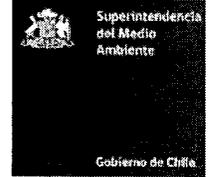




Superintendencia
del Medio Ambiente
Gobierno de Chile



[Handwritten signature]
MCPB

DICTAMEN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-055-2014

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Este Fiscal Instructor ha tenido como marco normativo aplicable la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, Ley N° 19.300); el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente (en adelante, NRSEIA); El antiguo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 95, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (en adelante, antiguo RSEIA); La ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado (en adelante, Ley N° 19.880); la Resolución N° 52, de 6 de junio de 2013 de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos, que califica ambientalmente favorable el proyecto “Extracción Mecanizada de Áridos para el Mejoramiento de la Ruta T-35” (en adelante RCA N° 52/2013).

II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DEL PROYECTO

2. El presente procedimiento administrativo sancionatorio se inició en contra de Obrascon Huarte Lain S.A. (en adelante, Obrascon Huarte Lain S.A., OHL, o la empresa, indistintamente), representada por Marcelo Eissmann Rieutord, Rol Único Tributario N° 59.059.340-0, como titular del proyecto “Extracción Mecanizada de Áridos para el Mejoramiento de la Ruta T-35”, calificado ambientalmente favorable mediante la RCA N° 52/2013.

3. El proyecto “Extracción Mecanizada de Áridos para el Mejoramiento de la Ruta T-35”, consistía en la extracción de un volumen aproximado de 600.000 m³ de material de áridos, durante 28 meses, en ocho sectores diferentes. El objetivo del proyecto era el suministro de los materiales necesarios para base granular y terraplén en la construcción del mejoramiento de la Ruta que une Antilhue con Valdivia.

III. ANTECEDENTES

4. Con fecha 16 de agosto de 2013, Karen Frychel Hernández, denunció ante esta Superintendencia el cierre de un brazo del río San Pedro para la extracción de áridos en la Isla Matamala, afectando visual y ambientalmente el lugar, además de producir riesgo y peligro de una riada a una comunidad de personas vecinas al área intervenida. Por su parte, afirmó que al haberse alterado el cauce natural del río, se habían producido socavones que habían destruido árboles que servían de defensa ribereña.

5. En virtud de estos antecedentes, mediante el Formulario de Solicitud de Actividades de Fiscalización Ambiental N° 78, se solicitó a la División de Fiscalización de esta Superintendencia la inspección en terreno de las obras ejecutadas para la extracción de áridos y la obstrucción del cauce del río.

6. De esta manera, con fechas 4 y 9 de septiembre de 2013, funcionarios de la División de Fiscalización de esta Superintendencia, llevaron a cabo actividades de inspección ambiental en el sector de la Isla Matamala y en los terrenos identificados en la denuncia.

Estas actividades concluyeron con la emisión del Informe de Fiscalización Ambiental titulado "Inspección Ambiental Extracción mecanizada de áridos para el mejoramiento de la Ruta T-35", disponible en el expediente de fiscalización DFZ-2013-1054-XIV-RCA-IA (en adelante, Informe de Fiscalización).

7. En atención a la información contenida en el Informe de Fiscalización, con fecha 1 de octubre de 2013, por medio de la Resolución Exenta N° 1062, el Superintendente de Medio Ambiente ordenó adoptar a la empresa las siguientes medidas provisionales: (a) remoción del terraplén constatado en el brazo sur del río Calle Calle; (b) informe sobre el estado de cumplimiento de la medida anterior y de la existencia o inexistencia de nuevos riesgos o contingencias derivada de las faenas; (c) monitoreo que dé cuenta del avance de la socavación hídrica cada 5 días, durante 30 días, remitiendo un informe de cada monitoreo dentro de tres días contados desde su implementación y acompañando medios de verificación o registro que permitan comprobar sus resultados.

8. Con fecha 7 de octubre de 2013, OHL presentó un recurso de reposición en contra de las medidas provisionales ordenadas, expresando que la empresa no ejecutó el terraplén o pretil para desarrollar las actividades extractivas. Añadió que en el sector Matamala, la actividad de extracción se extendió entre el 7 de diciembre de 2011 y el 23 de febrero de 2012, mientras que en el sector Isla Matamala, la actividad se realizó desde el mes de junio de 2012 hasta el mes de febrero de 2013.

9. El 6 de noviembre de 2013, a través de la Resolución Exenta N° 1243, el Superintendente de Medio Ambiente, resolvió el recurso de reposición antes citado, rechazándolo en atención a no haber existido mención a otras actividades en los informes ambientales acompañados por la empresa y, a que a la fecha de la inspección ambiental la única empresa autorizada para realizar esta actividad era OHL.

10. En este contexto, el 15 de noviembre de 2013, funcionarios de esta Superintendencia se apersonaron en el lugar de emplazamiento del pretil con el fin de verificar la aplicación de la medida provisional. Esta actividad de fiscalización concluyó con la emisión del Informe de Fiscalización Ambiental titulado "Verificación de la Aplicación de Medidas Provisionales Extracción mecanizada de áridos para el mejoramiento de la Ruta T-35", disponible en el expediente de fiscalización DFZ-2013-1054-XIV-RCA-IA (en adelante, Informe de Fiscalización Medidas Provisionales).

11. Por su parte, con fecha 18 de noviembre de 2013, María Cristina Torres Andrade, Claudia Insunza Jaramillo, Carlos Ríos Torres, Luis Castillo Rodríguez y Daniel Saldívar Guerrero, denunciaron que sus propiedades también se encontraban amenazadas por socavones provocados por el río. Agregaron que la situación denunciada por Karen Frychel Hernández, se había agravado, perdiendo dentro de un mes, más de 5 metros de orilla y una corrida de árboles. A su vez, señalaron que ha desaparecido una playa que se utilizaba por vecinos del sector, identificando un serio peligro para los transeúntes de la ribera.

12. Mediante carta OHL/RT-35 N° 307-B/2014, de 19 de mayo de 2014, Obrascón Huarte Lain S.A. comunica que se ha realizado el cierre de las instalaciones de empréstitos de la Ruta T-35 Antihue- Valdivia, asociadas al proyecto "Extracción Mecanizada de Áridos Ruta T-35 Antihue- Valdivia".

13. Por otro lado, a través de Memorándum N° 171, de 17 de junio de 2014, de la División de Sanción y Cumplimiento, se procedió a designar a Federico Guarachi Zuvic como Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Pamela Torres Bustamante de Fiscal Instructora Suplente.

14. En este escenario, con fecha 17 de junio de 2014, por medio de la Res. Ex. N° 1/ Rol F-055-2014, se formulan los siguientes cargos a la empresa:

Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
<p>1. Construir un pretil a base de piedras, generando como efecto la modificación del cauce del Río Calle Calle en la ribera sur de éste y causando socavación hídrica en propiedades ubicadas a 100 metros del lugar.</p>	<p>RCA N° 52/2013 considerando 3.6.1.2: <i>"b.3.1 Empréstito Matamala [...]</i> <i>Para acceder a la zona se utilizará un camino privado ya consolidado y luego se bordeará la isla existente evitando de esta forma afectar la flora y fauna que se observa en el sector. El área definida para la extracción de áridos en cauce corresponde a una zona sin ningún tipo de actividad.[...]</i> <i>El Río Calle Calle no se ve afectado por la extracción de material, sino que esta ayuda al encauzamiento del río disminuyendo la erosión existente en el sector norte del mismo. [...]</i> <i>b.2.2 (sic) Ampliación Empréstito Matamala [...]</i> <i>La extracción será de fondo de río, no se intervendrá flora ni fauna del sector. Se utilizará el mismo camino de acceso utilizado para la extracción en Matamala y no se generará material particulado debido a que el material sale humedecido y el escurrimiento de este material húmedo riega el camino de acceso y salida".</i></p>
<p>2. Realizar extracción de áridos en una superficie mayor a la autorizada en la Resolución de Calificación Ambiental.</p>	<p>RCA N° 52/2013 considerando 3.6.1.2: <i>"b.3.1. Empréstito Matamala [...]</i> <i>Las coordenadas del punto central de extracción son las siguientes: (E) 670605.11 (m). (S) 5594258.01 (m)."</i> <i>"b.4.1 Empréstito Isla Matamala.</i> <i>El empréstito se encuentra a 615 m al Norte de la Ruta T-35, Comuna de Los Lagos. Se accede a través del Km. 19.660 de La Ruta T-35. Las coordenadas del punto central de extracción son las siguientes: (E) 670469.93 (m). (S) 5593962.41 (m). Este empréstito corresponde a una extracción en pozo".</i></p> <p>Declaración de Impacto Ambiental Capítulo 3.2.5.2. <i>"Foto N°12: Se observa la zona de extracción inicial en roja y la zona de ampliación propuesta en color amarillo".</i></p> <p>Capítulo 3.2.6.1. <i>"Foto N°13: Vista del acceso a la zona de extracción".</i></p>
<p>3. No dar cumplimiento a las medidas provisionales decretadas mediante Resolución Exenta N° 1062.</p>	<p>Resolución Exenta N° 1062 resuelvo primero: "PRIMERO: Adáptense por la empresa OBRASCON HUARTE LAIN S.A., las siguientes medidas provisionales, de conformidad a lo establecido en las letras a) y f) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente:</p> <p><i>a) Como medida de corrección, seguridad y control, y a fin de impedir la continuidad en la producción del riesgo o daño, se ordena a la empresa:</i></p> <p><i>i. La remoción, dentro de los 10 días corridos siguientes a la notificación de esta resolución, del terraplén constatado en el brazo sur del Río Calle Calle, con el fin de restituir el cauce natural del río; y,</i></p> <p><i>ii. Se ordena a Obrascon Huarte Lain S.A. remitir a la Superintendencia del Medio Ambiente en un plazo de 5 días hábiles desde que se hubiere dado cumplimiento a lo ordenado en el punto i. precedente, un informe sobre el estado de cumplimiento de la medida señalada, así como la existencia o inexistencia de nuevos riesgos o contingencias derivadas de estas faenas. El informe señalado, deberá contener medios de verificación que permitan comprobar la realización de la medida.</i></p> <p><i>b) Como programa de monitoreo y análisis específicos de cargo del infractor:</i></p> <p><i>i. Implementar un monitoreo que dé cuenta del avance de la socavación hídrica ya señalada, a partir de la notificación del presente acto administrativo, con una frecuencia de cinco días, y por una duración de 30 días, remitiendo un informe de cada monitoreo dentro del plazo de tres</i></p>

Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
	<i>días contados desde su implementación, y acompañando medios de verificación o registro que permitan comprobar sus resultados”.</i>

15. Así las cosas, con fecha 15 de julio de 2014, la empresa presentó sus descargos en lo principal, solicitando que se decrete un término probatorio, acompañando documentos, acreditando personería, solicitando forma de notificación y presentando patrocinio y poder.

16. El 2 de septiembre de 2014, a través de la Res. Ex. N° 2 / Rol F-055-2014, se tuvieron por presentados los descargos, se abrió un término probatorio por un período de 30 días, se fijaron los puntos de prueba, se decretaron las diligencias probatorias de inspección ambiental y declaración de los denunciantes, junto con el Sr. Humberto Matamala Kroell, además, se requirió información, se tuvieron por acompañados documentos, y se tomaron otras medidas relativas a la representación de OHL en el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

17. A su vez, en la misma fecha se ofició a la Dirección Regional de Vialidad, de la Región de Los Ríos, con el objeto de precisar la aseveración realizada a través Ord. N° 2.266 de 24 de Septiembre de 2013. Además, se ofició a la Ilustre Municipalidad de Valdivia para obtener la información relativa a las patentes que se han otorgado por la extracción de áridos en la zona de la Isla Matamala, durante los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014. Por su parte, se ofició a la Fiscalía Local Valdivia con el fin de obtener una copia de la carpeta investigativa relacionada con la instalación de un pretil en la zona de la Isla Matamala. Por último, se ofició a la Dirección Obras Hidráulicas Región de Los Ríos (en adelante, DOH), para que emitiera un informe en cuanto a los diversos fenómenos hídricos que se pueden producir ante la construcción de un pretil, en un río de características como las del presente caso. Mientras que el Oficio de la Fiscalía Local de Valdivia fue respondido mediante Ord. N° 6635/2014, el Oficio dirigido a la Dirección Regional de Vialidad fue remitido a través del Ord. N° 1998 de 29 de septiembre de 2014, no obteniéndose respuesta respecto de los otros oficios al momento de elaboración del presente dictamen.

