el efluente superando el parámetro de Temperatura, indicando que éste habría estado por encima de los 100° C, lo que es físicamente imposible, ya que no existe “agua” a dicha temperatura.

64. Debido a lo anterior, oponemos la **excepción de prescripción** contemplada en el artículo 37 de la LOSMA.

65. **En relación con el Cargo N°5**, si bien se reconoce que durante algunos días de diciembre de 2017 pueden haberse captado caudales superiores a aquellos autorizados, hacemos presente que dicha superación es **estadísticamente insignificante**, tanto en términos de frecuencia, como en superación del valor aprobado por RCA, tal como consta en los antecedentes que se han acompañado oportunamente al presente expediente.

66. En particular, los documentos N°8, Análisis sobre capacidad de captación de caudales y N°14, “Caudal de descarga” acompañados al Informe de Descarte de Efectos dan cuenta que, si bien es cierto que hace más de cuatro años (en diciembre de 2017, y sólo durante 7 días) se superó el caudal máximo autorizado, tanto el caudal total mensual como el caudal promedio mensual de dicho mes fue considerablemente más bajo que lo autorizado. En efecto, hubo una superación real de 1,9 % de los datos muestreados, lo cual es insignificante y por una excedencia además baja, por lo que más del 99% del total de las mediciones de caudal en los años analizados están dentro del marco legal. En tal sentido, **respecto de este hecho también se alega la excepción de prescripción del artículo 37 de la LOSMA.**

67. Ahora bien, en relación con la magnitud de la posible superación de caudales, se reitera que una superación de entidad relevante es física y técnicamente imposible, ya que los sistemas de captación y capacidad de diseño hidráulico de la Piscicultura, así como sus sistemas de captación y conducción de aguas, impide la operación con caudales superiores a aquellos autorizados ambiental y sectorialmente, tal como ha quedado científicamente demostrado mediante los informes a los que hemos hecho referencia.

68. Asimismo, aun cuando esta mínima superación del caudal máximo a captar se produjo hace más de cuatro años, **por lo que también respecto de este hecho alegamos la prescripción en los términos del artículo 37 de la LOSMA**, hacemos presente que se ha dispuesto la instalación de un sensor ultrasónico de nivel o sensor analógico hidrostático de nivel, que medirá la altura de carga hidráulica en tiempo real y si ésta sobrepasa la calculada por mes, el dispositivo enviará una señal a PLC de control de las bombas y bajará la velocidad en forma automática hasta llegar a la altura de carga hidráulica calculada. Además, el control hará operen como máximo tres bombas.

69. **En suma**, y más allá de la prescripción que operó respecto de estas presuntas infracciones, se corrigieron los tres, en todo caso inocuos, hechos. De ello deriva la justificación para que esta superintendencia absuelva a Quimeyco por este hecho. Todo

ello, fundado jurídicamente en el **principio de proporcionalidad y de necesidad** que debe observar la autoridad al momento de atribuir responsabilidades infraccionales.

70. En efecto, estamos frente a la necesidad de que la consecuencia derivada de la comisión de una infracción administrativa sea adecuada y razonable, acorde a su gravedad y a las circunstancias que ha considerado la autoridad administrativa para decretarla. De lo contrario podrá ser catalogada como arbitraria e irrazonable¹².

71. Así lo ha definido la Excelentísima Corte Suprema, la que, conociendo sobre los alcances que ha de tener la potestad sancionadora en materia administrativa, ha resuelto que: *“por lo demás, la necesidad de que todo castigo sea adecuado y racional es precisamente el fundamento de los reclamos que concede la legislación, desde que no sólo se puede incurrir en un acto injusto e ilegal con la imposición de una sanción, sino también en la determinación de su envergadura, de manera que corresponde a los tribunales cautelar la equidad con que se aplican especialmente las normas que tienen carácter represivo o castigador”*¹³.

72. Justamente por ello, el principio de proporcionalidad se ha convertido en una garantía del administrado, dirigida a revisar la coherencia entre la gravedad de la sanción y la gravedad de la infracción acreditada por la autoridad, así como consideraciones circunstanciales, como atenuantes o agravantes de responsabilidad, afectación a derechos de terceros o bienes jurídicos protegidos, entre otras.

73. Así, el principio se traduce en que la imposición de una sanción es una alternativa de *“ultima ratio”*, por entenderse que es una manifestación del ius puniendi estatal. Como destaca **Arancibia Mattar**, *“la sanción administrativa es una potestad de ultima ratio que sólo es necesaria, y por ende justa, en caso de ineficacia o insuficiencia de las medidas correctivas de que dispone la Administración Pública para tutelar el interés público. Como sostiene Hawkins, la sanción sólo se justifica ‘porque no existe un curso de acción alternativo viable’ o ‘porque todas las alternativas a la sanción han sido ya agotadas’*¹⁴.

74. Por otro lado, el **principio de necesidad** fuerza al Estado a resolver las inobservancias jurídicas mediante actuaciones de información, guía, aviso o acompañamiento, antes de simplemente formalizar un procedimiento administrativo de carácter punitivo. En este

¹² OSORIO VARGAS, Cristóbal (2016): *Manual de procedimiento administrativo sancionador general*, Santiago, Chile, Thomson Reuters, p. 453.

¹³ CORTE SUPREMA, fallo Rol N°1534-2015, de fecha 25 de junio de 2015, considerando 5°.

¹⁴ ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2014): “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*” en Arancibia Mattar, Jaime y Alarcón Jaña, Pablo, *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo*. Santiago, Thomson Reuters, p. 131.

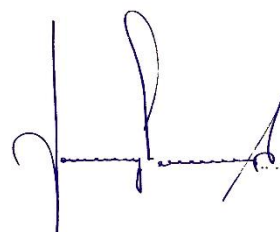
sentido, se podrá dar que “en la práctica, un ilícito podría ser típico y culpable, pero la sanción innecesaria”¹⁵.

75. Lo señalado tiene por consecuencia que, como ocurre en este caso, si una autoridad identifica deficiencias o infracciones puntuales, y el administrado ha indicado que corregirá o corrigió todas las deficiencias identificadas, dando cuenta de medidas concretas ya adoptadas, sería desproporcionado y contrario al principio de necesidad que se impongan sanciones cuando existen medidas menos gravosas, como una recomendación. Ello, considerando que se ha cumplido la finalidad buscada por la Administración al momento de realizar la fiscalización, esto es, instar al cumplimiento de la normativa aplicable. Cuestión que respecto de estos cargos, **ocurrió**.

POR TANTO,

SOLICITAMOS A ESTA SUPERINTENDENCIA, absolver a QUIMEYCO de los cargos formulados mediante **Resolución Exenta N°1/ROL D-049-2020**, de 23 de abril de 2020, en virtud de todos los argumentos expuestos en el cuerpo de este escrito.

OTROSÍ: Sin perjuicio de los cargos opuestos en lo principal, hacemos expresa reserva de acciones para ejercer en contra de las resoluciones y actos administrativos, pronunciados en autos, referidos y vinculados al rechazo del Programa de Cumplimiento Refundido presentado por Quimeyco, particularmente aquella contenida en el artículo 56 de la LOSMA.



¹⁵ Ibidem