18. Con fecha 4 de septiembre de 2014, mediante Res. Ex. N° 3/ Rol F-055-2014, se fijó e instruyó el modo de entrega de la información requerida el 2 de septiembre de 2014, estableciendo un plazo de 5 días hábiles. Frente a esta resolución, el 9 de septiembre de 2014, OHL presentó un recurso de reposición en contra de este acto, el cual se resolvió con fecha 16 de septiembre, por medio de Res. Ex. N° 5 / Rol F-055-2014, acogiéndolo, otorgando a la empresa todo el término probatorio para la entrega de la información requerida, información que OHL no entregó en el plazo señalado.

19. El 9 de septiembre de 2014, en el contexto del término probatorio, se tomaron las declaraciones del Sr. Humberto Matamala, la Sra. Karen Frychel, la Sra. Claudia Insunza, el Sr. Luis Castillo y el Sr. Daniel Saldívar.

20. Por su parte, el 10 de septiembre de 2014, se realizó una inspección ambiental, por este fiscal instructor, en conjunto con Marcelo Guzmán, fiscalizador de la Superintendencia del Medio Ambiente y representantes de OHL.

21. Con fecha 11 de septiembre de 2014, el Sr. Humberto Matamala Kroell presenta facturas y cuadraturas de pago de derecho a puerta, que son documentos asociados al presente procedimiento administrativo sancionatorio.

22. Con fecha 15 de septiembre de 2014, la Sra. Cristina Torres, entrega fotografías relativas a la condición del río, antes, durante y con posterioridad a la extracción masiva de áridos.

23. El 16 de septiembre de 2014, se oficia a la DOH Región de Los Ríos, con el fin de obtener una copia del estudio "Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue", junto con las fotografías que fueron tomadas en la zona de la Isla Matamala.

24. Además, el 16 de octubre, la empresa hace entrega de facturas por derecho de paso para la extracción de áridos emitidas por el Sr. Juan Carlos Matamala Kroell.

25. Por otro lado, el 16 de octubre de 2014, se requiere información a la empresa con el objeto de ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. Estos antecedentes fueron entregados con fecha 7 de noviembre de 2014.

26. A su vez, con fecha 24 de octubre de 2014, la Sra. Karen Frychel presenta fotografías de la zona de extracción realizada en la Isla Matamala.

27. Con fecha 4 de diciembre de 2014, a través de la Res. Ex. N° 8 / Rol F-055-2014, se incorporan los documentos antes individualizados al expediente, se otorga traslado a la empresa y los interesados respecto de ellos, se concede reserva a la información remitida por la Fiscalía Local de Valdivia y se tiene por desestimada la prueba presentada por el Sr. Matamala y la Sra. Frychel.

28. Que, con fecha 10 de diciembre de 2014, Obrascon Huarte Lain S.A. evacúa traslado y solicita la ampliación del plazo para formular observaciones respecto de la Carpeta investigativa de la Fiscalía Local de Valdivia, RUC 1300852706-1, debido a la imposibilidad fáctica de coordinar en tan poco tiempo el retiro de una copia de ésta, desde las dependencias de la Fiscalía Local de Valdivia.

29. Que, con fecha 10 de diciembre de 2014, se tiene por presentadas las observaciones de la empresa y se amplía el plazo para evacuar traslado respecto de la Carpeta investigativa de la Fiscalía Local de Valdivia, RUC 1300852706-1, a 2 días hábiles, plazo en el cual la empresa no realiza ninguna presentación.

30. Que, con fecha 11 de diciembre de 2014, se remite a esta Superintendencia el Oficio Ord. N° 1624 de 4 de diciembre de 2014, de la Dirección de Obras Hidráulicas de la Región de Los Ríos, junto con información en formato digital de un tamaño superior al permitido en la plataforma electrónica de esta Superintendencia. Este oficio fue incorporado al presente procedimiento administrativo sancionatorio con fecha 16 de septiembre de 2014, a través de la Res. Ex. N° 11/ Rol F-055-2014.

31. Finalmente, con fecha 15 de diciembre de 2014, mediante Res. Ex. N° 10/ Rol F-055-2014, constatándose la entrega de las observaciones por parte de OHL, y ante la no presentación de observaciones por parte de los interesados en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, se tiene por cerrada la investigación.

IV. DESCARGOS DE OBRASCON HUARTE LAIN S.A.

32. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 49 de la LO-SMA, con fecha 15 de julio de 2014, Obrascon Huarte Lain S.A. presentó sus descargos dentro del presente procedimiento sancionatorio. El resumen de éstos se encuentra incorporado en la siguiente Tabla:

N° Cargo	Norma, medida o condición Infringida	Cargo Formulado	Descargo presentado
1	RCA N° 52/2013 considerando	Construir un pretil a base de piedras,	La empresa afirma que existe un error conceptual al utilizar las palabras pretil, terraplén y pedraplén, infringiéndose el artículo 49 de la LO-SMA, debido a que la formulación de cargos no

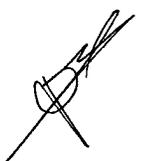
N° Cargo	Norma, medida o condición Infringida	Cargo Formulado	Descargo presentado
	3.6.1.2, letras b.3.1 y b.2.2	generando como efecto la modificación del cauce del Río Calle Calle en la ribera sur de éste y causando socavación hídrica en propiedades ubicadas a 100 metros del lugar.	<p>contiene una descripción clara y precisa de los hechos constitutivos de infracción.</p> <p>Por otra parte, asegura que las fotografías de la DIA fueron obtenidas de google earth y datan del año 2010.</p> <p>Agrega que las obras de extracción de áridos se extendieron entre el 7 de diciembre de 2011 y el 23 de febrero de 2012.</p> <p>Señala que durante noviembre del año 2010 fue realizado un estudio denominado "Diseño y Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue", en el cual fueron tomadas fotografías áreas de la zona de Isla Matamala, donde se constata la presencia de un pretil.</p> <p>Además, sostiene que en el informe "Seguimiento Ambiental y Participación Ciudadana" emitido por R&Q Ingeniería S.A. se establece que la empresa cumplió con los requerimientos de apertura, explotación y abandono de este empréstito y que conjuntamente durante la etapa de explotación fue posible identificar a terceros interviniendo en el río efectuando extracción de áridos dentro de esta misma propiedad.</p> <p>Por su parte, expresa que no se ha verificado ningún requerimiento en contra de Juan Carlos Matamala Kroell que siempre ha realizado extracción de áridos en el sector, ni en contra de Marcelo Andrade y Cía. Limitada que ejecutó trabajos de extracción de áridos después que OHL.</p> <p>Recalca que OHL se apegó en todo momento a la normativa vigente y que no construyó ninguna obra adicional a las contempladas en el proyecto, recibiendo las obras sin observaciones por parte de la autoridad.</p> <p>Además, señala que la normativa infringida prescrita en la formulación de cargos no se refiere al pretil, a pesar de que el cargo tenga relación con construir un pretil.</p> <p>Afirma que el Ordinario N° 2266 de 24 de septiembre de 2013 del Director Regional de Vialidad establece que el pretil no fue construido por la empresa y que existen otras empresas que han ejecutado actividades en el lugar y encontrándose la actividades debidamente autorizada.</p> <p>Por último, informa que Karen Frychel interpuso recurso de protección, rechazándose éste al establecerse que si bien el pretil fue utilizado por las empresas recurridas, éstas no lo construyeron.</p>
2	RCA N° 52/2013 considerando 3.6.1.2, letras b.3.1. y b.4.1 DIA capítulos 3.2.5.2. y 3.2.6.1.	Realizar extracción de áridos en una superficie mayor a la autorizada en la Resolución de Calificación Ambiental.	<p>OHL sostiene que la empresa Marcelo Andrade y Cía. Limitada, realizó trabajos de extracción de áridos en la Isla Matamala, tiempo después de que Obrascon Huarte Lain S.A. finalizara sus obras en el sector.</p> <p>En cuanto al sector de extracción Matamala, OHL afirma que se contó con el permiso otorgado por Capitanía de Puerto Ord. N° 12.210/145/VRS y que estos proyectos recibieron conformidad técnica.</p> <p>Agrega que el volumen de extracción de áridos ascendió a 89.493 m³, teniendo autorizada la extracción de 90.395 m³, y que la actividad de extracción se ejecutó entre el 7 de diciembre de 2011 y el 23 de febrero de 2012, no interviniéndose con posterioridad el sector del río.</p> <p>Señala que OHL se limitó a extraer material únicamente en la zona autorizada, y que por último, en el sector norte de la ribera</p>

N° Cargo	Norma, medida o condición Infringida	Cargo Formulado	Descargo presentado
			<p>del río ya existía erosión hídrica al momento de la intervención, lo cual no es imputable a OHL.</p> <p>Respecto al <u>sector de extracción Isla Matamala</u>, la empresa sostiene que al ser un terreno privado no se requiere de autorización sectorial. Además, la actividad de extracción se realizó entre el mes de junio de 2012 y el mes de febrero de 2013, no habiéndose intervenido el sector del río, luego de esta fecha. Expresa que el área de extracción no se extendió, limitándose en todo momento a las coordenadas establecidas por la autoridad. A su vez, el volumen de extracción fue de 88.900 m³, a pesar de contar el empréstimo con una capacidad de 90.000 m³. Finalmente, hace aplicables los mismos argumentos para el empréstimo matamala respecto del sector de extracción isla matamala.</p>
3	Resolución Exenta N° 1062 Resuelvo Primero	No dar cumplimiento a las medidas provisionales decretadas mediante Resolución Exenta N° 1062.	<p>La empresa señala que había abandonado el sector de extracción en el mes de mayo de 2013, lo cual impedía realizar las medidas provisionales decretadas, al no contar con autorizaciones para ingresar a terreno. Agrega que en caso de cumplir con la medida provisional se hubiesen cometido ilícitos.</p> <p>Por otro lado, expresa que la Resolución Exenta N° 1062 no se basta por sí misma, al ser poco clara, confundir conceptos y no identificar específicamente las obras que se deben remover, ya que se confunden los conceptos terraplén y pretil.</p>

V. PRUEBA

33. Dentro del presente procedimiento sancionatorio, junto con sus descargos, Obrascon Huarte Lain S.A., aportó la siguiente prueba:

- i. ORD. No 1381, de fecha 14 de Noviembre de 2011, emitido por la DOH de la Región de Los Ríos.
- ii. Resolución Exenta No 052, de fecha 6 de Junio de 2013, emanada de la Comisión de Evaluación de la Region de Los Ríos.
- iii. Plan de Manejo Especifico Empréstimo Matamala, de fecha Noviembre de 2011.
- iv. Informe de Cierre Empréstimo Matamala.
- v. Capítulo 5, del informe denominado "Seguimiento Ambiental y Participación Ciudadana", emitido por R&Q INGENIERIA S.A., empresa que presta asesoría técnica a la Inspección Fiscal.
- vi. ORD. No 2266, de fecha 24 de Septiembre de 2013, emanado del Director Regional de Vialidad- Region de Los Ríos.
- vii. ORD. No 1019, de fecha 19 de Junio de 2013, emanado del Director Regional de Obras Hidráulicas de la Region de Los Ríos.
- viii. Documento que otorgó el Permiso de Escasa Importancia, CAPUERTO VLD. ORO. No 12.210/14S/VRS del 01 de diciembre de 2011.
- ix. Acta de recepción de permiso de escasa importancia (C.P. VLD Ord. No 12.220/10/VRS).



- x. Recurso de Protección, presentado por doña Caren Frychel Hernandez, en la Itma. Corte de Apelaciones de Valdivia, Ingreso No 220-2014.
- xi. Informe presentado por Anastasia Beltrán Riquelme, Inspector Fiscal de la Obra "Mejoramiento Ruta T-3S Los Lagos-Valdivia".
- xii. Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 22 de Mayo de 2014, en los autos " Frychel Hernandez y Otro con Obrascon Huarte Lain y Otros", Rol No 220-2014.
- xiii. Sentencia dictada por la Itma. Excma. Corte Suprema, de fecha 19 de Junio de 2014, en los autos "Frychel Hernandez y Otro con Obrascon Huarte Lain y Otros".
- xiv. Set de 4 fotografías aéreas tomadas durante el mes de Noviembre del año 2010, por el Sr. Alfonso Banda, para el estudio denominado "Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue".
- xv. Sobre de carta certificada con estampado de Correos de Chile y de Obrascón Huarte Lain, S.A. Agencia en Chile de 24 de junio de 2014.

34. Con posterioridad, como ya se mencionó en el párrafo 17 de este dictamen, a través del Oficio Ord. N° 1998, de 29 de septiembre y el Oficio Ord. N° 6635/2014 de 12 de septiembre en que se adjunta la carpeta investigativa de la Fiscalía Local de Valdivia, fueron respondidos los Oficios enviados por este Fiscal Instructor. Por su parte, los otros oficios no fueron respondidos al momento de elaboración de este dictamen, por lo que no se tendrán en consideración en virtud del artículo 38 inciso segundo de la Ley 19.880¹.

35. Además, con fecha 10 de septiembre de 2014 se tomaron declaraciones del Sr. Humberto Matamala, la Sra. Karen Frychel, la Sra. Claudia Insunza, el Sr. Luis Castillo y el Sr. Daniel Saldívar.

36. El 10 de septiembre de 2014, se realizó una inspección ambiental, por este Fiscal Instructor, en conjunto con Marcelo Guzmán, fiscalizador de la Superintendencia del Medio Ambiente, y representantes de OHL.

37. A su vez, durante el término probatorio se hace entrega de los siguientes antecedentes:

- i. Con fecha 15 de septiembre de 2014, la Sra. Cristina Torres, entrega fotografías relativas a la condición del río, antes, durante y con posterioridad a la extracción masiva de áridos.
- ii. El 16 de septiembre, la empresa hace entrega de facturas por derecho de paso para la extracción de áridos emitidas por el Sr. Juan Carlos Matamala Kroell.
- iii. El 16 de septiembre de 2014, se oficia la DOH de la Región de Los Ríos con el fin de obtener una copia del estudio "Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue", junto con las fotografías que fueron tomadas en la zona de la Isla Matamala.

¹ El inciso segundo del artículo 38 de la Ley 19.880 establece: "Si el informe debiera ser emitido por un órgano de la Administración distinto del que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones".

38. Además, con fecha 16 de septiembre de 2014, mediante Ord. D.S.C. N° 1219 se Oficia a la DOH de la Región de Los Ríos, con el objeto de obtener una copia del estudio "Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue", junto con las fotografías que fueron tomadas en la zona de la Isla Matamala. La información solicitada, fue enviada por el organismo en cuestión con fecha 5 de diciembre de 2014, por medio del Ord. 1624.

39. A su vez, el 16 de octubre de 2014, se requiere información a la empresa con el objeto de ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. Estos antecedentes entregados por la empresa con fecha 7 de noviembre de 2014 fueron:

- i. Costos asociados al consumo de combustible global para todo el proyecto de construcción de la Ruta T-35.
- ii. Cuadro que especifica camiones utilizados durante el transcurso de toda la obra.
- iii. Cuadro de volúmenes extraídos por OHL en sectores Matamala e Isla Matamala.
- iv. Estados de pago referidos a la labor de extracción de áridos en sectores Matamala e Isla Matamala.

40. Cabe señalar, que con fecha 4 de diciembre de 2014, a través de la Res. Ex. N° 8 / Rol F-055-2014, se tiene por desestimada la prueba presentada por el Sr. Matamala y la Sra. Frychel, individualizada en los párrafos 21 y 26 respectivamente.

41. Por último, se cuenta con el informe de fiscalización y las actas de inspección ambiental de fechas 4 y 9 de septiembre del año 2013, como también el informe de fiscalización medidas provisionales y su respectiva acta de inspección ambiental de 15 de noviembre del año 2013.

42. En este contexto, cabe señalar de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica. Por su parte, el artículo 53 de la LO-SMA dispone como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma cómo se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos. En razón de lo anterior, la apreciación de la prueba en los procedimientos administrativos sancionadores que instruye la Superintendencia, con el objeto de comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos, se realiza conforme a las reglas de la sana crítica.

43. La sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso expresar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por el que el juez o funcionario público da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él.²

44. Así las cosas, en este dictamen, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizarán las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valoración que se llevará a cabo en los capítulos siguientes, referidos a la configuración de las infracciones, calificación de las infracciones y ponderación de las sanciones.

45. Ahora bien, respecto al valor probatorio de los hechos constatados en la fiscalización de un proyecto, el inciso segundo del artículo 51 de la LO-SMA dispone que *"los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento"*.

² Al respecto véase Tavolari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000 pág., 282.

46. Por su parte, el inciso segundo del artículo 8° de la LO-SMA, prescribe: *“Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán **presunción legal**”* (Lo destacado es nuestro). Así, la presunción de legalidad de los hechos constatados en el acta de inspección ambiental por estos funcionarios gozan de presunción de legal.

47. En este orden de ideas, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental ha reconocido el valor probatorio a las actas de inspección, al expresar: *“Que al tenor de los preceptos anteriormente citados, para que proceda en el caso de autos la presunción legal se requiere que los hechos hayan sido constatados por un ministro de fe y formalizados en el expediente respectivo. Ahora bien, un fiscalizador de la SMA será ministro de fe sólo respecto de hechos constitutivos de infracción y siempre que estos consten en el acta respectiva. De lo anterior se colige que la aplicación del artículo 51 se produce -en el caso de los fiscalizadores de la SMA- cuando estos formalizan en el expediente administrativo los hechos constatados en su acta de fiscalización”*³.

48. En el mismo sentido, este reconocimiento se ha dado en el ámbito de la doctrina nacional, que ha sostenido que *“La característica relevante, pero problemática, que concierne a las actas de inspección radica en la presunción de certeza o veracidad que el Derecho les reconocería. En virtud de esta presunción se ha estimado tradicionalmente que los hechos reflejados en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario. Es decir deben tenerse por verdaderos, a menos que quedare debidamente constatada su falta de sinceridad”*.⁴

49. La jurisprudencia administrativa ha confirmado este criterio al precisar que *“(...) siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad”*⁵.

50. La doctrina española ha adoptado la misma posición respecto al valor probatorio de las actas de inspección, entendiendo este medio de prueba como una presunción de veracidad que puede ser destruida a través del aporte de prueba en contrario por parte de la empresa, considerándose suficiente garantía del respeto a la presunción de inocencia la posibilidad concedida al administrado de poder presentar prueba.⁶ Así, ha señalado que *“(...) en todo caso, y como se desprende de esta última sentencia, la principal consecuencia del reconocimiento de la presunción de certeza de las denuncias y actas de inspección es la inversión de la carga de la prueba. Es decir, es al acusado a quien corresponde aportar las pruebas necesarias, en el seno del procedimiento sancionador, para negar unos hechos que el órgano sancionador debe dar por ciertos. De no hacerlo así, y al existir ya una prueba de cargo suficiente, el administrado será necesariamente sancionado.”*⁷

51. Por tanto, la presunción legal de lo constatado por el ministro de fe constituye, prueba suficiente cuando no ha sido desvirtuada por el presunto infractor o los terceros interesados, lo cual será considerado al momento de valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en los apartados siguientes.

VI. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES

52. En este capítulo se analizará la configuración de cada una de las infracciones que se han imputado a Obrascon Huarte Lain S.A. en el presente procedimiento sancionatorio.

³ Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-23-2014, sentencia de 12 de septiembre de 2014, considerando 13°.

⁴ JARA Schnettler, Jaime y MATURANA Miquel, Cristián. “Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo”, Revista de Derecho Administrativo N° 3. 2009, 1pp a 28 pp.

⁵ Dictamen N° 37.549, Contraloría General de la República, 25 de junio de 2012.

⁶ Al respecto, ver REBOLLO Puig, Manuel; IZQUIERDO Carrasco, Manuel; ALARCÓN Sotomayor, Lucía; y BUENO Armijo, Antonio María; en Derecho Administrativo Sancionador; Editorial Lex Nova; 2010; página 745.

⁷ Ibid, 746 p.

a) **Cargo 1: Construir un pretil a base de piedras, generando como efecto la modificación del cauce del Río Calle Calle en la ribera sur de éste y causando socavación hídrica en propiedades ubicadas a 100 metros del lugar.**

53. Para realizar un análisis de los descargos y prueba presentada en el presente procedimiento se dividirá por temas el examen de la configuración del hecho infraccional en cuestión.

i. El hecho infraccional constatado.

54. En el informe de fiscalización se establece “Se constata la construcción de un pretil en base a piedras, el que se adentra en el cauce del río Calle Calle desde la ribera sur del río, generando una barrera en el cauce. [...] El brazo sur del río Calle Calle, en el sector de la isla Matamala, se encuentra totalmente interrumpido al momento de la inspección, producto de la existencia del pretil”⁸. Con posterioridad, el informe añade “El día 09 de septiembre de 2013, y ante un evento de precipitaciones extremas y posterior aumento de caudal del río Calle Calle, se aprecia a nivel superficial de las aguas del río, evidencia visual del efecto barrera del pretil, al desviarse notoriamente el flujo de aguas hacia el brazo norte y solo una porción menor del flujo de aguas logra superar el pretil para recorrer el brazo sur interrumpido artificialmente”⁹.

55. En cuanto a la socavación hídrica, en el mismo informe de fiscalización se señala “Se constata socavación hídrica severa en las riberas de dos propiedades ubicadas 100 metros aguas arriba del punto de implementación del pretil [...] Desde el lugar de implementación del pretil y hasta al (sic) el lugar afectado por socavación (aproximadamente 100 metros), se aprecia a nivel superficial del agua, vórtices turbulentos, los que se desarrollan desde las riberas y por una sección transversal del cauce estimada y variable de entre 7 y 10 metros. En esta sección del cauce se aprecia además a simple vista, una disminución de la velocidad superficial de las aguas. Posterior a esta sección de entre 7 a 10 metros, se aprecia a nivel superficial un flujo bien direccionado y aparentemente laminar del caudal del río Calle Calle, el que presenta además velocidades superiores”¹⁰.

56. Por otro lado, RCA N° 52/2013 considerando 3.6.1.2, en la letra b.3.1 relativa al empréstito Matamala se dispone “Esta extracción se realizó directamente desde el río Calle Calle, por lo que correspondió a un empréstito en cauce. Para acceder a la zona se utilizará un camino privado ya consolidado y luego se bordeará la isla existente evitando de esta forma afectar la flora y fauna que se observa en el sector. El área definida para la extracción de áridos en cauce corresponde a una zona sin ningún tipo de actividad.[...] El río Calle Calle no se ve afectado por la extracción de material, sino que ayudará al encauzamiento del río disminuyendo la erosión existente en el sector norte del mismo. El material a remover es de fondo de río (arena, bolones y piedras)”.

57. La misma RCA, en el considerando 3.6.1.2, en la letra b.2.2 en relación al sector de extracción ampliación empréstito Matamala prescribe “La extracción será de fondo de río, no se intervendrá flora ni fauna del sector. Se utilizará el mismo camino de acceso utilizado para la extracción en Matamala y no se generará material particulado debido a que el material sale humedecido y el escurrimiento de este material húmedo riega el camino de acceso y salida”.

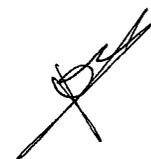
ii. Conceptos utilizados por esta Superintendencia para referirse a la construcción constatada en la inspección ambiental.

58. La empresa en sus descargos reproduce la definición de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE) de las palabras pretil, terraplén y pedraplén, y luego expresa que “Estos conceptos son muy importantes para el caso en estudio, toda vez que, según veremos más adelante, se ha considerado “Pretil”, “Terraplén” y “Pedraplén”, como sinónimos, situación que según analizamos no es así, conformando tres tipos de construcciones

⁸ Informe de Fiscalización Ambiental “Inspección Ambiental Extracción mecanizada de áridos para el mejoramiento de la Ruta T-35”, DFZ-2013-1054-XIV-RCA-IA, Superintendencia del Medio Ambiente. 16 p.

⁹ Ibid. 16 p.

¹⁰ Ibid. 23 p.



absolutamente distintas y establecidas para fines diversos [...] Estas irregularidades producen una evidente y grave confusión conceptual originada desde la génesis del proceso administrativo, anomalías que por lo demás, necesariamente deberán remediarse por la presente vía”.

59. Agrega, que *“Es requisito esencial para la formulación de cargos que los hechos por los cuales se imputa una conducta que sanciona el ordenamiento jurídico, sean expuestos en términos precisos y concretos, de ello se generan diversos principios de derecho, destacándose el derecho a defensa”.*

60. De esta manera, se debe precisar el alcance de los conceptos cuestionados, sin embargo la forma de precisar este alcance no debe ser realizada en virtud de la definición común de estas palabras, como la de la RAE, sino que debe efectuarse de la forma en que técnicamente se han abordado los conceptos de pretil y terraplén por los organismos competentes en estas materias. Respecto del concepto piedraplén no se realizará un análisis, debido a que no se ha utilizado esta palabra en el resuelvo de la formulación de cargos, ni en el resuelvo de la resolución que ordena las medidas provisionales.

61. Así, la Guía de Reconocimiento de Obras Tipo y de Procedimiento de la Dirección General de Aguas, define pretil como *“muros de sección trapezoidal contruidos con tierra o materiales granulares compactados”.* La misma guía a continuación señala que a este tipo de construcción se le puede otorgar diversos usos, al expresar *“En general se usan para peraltar bordes bajos en canales y ríos, evitando el desborde del agua hacia los sectores que se quiere proteger. También se emplean en la construcción de obras como puentes, canoas y alcantarillas, con el objetivo de disminuir la luz o la longitud de los componentes de mayor costo de las obras. [...] En algunos casos, los pretilos se emplean como elementos fusibles que se destruyen con la ocurrencia de eventos mayores, protegiendo con ello las obras de mayor costo”.*¹¹

62. Por su parte, el Glosario de Definiciones y Conceptos Relacionados con Fiscalización de la Dirección General de Aguas define terraplén como *“Macizo de tierra con que se rellena un hueco, o que se levanta para hacer una defensa, un camino u otra obra semejante”* o como *“Obra construida empleando suelos apropiados, debidamente compactados, para establecer la fundación de un pavimento”*¹².

63. Como se puede observar, ambas definiciones tienen un elemento en común, se refieren a obras realizadas con tierra o materiales granulares compactados. En cuanto a la función de dichas obras, éstas pueden ser diversas, señalándose respecto del pretil tres usos comunes, sin excluir otro tipo de función u objetivo.

64. En este sentido, el Glosario Hidrológico Internacional emitido por la Organización Meteorológica Mundial, ha definido las obras de control de crecida como *“Diques, terraplenes u otro tipo de obras a lo largo de un curso de agua, proyectadas para confinar el flujo de agua en un cauce determinado o dirigirlo a un cauce de crecidas”* o *“Embalse de control de crecidas”*¹³. A su vez, respecto de dique lateral ha establecido que es sinónimo de represa, terraplén y dique natural, caracterizándolos como *“Obra construida para retener el flujo de agua de un río dentro de un tramo determinado de su cauce o para prevenir inundaciones debidas a mareas u ondas”*¹⁴. En este sentido, el documento antes citado dispone que uno de los objetivos del terraplén es la de confinar o dirigir un flujo de agua.

65. Así las cosas, ambas construcciones, además, de tener un elemento constructivo y técnica de construcción común, pueden tener un objetivo similar, como lo es, el de dirigir o contener un cauce como sucede en el caso en cuestión. Por tanto, no existe un

¹¹ Unidad de Fiscalización, Dirección General de Aguas, Aquaterra Ingenieros Ltda. Guías de Reconocimiento de Obras Tipo y de Procedimientos, Informe Final. Santiago. 2009. 9 p.

¹² Unidad de Fiscalización, Dirección General de Aguas. Glosario, Definiciones y Conceptos Relacionados con Fiscalización. Santiago. 2005. 19 p.

¹³ Organización Meteorológica Mundial (OMM), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Glosario Hidrológico Internacional. Ginebra. 2012. 125 p.

¹⁴ Ibid. 204 p.

error en el informe de fiscalización, la resolución que decreta las medidas provisionales y la formulación de cargos, al usar estos dos términos indistintamente, toda vez que ambos comparten características de construcción y pueden ser utilizados para el fin respecto del cual se abocan todos estos documentos, que es la contención del cauce en el brazo sur del río.

66. A mayor abundamiento, es la misma empresa la que asimila ambos tipos de construcciones en otras actuaciones relativas a este tema, como sucede en la defensa esgrimida frente al recurso de protección que ha presentado como medio de prueba. De este modo, la sentencia de la Corte de Apelaciones prescribe: *"Al comenzar a ejecutar los trabajos en la referida isla se percataron de la existencia de un terraplén o pretil, que es utilizado por varios años para la comercialización de áridos. Su empresa no lo construyó, sí le hizo mantenimiento con el objeto de poder ingresar a la Isla Matamala por el lado sur y desplazar la maquinaria correspondiente para la extracción del material (el destacado es nuestro)"*¹⁵.

67. Por otro lado, en caso de que ambos tipos de construcciones fuesen efectivamente distintas, no existiría una infracción al artículo 49 de la LO-SMA, debido a que la formulación de cargos sí realiza una descripción clara y precisa de los hechos que se estiman constitutivos de infracción, al señalar por un lado el hecho infraccional y, por otro, las no conformidades constatadas en el informe de fiscalización, informe en el cual se da cuenta de la ubicación de la obra, los efectos de ésta y además de registros fotográficos.

68. Cabe tener presente que, en la especie, el cargo cumplió cabalmente la precisión que exige el artículo 49 de la LO-SMA, dado que es claro y logra suficiencia plena para que el presunto infractor pueda defenderse respecto del mismo. Una interpretación contraria, implicaría el absurdo de que esta Superintendencia no podría sancionar por los cargos formulados en el presente caso, pero sí podría hacerlo en el caso de que se hubiese utilizado una palabra genérica tanto en la resolución que ordena las medidas provisionales, como en la formulación de cargos, lo cual va en contra del mismo objetivo que pretende invocar OHL.

69. En este orden de ideas, se rechaza el argumento de Obrascon Huarte Lain S.A. y se entenderá que los conceptos pretil y terraplén corresponden a lo mismo, en razón a que ambas obras civiles producen en este caso los mismo efectos, respecto de los cuales, la empresa ha sido debidamente informada.

iii. Ausencia de reconocimiento de la existencia de pretil en la Declaración de Impacto Ambiental.

70. Por otro lado, en los descargos la empresa expresa *"Las fotografías No 9, 12 y 13 contenidas en el Capítulo 11 de la "Declaración de Impacto Ambiental", fueron obtenidas desde el sitio web Google Earth, consignándose en su parte inferior que la imagen satelital es del año 2010. Estas fotografías son meramente referenciales y en ningún caso tuvieron por objeto mostrar la existencia de algún pretil, por esa razón, es que tienen una data anterior a la Declaración de Impacto Ambiental"*.

71. Al respecto, cabe sostener que dentro de las fotografías presentadas en la DIA no se puede distinguir el año de captura de éstas, debido a la saturación de las fotografías consignadas en esta declaración. Sin perjuicio de lo anterior, si es que efectivamente estas imágenes fuesen del año 2010, la empresa hubiese estado en la obligación de declarar la circunstancia de que existía un pretil en el sector, para que la autoridad ambiental evaluara los impactos que se iban a producir con la extracción de áridos.

72. En este orden de ideas el antiguo RSEIA, que se encontraba vigente al momento de evaluación ambiental del proyecto establecía en su artículo 15 que *"Las Declaraciones de Impacto Ambiental deberán contener, a lo menos, lo siguiente: [...] c) La indicación de los antecedentes necesarios para determinar si el impacto ambiental que generará o presentará el proyecto o actividad se ajusta a las normas ambientales vigentes, y que éste no requiere de la*

¹⁵ Corte de Apelaciones, Rol 220-2014, sentencia de 22 de mayo de 2014, Vistos.

presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley y en el presente Reglamento”.

73. El cumplimiento de esta disposición es esencial a la hora de evaluar un proyecto, debido a que la DIA es una declaración jurada en la cual prima la buena fe de la empresa que se somete a análisis ambiental. De esta manera, el omitir que existe un tipo de construcción en el lugar en que se realizará o se realizó el proyecto, implica que los organismos competentes no pueden evaluar los impactos del proyecto de forma exhaustiva.

74. Por otro lado, al tener la DIA el carácter de una declaración jurada, su contenido contiene una presunción de veracidad respecto de todos los antecedentes que ha presentado la empresa durante la evaluación, por lo que ambientalmente se puede presumir que el pretil no existía al momento de la evaluación. Esta lógica es necesaria para poder determinar los impactos que genera una actividad y luego ejercer la potestad sancionatoria en caso de que exista un incumplimiento.

75. Otra forma de interpretación de esta normativa, implicaría que al momento de someter a evaluación ambiental un proyecto, se podría omitir deliberadamente una información, con el objeto de eludir cualquier tipo de responsabilidad ambiental respecto de ciertos hechos, lo cual no puede aceptarse en razón al bien jurídico protegido.

76. Por su parte, en el capítulo 3.2.3.1. relativo al empréstito Isla Antilhue, de la DIA presentada por OHL a evaluación, se establece la construcción de un pretil de contención, al disponerse *“Una vez que se termina la construcción del camino de acceso se retira el pretil de contención que se encontraba aguas arriba y que permitió la construcción del camino (ver foto N°2)”*. Esta declaración de la empresa, demuestra que la construcción de pretil es una técnica utilizada por la empresa para al menos construir caminos de acceso hacia sectores de extracción.

77. En este tenor, OHL agrega en sus descargos que *“Durante el mes de Noviembre de 2010, fue realizado un estudio denominado “Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue”, financiado por la Dirección de Obras Hidráulicas de la Región de Los Ríos. En la elaboración del referido estudio, fueron tomadas un grupo amplio de fotografías aéreas de la zona denominada Isla Matamala, donde se constató la existencia del pretil materia del proceso, antes de la intervención de OHL. [...] El referido registro fotográfico es categórico y demuestra indubitadamente que el pretil se encontraba emplazado en el río Calle-Calle, antes de comenzar los trabajos de extracción de áridos”*.

78. En este contexto, si partimos de la base de que es cierto lo que afirma la empresa y consideramos que las fechas de duración de las faenas de extracción declarados en los mismos descargos, son entre el 7 de diciembre de 2011 al 23 de febrero de 2012 en el sector de extracción Matamala, y entre junio del 2012 hasta febrero del 2013, en el sector de extracción isla Matamala, OHL habría tenido conocimiento de la existencia del pretil al momento de ingresar al SEIA, el 27 de septiembre de 2012, y sin embargo, no declaró que hubiese un pretil en esa zona.

79. Cabe destacar, que en la sentencia que rechaza el recurso de protección interpuesto por una de las interesadas, como ya se ha mencionado con anterioridad, se establece que la empresa expresó *“Al comenzar a ejecutar los trabajos en la referida isla se percataron de la existencia de un terraplén o pretil, que es utilizado por varios años para la comercialización de áridos. Su empresa no lo construyó, sí le hizo mantenimiento con el objeto de poder ingresar a la Isla Matamala por el lado sur y desplazar la maquinaria correspondiente para la extracción del material. No se intervino el cauce del río, dado que se instalaron dos alcantarillas a modo de drenaje por debajo del terraplén permitiendo el normal escurrimiento de las aguas”¹⁶*. Luego, la sentencia concluye *“Que, por último, de los antecedentes aportados por las partes, aparece que el pretil o barrera de contención, si bien habría sido utilizado por las empresas recurridas, no fue construido por ellas”¹⁷*.

¹⁶ Corte de Apelaciones, Rol 220-2014, sentencia de 22 de mayo de 2014, Vistos.

¹⁷ Corte de Apelaciones, Rol 220-2014, sentencia de 22 de mayo de 2014, Considerando 7°.

80. De esta forma, si aceptamos la afirmación de OHL relativa a que el pretil se encontraba construido con anterioridad a que comenzaran las faenas extractivas, es posible concluir que la empresa, no sólo sabía que existía un pretil en la zona de extracción al momento de ingresar la DIA al SEIA, sino que además, lo estaba utilizando, situación que no informó de forma deliberada durante la evaluación.

81. En esta línea, la letra b) del artículo 15 antes citado del antiguo RSEIA prescribe que la DIA además debe contener "*b) La descripción del proyecto o actividad que se pretende realizar o de las modificaciones que se le introducirán, definiendo las partes, acciones y obras físicas que lo componen; su vida útil; el plazo estimado de inicio de la ejecución o modificación del proyecto o actividad; y la descripción cronológica de sus distintas fases*".

82. Así las cosas, en caso de que el pretil no hubiese sido construido por OHL, el hecho de utilizar éste durante la extracción de áridos y además realizarle reparaciones y mantenciones, constituiría una clara infracción a la normativa aplicable al SEIA y al principio de buena fe que lo rige.

83. Con la omisión de la existencia del pretil, su uso y su influencia en la técnica extractiva, OHL pudo evitar que el órgano evaluador determinara la magnitud de los impactos ambientales que podía producir el proyecto, y en base a éstos impusiera ciertas medidas de mitigación.

iv. Fotografías capturadas en noviembre del año 2010 en virtud del estudio "Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue".

84. Ahora bien, en cuanto al mérito de las fotografías presentadas y el estudio denominado "*Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue*", OHL no presenta ningún medio de prueba que acredite que estas fotografías fueron capturadas en noviembre del año 2010.

85. Para precisar la fecha de captura de estas fotografías, con fecha 16 de septiembre de 2014, mediante Ord. N° 1219, se solicitó a la DOH de la Región de Los Ríos, el cual fue respondido mediante Ord N° 1624 de fecha 4 de diciembre de 2014, y en el cual se establece que el informe fue elaborado entre octubre de 2010 y diciembre 2011. En este sentido, no se precisa en el Oficio la fecha cierta en la cual se capturaron las fotografías, ni se acompañan fotografías fechadas de la Isla Matamala, acompañándose sólo algunas fotografías de otros sectores del río San Pedro, con fecha de octubre de 2010.

86. No obstante lo anterior, si partimos del supuesto de que el pretil se encontraba construido en noviembre del año 2010, en atención a las fechas de las otras fotografías que fueron presentadas por la DOH de la Región de Los Ríos, al analizar la carpeta investigativa RUC 1300852706-1, remitida por la Fiscalía Local de Valdivia con fecha 12 de septiembre de 2014, se puede observar, que mediante Resolución DGA XIV Exenta N° [REDACTED] de fecha [REDACTED], la Dirección General de Aguas de la Región de Los Ríos determina [REDACTED]

87. Esta información es confirmada por la Capitanía de Puerto de Valdivia, mediante oficio a la Fiscalía Local de Valdivia. C.P. VID. ORDINARIO N° [REDACTED]

88. Si examinamos el contexto de la Resolución antes citada, se puede apreciar que el 31 de enero de 2011 el Sr. Pedro Matamala denunció daños patrimoniales a su propiedad debido a la instalación de tambores rellenos con ripio y muros de material, que impedían el curso normal del cauce. Luego, esta situación fue constatada a través de inspección efectuada por personal de la Dirección General de Aguas de la Región de los Ríos, la Gobernación Marítima de Valdivia y la DOH de la Región de Los Ríos, notificándose a la Inmobiliaria y Constructora Santa María Ltda. de la denuncia interpuesta, en su calidad de empresa autorizada para la extracción de áridos, solicitándose, a su vez, desarmar el pretil y restituir el cauce normal del río. Ante este escenario, Inmobiliaria y Constructora Santa María Ltda. realizó una presentación el 15 de noviembre de 2011, ante la Dirección General de Aguas, en la cual explica que no construyó el pretil, y que la empresa culpable de este hecho es Pirineo, la cual extrajo áridos sin autorización. Además, frente a la Capitanía de Puerto de Valdivia, la empresa presentó otro documento el 16 de marzo de 2011, en el cual menciona la misma situación, pero agrega que a pesar de no haber sido imputable la construcción del pretil a ésta, se subsanó la situación denunciada, acompañándose fotos para acreditar la destrucción del pretil.

89. En este orden ideas, se puede concluir que efectivamente existía un pretil construido en el año 2010, lo cual se desprende de las fotografías presentadas por la empresa, el informe "*Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue*" y los mismos oficios emanados por la Dirección General de Aguas y la DOH de la Región de Los Ríos. Sin perjuicio de lo anterior, esta construcción fue destruida en marzo del año 2011 por la empresa Inmobiliaria y Constructora Santa María Ltda. Así, la prueba en cuestión no logra desvirtuar el hecho imputado, teniéndose comprobado que con posterioridad a marzo del año 2011 se construyó nuevamente el pretil.

v. Construcción del pretil en el año 2011

90. Como ya está establecido que efectivamente existía un pretil en el año 2010, pero que éste fue destruido en marzo del 2011, para poder determinar quién realizó esta construcción con posterioridad a esta fecha, se debe analizar quiénes extrajeron áridos una vez transcurrido marzo del año 2011.

91. Al respecto, el Informe Policial N° 311/ 01099 de la Brigada Investigadora de Delitos contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, de la Policía de Investigaciones de Chile (en adelante, BIDEA), dispone

92. De esta manera, en virtud de los antecedentes señalados, se puede afirmar, que la única empresa que extrajo áridos con posterioridad a la destrucción del pretil que se constató en el año 2010, es Obrascon Huarte Lain S.A., lo cual permite deducir que fue esta empresa la cual lo construyó.

¹⁸ Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, Policía de Investigaciones de Chile. Informe Policial N° 311/ 01099. Valdivia. 29 de agosto 2014. 10 p.

93. A mayor abundamiento, en caso de dudas en cuanto a lo señalado, el Informe Policial [REDACTED] de la BIDEA precitado, es categórico al prescribir [REDACTED]

vi. Oficios de la Dirección Regional de Vialidad de la Región de Los Ríos

94. Ahora bien, a pesar de lo concluyente que puede ser la prueba antes exhibida, cabe analizar los otros descargos y pruebas presentadas por la empresa en relación al presente hecho infraccional.

95. En este orden de ideas, Obrascon Huarte Lain S.A. declara en sus descargos "2. Reiteramos que OHL no construyó ningún pretil, ni tampoco fueron realizadas obras adicionales para el desarrollo de las actividades extractivas, y por tanto, es improcedente que se nos ordene remover un terraplén que jamás hemos ejecutado, así como que se nos intente cursar una multa por hechos ajenos a mi representada. [...] 3. Lo anterior ha sido certificado por el propio Director Regional de Vialidad, quien en su Oficio Ordinario 2266 de fecha 24 de septiembre de 2013, que se acompaña a esta presentación, señala expresamente lo siguiente: "Respecto de la intervención del cauce del río Calle Calle mediante la ejecución de un pretil en base a piedras, cabe hacer presente que esta obra se encuentra en un sector aledaño a la zona de extracción de áridos autorizada a la empresa OHL S.A. y que la misma no ha sido ejecutada por la mencionada empresa durante la extracción de material. [...] El Director Regional de Vialidad, a mayor abundamiento, certifica que "Todas las obras realizadas por la empresa, cuentan con su Plan de Manejo respectivo, aprobado y visado tanto por la Inspección Fiscal, la Autoridad Marítima y la Dirección de Obras Hidráulicas".

96. Para precisar esta aseveración categórica del Director Regional de Vialidad, con fecha 2 de septiembre del año 2014, a través del Ord. D.S.C. N° 1098, se ofició a este Servicio con el objeto de que explicara si estaba en condiciones de confirmar la aseveración analizada, explicando de forma fundada cómo ha llegado a esta conclusión. Con fecha 29 de septiembre de 2014, por medio de Ord. N° 1998 del Director Regional de Vialidad de la Región de Los Ríos, se sostiene "Para la extracción de áridos desde el cauce del Río Calle Calle en el año 2011, el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental otorgó la Resolución de Calificación Ambiental N° 52 con fecha 06 de Junio de 2013, donde se autoriza a la empresa OHL para realizar la extracción, lo que fue también autorizado por la Dirección de Obras Hidráulicas de Ministerio de Obras Públicas y la Capitanía de Puerto de Valdivia. En tales autorizaciones no se autoriza la construcción de un pretil o de terraplén, debido a que tal obra ya existía con antelación, pues el propietario del sector don Pedro Matamala realiza la comercialización de la extracción de áridos desde hace años"²⁰. Con posterioridad, expresa "En el lugar, lo que realizó la empresa fue un mantenimiento del terraplén existente para poder ingresar a la Isla Matamala por el lado sur, y hacer la extracción de áridos desde el cauce del río señalado con las maquinarias correspondientes. Para dicho mantenimiento del terraplén se instalaron 2 alcantarillas a modo de drenaje por debajo del terraplén a fin de permitir el adecuado curso del río y no obstruir el paso del agua, luego cuando se realizó la extracción de áridos de la Empresa a la Isla Matamala se utilizó el mismo terraplén, al que se le había hecho una mantención. Ese terraplén al cierre del empréstito, de fecha 22 de abril de 2014, fue retirado por la empresa OHL".

¹⁹ Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, Policía de Investigaciones de Chile. Op. Cit. 11 p.

²⁰ La última frase, es citada en la observación de la prueba efectuada por OHL con fecha 10 de diciembre de 2014, sin agregar ningún otro comentario. En este sentido, se deberá entender considerado lo señalado por la empresa en lo expresado en la totalidad del presente apartado.

97. El oficio antes citado fundamenta esta aseveración de la siguiente manera *"Todo lo anteriormente expuesto, se funda en lo contenido en el Plan de Manejo de Empréstito presentado por la empresa OHL para la ejecución de la obra pública referida al comienzo de esta presentación, aprobado por el Subdepartamento de Medio Ambiente de la Dirección Regional de Vialidad de la Región de Los Ríos, y las fotografías aéreas de fechas anteriores al inicio de la extracción en que se confirma la existencia del pretil en forma previa"*.

98. Respecto a lo expresado por el Director Regional de Vialidad, nos podemos remitir a los argumentos esgrimidos en cuanto a la descripción del proyecto que debe hacer cada empresa al someterse a una evaluación ambiental, relativos a que el hecho de no haber declarado la existencia del pretil teniendo conocimiento de éste implica una infracción a la RCA N° 52/2013 por sí sola. Más aún, constituye un incumplimiento a la RCA si es que se realizaron trabajos de mantención y de intervención en un terraplén, el cual a pesar de que no se precise cuál es, ni dónde está, se puede desprender que es el mismo pretil objeto de este procedimiento sancionatorio, debido a que se utilizan los mismo términos que los declarados en su calidad de recurrida del recurso de protección²¹ ya citado con anterioridad.

99. Cabe precisar, que a pesar de la existencia de dos terraplenes o caminos en el sector de Isla Matamala, la empresa en los diversos procedimientos no ha distinguido entre ambos, además, el primero a pesar de estar declarado en la DIA como un camino de acceso a la isla, en ningún momento es precisado en la evaluación que se deberán realizar mantenciones o reconstrucciones, lo cual como ya ha sido reiterado, también constituye una infracción a la RCA. En este sentido, OHL asimila el terraplén oeste al este en el recurso de protección y en el presente procedimiento no lo menciona, por otro lado el Director Regional de Vialidad, no establece cuál es el terraplén al cual se refiere ni su ubicación, por lo que se entenderá que se está refiriendo precisamente al pretil imputado.

100. Por otra parte, en cuanto a las fotografías presentadas por esta Dirección, como fundamento a sus declaraciones, éstas son las mismas presentadas por OHL, correspondientes al estudio *"Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue"*, sobre las cuales este fiscal instructor ya se refirió en cuanto a su mérito probatorio. En este sentido, las declaraciones del Director Regional de Vialidad en cuanto a este tema no son concluyentes para poder desvirtuar el hecho imputado a la empresa.

101. En relación a la afirmación del Director Regional de Vialidad relativa a que la empresa retiró el terraplén al momento de finalizar las obras en abril del año 2014, cabe mencionar que esta aseveración se contradice con las propias declaraciones de OHL, que en reiteradas ocasiones se ha negado a destruir el pretil bajo el argumento de que no fue construido por ella. A su vez, los efectos producidos del pretil se empezaron a constatar con anterioridad al año 2013, produciéndose los peores episodios en el invierno del año 2013 y 2014, lo cual no resta imputabilidad a Obrascon Huarte Lain S.A., incluso bajo el evento de que se haya producido una destrucción de la obra en cuestión.

vii. Condiciones, normas y medidas infringidas

102. La empresa señala que *"Llama poderosamente la atención que vuestra autoridad haya considerado que las "Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas", sean las señaladas en el considerando 3.6.1.2 de la RCA N°52/2013, las cuales no se refieren a la construcción del pretil en cuestión..."*.

103. En relación a este aspecto, se debe expresar por una parte, que la infracción a la RCA N° 52/2013 está vinculada a la descripción del proyecto que realizó la empresa en la evaluación ambiental, lo cual como fue establecido con anterioridad, difirió de la realidad. Así, no se puede contrastar la construcción del pretil, con una obligación específica de la RCA N° 52/2013, debido a que la empresa nunca declaró que iba a ejecutar esta acción.

²¹ Corte de Apelaciones, Rol 220-2014, sentencia de 22 de mayo de 2014, Vistos.

104. Sin perjuicio de lo anterior, en la RCA examinada, específicamente, en el considerando 3.6.1.2, letra b.3.1 relativa al empréstito Matamala se dispone *"Para acceder a la zona se utilizará un camino privado ya consolidado y luego se bordeará la isla existente evitando de esta forma afectar la flora y fauna que se observa en el sector. El área definida para la extracción de áridos en cauce corresponde a una zona sin ningún tipo de actividad. [...] **El río Calle Calle no se ve afectado por la extracción de material, sino que ayudará al encauzamiento del río disminuyendo la erosión existente en el sector norte del mismo.** El material a remover es de fondo de río (arena, bolones y piedras)"* (El destacado es nuestro).

105. Así, incluso a pesar de la omisión de la empresa en la evaluación ambiental, existe una clara relación entre el hecho infraccional imputado y la normativa infringida, toda vez, que el cargo tiene directa vinculación con que OHL no haya ayudado al encauzamiento del río y haya afectado a éste, ya que el hecho en cuestión, tiene relación con que a través de la construcción del pretil se modificó el cauce del río, produciendo socavamientos hídricos en los terrenos que se encontraban aguas arriba del pretil.

viii. Análisis de los otros descargos y pruebas presentadas por la empresa

106. A su vez, la empresa señala *"Sin perjuicio de lo anterior, el informe denominado "Seguimiento Ambiental y Participación Ciudadana", emitido por R&Q INGENIERIA S.A., empresa que presta asesoría técnica a la Inspección Fiscal, establece en su Capítulo 5, página 223 lo siguiente: "Constructora OHL presentó el cierre formal del empréstito "Isla Matamala" a través del plan de manejo de abandono el cual contaba con respectivas autorizaciones de la DOH y DIRECTEMAR, organismos estatales encargados de la administración del río Calle - Calle. Conjuntamente, durante estas mismas fechas fue recibido un reclamo por parte de un particular, el cual aducía que debido a supuestos trabajos efectuados por la Constructora OHL en el cauce del río, modificando su escorrentía afectando la ribera de su propiedad. Sin embargo, a favor de la Empresa Contratista es pertinente indicar que cumplió con todos los requerimientos establecidos para la apertura, explotación y abandono de este empréstito. Conjuntamente, durante la etapa de explotación, fue posible identificar a terceros interviniendo el río efectuando extracción de áridos dentro de esta misma propiedad"*.

107. En relación a este punto, esta prueba no permite desacreditar lo señalado por BIDEMA en cuanto a la construcción del pretil, debido a que este informe sólo constituye prueba en cuanto a que la empresa cumplió con los requerimientos de apertura, explotación y abandono, dentro de los cuales no existía ni podía existir la destrucción del pretil o la restitución del cauce del río, toda vez que OHL nunca declaró la construcción, mantención, uso u existencia de esta obra.

108. Además, la empresa destaca en sus descargos que *"OHL se encontraba debidamente autorizado para ejecutar las actividades extractivas de áridos por todas las autoridades sectoriales, es decir, obtuvo todos los permisos del caso, ejecutó todas las actividades conforme a las instrucciones correspondientes, y posteriormente, sus trabajos fueron recibidos sin reparo alguno por la autoridad competente"*.

109. Al respecto, cabe señalar que no es efectivo lo señalado por OHL, debido a que como ya se estableció con anterioridad, incluso en el caso en que no haya construido el pretil, se infringió la normativa ambiental al no declarar la existencia de éste o su uso dentro de la evaluación ambiental del proyecto.

110. Por otro lado, es dable destacar que las autorizaciones sectoriales, sin perjuicio de ser un antecedente de cumplimiento de la normativa en general, no constituyen autorizaciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran las Resoluciones de Calificación Ambiental (en adelante, RCA) que deben cumplirse a cabalidad. Así, la Superintendencia del Medio Ambiente es el órgano competente para fiscalizar los instrumentos de gestión ambiental, tales como las RCA y no el cumplimiento de los permisos sectoriales.

111. Por otra parte, Obrascon Huarte Lain S.A. afirma “Es un hecho público y notorio, que don Juan Carlos Matamala Kroell, propietario ribereño de la Isla Matamala, comercializa áridos desde hace ya bastantes años. Sin embargo, no se ha verificado ningún requerimiento en su contra, ni tampoco se verifica requerimiento en contra de la empresa Marcelo Andrade y Cía. limitada que realizó trabajos de extracción de áridos después que los hizo OHL”.

112. En cuanto a esta aseveración, se debe reiterar que la potestad sancionadora de esta Superintendencia es respecto de los instrumentos de gestión ambiental, por lo que el ejercicio de esta facultad será analizado bajo este tenor en relación a estas personas, no obstante la imputabilidad que recaiga en contra de OHL.

113. Por último, Obrascon Huarte Lain S.A. afirma que “Resulta relevante señalar que doña Caren Frychel Hernandez, también en forma paralela dedujo un Recurso de Protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, fundado también por estos mismos hechos. [...] La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, analizando los antecedentes probatorios allegados y escuchando en estrados los alegatos de las partes, rechazó el Recurso de Protección en comento, según dispuso la Sentencia Definitiva de fecha 22 de Mayo de 2014, estableciendo como hecho inamovible en su considerando SEPTIMO lo siguiente: [...] “Que, por último, de los antecedentes aportados por las partes, aparece que el pretil o barrera de contención, si bien habría sido utilizado por las empresas recurridas, no fue construido por ellas [...]”. La empresa luego agrega “La referida sentencia fue confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 19 de Junio de 2014, encontrándose actualmente FIRME Y EJECUTORIADA. Es decir, nuestro máximo Tribunal de la República, ratifica que OHL no construyó ningún pretil y no cometió ninguna ilegalidad”.

114. Respecto de este punto, cabe tener presente que el recurso de protección no fue rechazado porque OHL no hubiese construido el pretil, sino debido a la extemporaneidad del recurso y a que la acción en cuestión no era la vía más idónea para zanjar este tema. Así en el considerando segundo la sentencia prescribe “Que los hechos en que se funda la recurrente, consistentes, en suma, en el desvío de las aguas del río Calle Calle, por medio de la instalación de un pretil o barrera de contención y de un terraplén o puente de acceso a la isla “Matamala”, que habría provocado socavones en los terrenos de propiedad de los recurrentes, por parte de las empresas recurridas, con ocasión de la extracción de áridos, datan del año 2011 y el recurso de protección se interpuso el 7 de abril de 2014, de modo que la acción interpuesta resulta manifiestamente extemporánea”²².

115. Por su parte, el considerando cuarto de la sentencia en análisis destaca “Que, sin perjuicio de lo anterior, el recurso de protección no es un sustituto jurisdiccional y no puede servir para remplazar acciones y procedimientos donde pueda debatirse con latitud e igualdad de oportunidades que las controversias requieran, especialmente, si se pretende intervenir en las competencias propias de la Administración”²³. Luego en el considerando cuarto, se añade “En efecto, de lo expuesto en la parte expositiva del recurso aparece que la materia del recurso dice relación con cuestiones técnicas que ameritan informes periciales y técnicos que puedan evacuarse sobre la materia debatida, en un procedimiento de lato conocimiento y no éste que es un instituto que permite adoptar rápidas medidas frente a ciertos atentados que conculcan derechos constitucionales indiscutidos”.

116. De esta manera, la sentencia que resuelve el recurso de protección invocado por la empresa, no logra desvirtuar el hecho imputado a OHL y más aún, expresamente determina que se requiere un pronunciamiento de los órganos técnicos y con competencias sectoriales, como de peritos, para poder establecer las responsabilidades del caso.

ix. Configuración de la infracción

117. En cuanto al hecho imputado cabe señalar que en las declaraciones tomadas con fecha 9 de septiembre de 2014, a pesar de que los interrogados no estuviesen contestes en cuanto a la fecha de construcción del pretil, el Sr. Luis Castillo y la Sra. Claudia

²² Corte de Apelaciones, Rol 220-2014, sentencia de 22 de mayo de 2014, Considerando 2°.

²³ Corte de Apelaciones, Rol 220-2014, sentencia de 22 de mayo de 2014, Considerando 4°.

Insunza, imputa a OHL la construcción del pretil, por otro lado el Sr. Humberto Matamala establece que la empresa participó en la mantención o reconstrucción de éste, mientras que ni la Sra. Karen Frychel, ni el Sr. Daniel Saldivar logran determinar quién lo construyó.

118. En este orden de ideas, en las observaciones a la prueba efectuada por Obrascon Huarte Lain S.A. con fecha 10 de diciembre, se expresa *“En contrario a lo afirmado por los testigos Sres, Castillo y Frychel, los otros tres testigos afirmaron contestes que el pretil existía incluso antes de la llegada de OHL al lugar de los hechos”*. Al respecto se debe tener presente, la confusión respecto de las fechas tiene plena relación con el hecho de que el pretil efectivamente se encontraba construido en el año 2010, sin embargo, este fue destruido en el año 2011, por lo que las declaraciones en este punto no desvirtúan el hecho imputado.

119. Finalmente, en relación a los efectos de la construcción del pretil en cuestión, sin perjuicio de que la empresa no haya controvertido la causalidad producida entre esta construcción y los socavones generados, el informe antes citado de la BIDEMA es categórico al señalar

120. Así las cosas, si sumamos a este informe el informe de fiscalización, se puede determinar claramente que la construcción del pretil en análisis ha sido la causante de la socavación hídrica en los terrenos aguas arriba de la isla Matamala.

121. De este modo, considerando los antecedentes que obran en el presente procedimiento sancionatorio, tales como las actas de inspección ambiental; el informe de fiscalización; lo dispuesto en los artículos 8 y 51 de la LO-SMA referentes a la presunción de veracidad de los hechos constatados por los fiscalizadores de esta SMA; el análisis y ponderación de la prueba presentada por Obrascon Huarte Lain S.A.; y el resto de la prueba efectuada durante el procedimiento administrativo sancionatorio, se tiene por configurado el hecho imputado.

b) Cargo 2: Realizar extracción de áridos en una superficie mayor a la autorizada en la Resolución de Calificación Ambiental.

122. En el informe de fiscalización se establece *“Se constató que las faenas de extracción de áridos se desarrollaron en una franja central de la Isla Matamala, ocasionando la división de la isla en dos porciones de tierra (norte y sur), por entre medio de las cuales circula un nuevo brazo (brazo artificial) del río Calle Calle”*²⁶. Con posterioridad se reafirma este hecho al disponer *“Se constata que al momento de la inspección, las faenas de extracción de áridos se desarrollaron en una franja central de la Isla Matamala, ocasionando la división de la isla en dos*

²⁴ Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, Policía de Investigaciones de Chile. Informe Policial N° 311/ 01099. Valdivia. 29 de agosto 2014. 11 p.

²⁵ Ibid. 12 p.

²⁶ Superintendencia del Medio Ambiente. Op. Cit. 16 p.



porciones de tierra (norte y sur), por entre medio de las cuales circula un nuevo brazo (brazo artificial) del río Calle Calle²⁷. Luego se agrega "Se midió la distancia entre las dos porciones de la isla, en dos puntos, utilizando para ello un distancio metro marca Leyca; las medidas registradas fueron de 37,46 y 44,63 metros (Ver lugares medidos en Figura 10)"²⁸.

123. Por otro lado, la RCA N° 52/2013 en su considerando 3.6.1.2, en la letra b.3.1 relativa al empréstito Matamala se dispone "Las coordenadas del punto central de extracción son las siguientes: (E) 670605.11 (m). (S) 5594258.01 (m)". A su vez, la letra b.4.1 relativa al empréstito isla Matamala "El empréstito se encuentra a 615 m al Norte de la Ruta T-35, Comuna de Los Lagos. Se accede a través del Km. 19.660 de La Ruta T-35. Las coordenadas del punto central de extracción son las siguientes: (E) 670469.93 (m). (S) 5593962.41 (m). Este empréstito corresponde a una extracción en pozo". Por su parte, en el capítulo 3.2.5.2. y 3.2.6.1. se presentan fotografías que determinan las zonas de extracción en ambos empréstitos.

124. Respecto de este hecho infraccional, la empresa en sus descargos afirma en relación a ambos empréstitos que se limitaron a las coordenadas establecidas en la RCA y en los permisos sectoriales respectivos. A su vez, agrega que éstos recibieron conformidad técnica de las autoridades competentes una vez finalizada la extracción. Por último, expresa que en el sector de extracción Matamala, las actividades se extendieron entre el 7 de diciembre de 2011 y el 23 de febrero de 2012, ascendiendo la extracción de áridos a 89.493 m³, teniendo autorizados 90.395 m³, mientras que en el empréstito isla Matamala, las faenas se ejecutaron entre el mes de junio de 2012 al mes de febrero de 2013, extrayéndose 88.900 m³ de áridos, teniendo autorizados 90.000 m³. Entregando documentos para fundamentar la información aseverada.

125. A su vez, OHL sostiene que "Por otra parte, no es efectivo que OHL fuera la única empresa autorizada para realizar trabajos de extracción de áridos en el sector de la Isla Matamala, por cuanto, y según se expondrá más adelante, la empresa Marcelo Andrade y Cía. Limitada, realizó trabajos de extracción de áridos en la Isla Matamala, tiempo después que OHL finalizara sus obras en el sector. Lo anterior consta en los permisos otorgados por la Capitanía de Puerto de Valdivia y ratificado por la propia denunciante doña Caren Frychel Hernandez en el libelo de un Recurso de Protección deducido ante la I. Corte de Apelaciones de Valdivia".

126. Para precisar la documentación entregada por la empresa junto con sus descargos, con fecha 2 de septiembre de 2014, se requirió a OHL la entrega de un informe verificable respecto del volumen de extracción efectivo en los sectores de extracción "sector matamala" e "isla matamala"; un informe relativo a si se explotó en el sector de extracción denominado "ampliación matamala"; y un informe de las coordenadas de extracción efectivas del cuadrante del sector de extracción denominado "isla matamala". A este requerimiento de información, la empresa no dio respuesta en el término probatorio.

127. Por otra parte, tanto en el informe de inspección ambiental, como en el acta de la inspección personal efectuada por este fiscal instructor, como consta en las fotografías del Anexo, en los puntos 1 y 5, se puede observar la magnitud de la extracción efectuada en el sector. Así, se puede inferir que para poder dividir la isla de la manera en la cual fue dividida, se requería claramente de una extracción de áridos industrializada, lo cual podría otorgar indicios de la participación de OHL en este hecho infraccional, debido a la cantidad extraída por esta empresa en la zona.

128. Sin perjuicio de lo anterior, la Capitanía de Puerto de Valdivia comunica a la Fiscalía Local de Valdivia, mediante C.P. VLD. ORDINARIO N° 12.210/93/INT., de 13 de noviembre de 2013

²⁷ Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, Policía de Investigaciones de Chile. Informe Policial N° 311/ 01099. Valdivia. 29 de agosto 2014. 27 p.

²⁸ Ibid.

129. A mayor abundamiento, el informe de BIDEMA antes citado prescribe

130. Asimismo, en la información presentada por OHL, se da cuenta de tres facturas a la empresa Foliage Green Limitada por concepto de derecho de paso, además de que se ha otorgado paso para la extracción de áridos a dos empresas diferentes durante el año 2013, a saber, Áridos Las Animas y Pirineos.

131. Si consideramos que en el Informe Policial de BIDEMA N° 311/01099 de 31 de diciembre de 2013³⁰, se establece que podría existir un vínculo entre la empresa Foliage Green Limitada y Marcelo Andrade y Cía Ltda., y si a su vez, se analizan las fechas del documento acompañado por OHL, se puede inferir que existe una relación entre estas dos empresas en conjunto con Áridos Las Animas. De esta manera, se puede concluir que existió la participación de la empresa Marcelo Andrade y Cía LTDA. y, al menos, una empresa más en la Isla Matamala, con posterioridad a la extracción ejecutada por Obrascon Huarte Lain S.A., por lo que es imposible determinar la participación de esta última en el hecho infraccional imputado.

132. A mayor abundamiento, el informe de BIDEMA es concluyente al disponer que

133. Por tanto, considerando los antecedentes que obran en el presente procedimiento sancionatorio, tales como las actas de inspección ambiental; el Informe de fiscalización; la ponderación de la prueba que consta en el presente dictamen; y la imposibilidad de determinar la participación de OHL en el hecho imputado, se tiene por no configurado el hecho infraccional, respecto del cual se propondrá absolucón en el apartado correspondiente.

c) Cargo 3: No dar cumplimiento a las medidas provisionales decretadas mediante Resolución Exenta N° 1062.

134. La Resolución Exenta N° 1062 del Superintendente del Medio Ambiente, en su resuelvo primero prescribe: *“PRIMERO: Adáptense por la empresa OBRASCON HUARTE LAIN S.A., las siguientes medidas provisionales, de conformidad a lo establecido en las letras a) y f) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente: a) Como medida de corrección, seguridad y control, y a fin de impedir la continuidad en la producción del riesgo o daño, se ordena a la empresa: i. La remoción, dentro de los 10 días corridos siguientes a la notificación de esta resolución, del terraplén constatado en el brazo sur del Río Calle Calle, con el fin de restituir el cauce natural del río; y, ii. Se ordena a Obrascon Huarte Lain S.A. remitir a la Superintendencia del Medio Ambiente en un plazo de 5 días hábiles desde que se hubiere dado cumplimiento a lo ordenado en el*

²⁹ Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, Policía de Investigaciones de Chile. Informe Policial N° 311/ 01099. Valdivia. 29 de agosto 2014. 10 p.

³⁰ Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, Policía de Investigaciones de Chile. Informe Policial N° 311/ 01099. Valdivia. 31 de diciembre 2013. 8 p.

³¹ Ibid. 12 p.

punto i. precedente, un informe sobre el estado de cumplimiento de la medida señalada, así como la existencia o inexistencia de nuevos riesgos o contingencias derivadas de estas faenas. El informe señalado, deberá contener medios de verificación que permitan comprobar la realización de la medida. b) Como programa de monitoreo y análisis específicos de cargo del infractor: i. Implementar un monitoreo que dé cuenta del avance de la socavación hídrica ya señalada, a partir de la notificación del presente acto administrativo, con una frecuencia de cinco días, y por una duración de 30 días, remitiendo un informe de cada monitoreo dentro del plazo de tres días contados desde su implementación, y acompañando medios de verificación o registro que permitan comprobar sus resultados”.

135. Con fecha 7 de octubre de 2013, OHL presentó un recurso de reposición en contra de las medidas provisionales ordenadas expresando que la empresa no ejecutó el terraplén o pretil para desarrollar las actividades extractivas. Por su parte, el 6 de noviembre de 2013, a través de la Resolución Exenta N° 1243 el Superintendente de Medio Ambiente resolvió el recurso de reposición antes citado, rechazándolo en atención a no haber existido mención a otras actividades en los informes ambientales acompañados por el titular y a que a la fecha de la inspección ambiental la única empresa autorizada para realizar esta actividad era OHL. La Resolución antes citada fue notificada personalmente en virtud del inciso tercero del artículo 46 de la Ley N° 19.880 con fecha 6 de noviembre de 2013.

136. Por su parte el Informe de Fiscalización Medidas Provisionales establece “c) Que, con fecha 15 de noviembre de 2013, según consta en Acta de Inspección ambiental, funcionario de la Superintendencia del Medio Ambiente se apersona en el lugar de emplazamiento del pretil con el fin de verificar el cumplimiento de la medida provisional, constatándose que el pretil se mantiene en iguales condiciones a las inspeccionadas con fecha 4 y 9 de septiembre de 2013 (Fotografía N° 1). [...] d) A su vez se constata que el proceso de socavación hídrica se mantiene en la ribera sur del río calle calle, poniendo en riesgo la salud de las personas, y la integridad de las propiedades ribereñas (Fotografía N° 2)”.

137. En sus descargos OHL sostiene “Si bien, estos “indicios” han sido calificados por la autoridad ambiental como suficientes para la formulación de cargos, hacemos presente que OHL había abandonado el sector de extracción de áridos, en el mes de mayo de 2013, atendido el término de las labores de extracción”.

138. Cabe señalar que genera confusión lo expuesto por la empresa en sus descargos, toda vez, que en relación al cargo N° 2 se estipuló que el término de las faenas de extracción fue en febrero del año 2013 y no en mayo como se expresa con posterioridad en relación a este cargo.

139. Con posterioridad, la empresa expresa “Es más, aún cuando OHL hubiese incurrido en las gestiones necesarias para la implementación de este tipo de medidas, no podría haberlas ejecutado atendido que la autoridad medio ambiental ha ordenando (sic) adoptar medidas provisionales en terrenos administrados por el Ministerio de Bienes Nacionales, sobre los cuales OHL no tiene derecho alguno. Es decir, la autoridad medio ambiental está ordenando infringir el derecho de propiedad de terceros, por medio de las medidas provisionales decretadas [...] a mi representada se le impone la carga de remover, destruir o demoler una obra de la cual mi representada no es propietaria, no tiene permisos para acceder a ella y más aún, se le exige remover una obra que no ha ejecutado”. Más adelante agrega “reiteramos los argumentos previamente señalados, esta autoridad administrativa ha impuesto cargas a mi representada que no le competen, y que no pudo realizar atendido a que las medidas en sí mismo, necesariamente involucran terrenos de terceros, sobre los cuales no existen permisos de accesos, ni menos aún sobre los cuales se puedan remover obras ni instalar equipamientos de monitoreos”. Ahondando en este punto señala “Desde ya hacemos presente que de haber dado cumplimiento a la medida precitada, OHL habría incurrido en ilícitos, tales como ingresar a terrenos de privados y del Estado sin las correspondientes autorizaciones (recordemos que OHL terminó sus labores de extracción de áridos en esa zona en el mes de mayo de 2013, por lo que no tenía permisos sobre esos terrenos), remoción de obras en terrenos administrados por el Ministerio de Bienes Nacionales, instalación de equipos de monitoreo sin la autorización del autoridad marítima, etc.”.

140. Al respecto, en cuanto a la construcción del pretil, ya se ha establecido con anterioridad la imputabilidad de OHL. Además, en caso de que la empresa no hubiese construido el pretil o a mayor abundamiento lo hubiese destruido una vez concluidas las faenas extractivas, los problemas derivados del cumplimiento de la medida provisional no se hubiesen generado.

141. En este sentido, se ha demostrado una clara falta de voluntad por parte de OHL, que pudo haber solicitado permisos de paso e iniciar conversaciones con los organismos sectoriales competentes con el objeto de cumplir o al menos intentar cumplir con la medida provisional impuesta. Por otra parte, la empresa siempre tuvo la posibilidad de recurrir en contra ante los Tribunales Ambientales, tanto de la resolución que ordena la medida provisional, como de aquella que rechaza el recurso de reposición interpuesto, lo cual no realizó.

142. Por su parte, con fecha 2 de septiembre de 2014, se requirió a la empresa la entrega de un informe relativo a las acciones que ejecutó OHL al momento de que se decretaran las medidas provisionales. A este requerimiento de información, OHL no dio respuesta en el término probatorio, lo cual entrega aún más elementos para determinar la inactividad de la empresa frente a la medida provisional en cuestión.

143. En otro orden de ideas, la empresa expresa en sus descargos *"A mayor abundamiento, hacemos presente que en conformidad a la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como a la Ley de Procedimientos Administrativos, y tal como se ha señalado precedentemente en esta presentación, esta superintendencia no ha dado expreso cumplimiento a los preceptos legales, tanto en la formulación de cargos como al ordenar medidas provisionales"*.

144. Así, no obstante acusar infundadamente a esta Superintendencia de haber actuado en contra de las leyes que la rigen y respecto de las cuales debe velar su seguimiento en la instrucción de un procedimiento administrativo sancionatorio, OHL no precisa de qué manera esta Superintendencia ha actuado en contra de dichas leyes.

145. Finalmente, Obrascon Huarte Lain S.A., declara que *"Respecto a la medida provisional que dice relación con la remoción del "terraplén", hacemos presente que la Resolución Exenta N°1062, así como los informes de Fiscalización y sus anexos, tal como lo hemos desarrollado previamente, confunden indistintamente los conceptos "terraplén" y "pretil", sin señalar e identificar estas obras existentes en el área"*. Punto respecto del cual, este fiscal instructor se ha extendido latamente en el análisis del cargo N° 1.

146. Por lo tanto, considerando los antecedentes que obran en el presente procedimiento sancionatorio, tales como las actas de inspección ambiental; el informe de fiscalización; la falta de controversia respecto del hecho imputado y el análisis de los descargos presentados por OHL se tiene por configurado el hecho imputado, al no haberse ejecutado la medida provisional decretada mediante Resolución Exenta N° 1062 del Superintendente del Medio Ambiente.

VII. CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES

147. A continuación se procederá a analizar la clasificación de las infracciones que fueron configuradas en el apartado anterior.

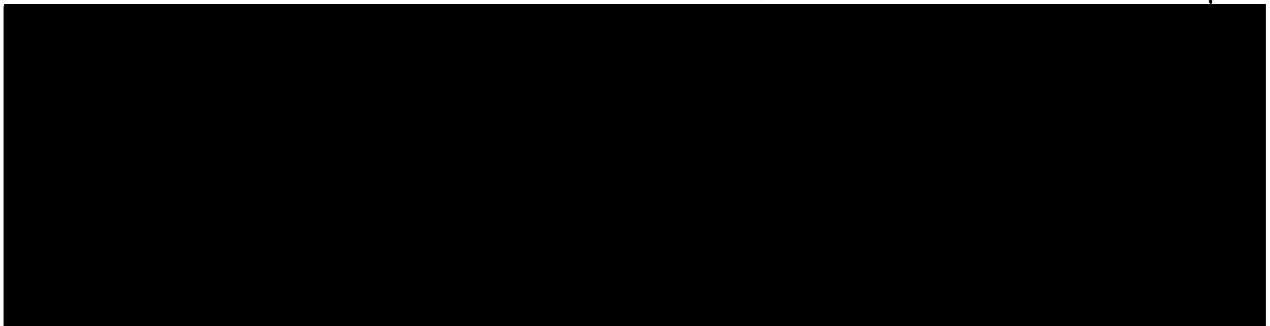
a) **Cargo 1: Construir un pretil a base de piedras, generando como efecto la modificación del cauce del Río Calle Calle en la ribera sur de éste y causando socavación hídrica en propiedades ubicadas a 100 metros del lugar.**

148. En la formulación de cargos este hecho fue calificado como leve en virtud del numeral 3 del artículo 36 de la LO-SMA, que establece que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.

149. Al respecto, habiéndose realizado un análisis de los antecedentes que fundan el procedimiento administrativo en curso, se puede concluir que no existen fundamentos que hagan variar el raciocinio inicial sostenido por este Fiscal Instructor, por lo que se mantendrá la misma clasificación, dado que se ha logrado acreditar, que no se han configurado en el presente caso, ninguna de las hipótesis contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la LO-SMA, como se podrá observar a continuación.

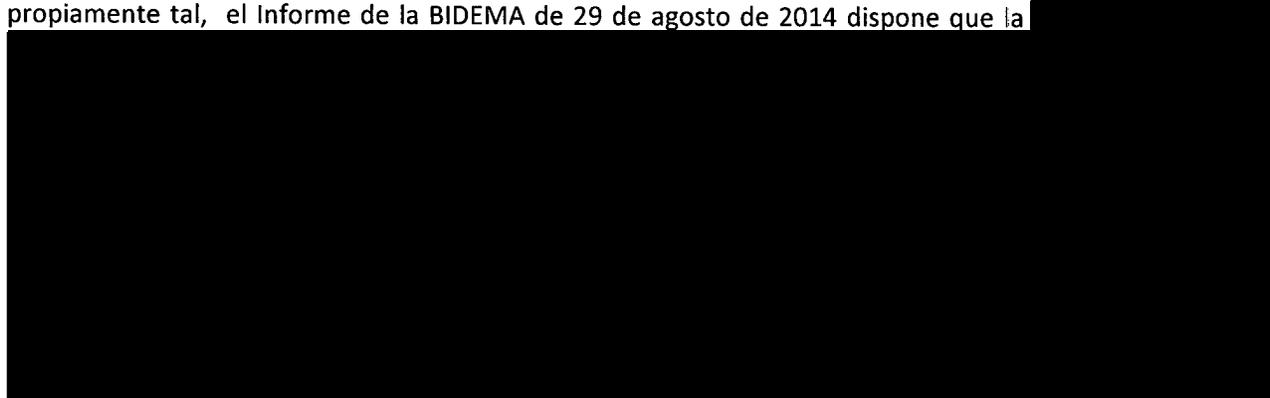
150. En este sentido, a pesar de que en el Informe Pericial de la Policía de Investigaciones (en adelante, PDI) N° 154/2013 de 28 de noviembre de 2013, se establezca que existe un daño al medio ambiente, no se puede inferir de la información desplegada que este sea un daño significativo en los términos del artículo 2° literal e) de la Ley N° 19.300, que define daño ambiental como *“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”*.

151. Así las cosas, el informe en cuestión establece que



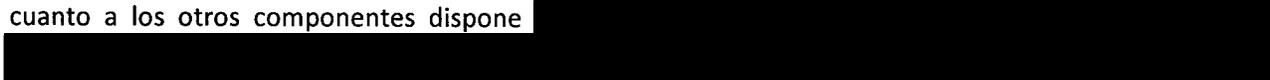
152. De este modo, para expresar que existe un daño alto en el componente suelo, la BIDEMA no sólo analiza los socavones producidos aguas arriba del pretil, sino que a su vez el daño producido al dividir la isla, cargo respecto del cual se ha determinado proponer la absolución de la empresa y que por lo tanto no se puede determinar como un efecto del primer hecho infraccional.

153. Entonces, respecto del daño imputable a OHL propiamente tal, el Informe de la BIDEMA de 29 de agosto de 2014 dispone que la



154. Además, en la inspección personal se pudo observar la cantidad de metros perdidos en el predio de la Sra. Frychel, en virtud de los cercos que se encontraban caídos, pudiendo observarse 4 postes caídos. De esta forma, la erosión ha provocado una importante pérdida del componente del medio ambiente suelo, en los terrenos aguas arriba a la construcción del pretil, sin embargo, éste por sí solo no constituye un daño de significancia.

155. Por otro lado, el informe de la PDI precitado en cuanto a los otros componentes dispone

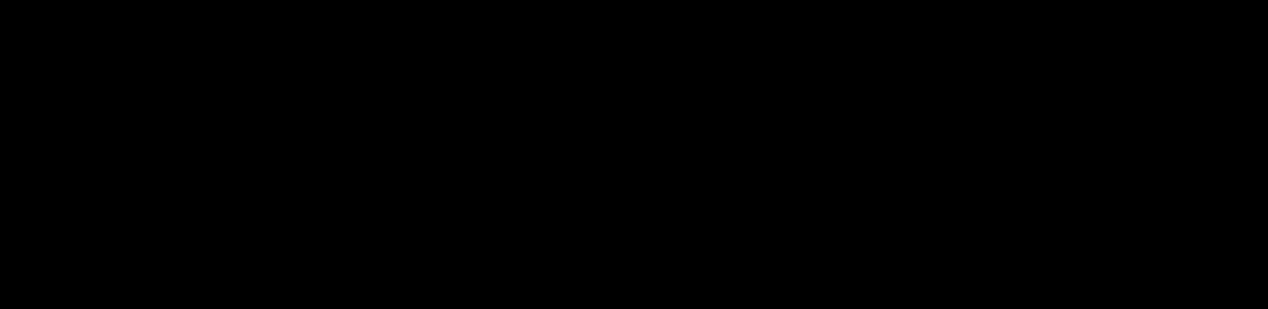


³² Policía de Investigaciones de Chile, Laboratorio Criminalístico. Informe Pericial Medioambiental N° 154/2013, 28 de noviembre de 2013. Santiago. 24p.

³³ Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, Policía de Investigaciones de Chile. Informe Policial N° 311/ 01099. Valdivia. 29 de agosto 2014. 8 p.

³⁴ Ibid. 9 p.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name or set of initials.



156. Así, respecto del componente flora, el informe de la PDI sostiene que existe un daño medio, debido a la corta de las especies propias de la Isla Matamala, hecho que no se imputa en el presente procedimiento sancionatorio a la empresa. Sin perjuicio de lo anterior, se establece la pérdida de las especies *nothofagus obliqua* (roble) y *acacia dealbata* (aromo de castilla), las cuales se encontraban aguas arriba del pretil y, que por lo tanto, si serían imputables a Obrascon Huarte Lain S.A. Por lo tanto, existiría un daño menor en relación al componente flora.

157. Por su parte, en cuanto al elemento paisaje se debe considerar que la zona afectada es una Zona de Interés Turístico (en adelante, ZOIT), desde el año 2009, en virtud de la Resolución N° 1318³⁷, del Servicio Nacional de Turismo. En el primer considerando de la Resolución individualizada, se establece como razón para declarar esta área una ZOIT que las comunas de Valdivia y Corral *“destacan por su valor ambiental que se traduce en 51 atractivos turísticos, productos y actividades turísticas basados en sus recursos naturales, donde el recurso agua de ríos y mar constituye una de sus principales fortalezas, así como el invaluable conjunto de especies nativas forestales agrupadas en el denominado “bosque o selva valdivianos” producto de su aislamiento geográfico que presenta una variada cantidad de especies endémicas representadas en amplias zonas y espacios muchos de los cuales ya constituyen áreas protegidas públicas y privadas. Estos atributos ambientales le otorgan a estas comunas un importante carácter diferenciador constituyendo un destino ideal para los amantes del ecoturismo y turismo de intereses especiales basado en las diversas ofertas de paisajes de Valdivia-Corral, a través de circuitos turísticos fluviales en el Río Valdivia, atractivo producto del destino y de los esfuerzos regionales para potenciar como uno de los productos turísticos prioritarios, La Selva Valdiviana, que permitirá diferenciar a la región en el mercado nacional e internacional (el destacado es nuestro)”*.

158. Al respecto, se puede observar que una de las principales razones por la cual fue declarada ZOIT la comuna de Valdivia y Corral, fue debido a sus cursos fluviales, siendo uno de estos modificado por la empresa. Esta situación claramente tiene un efecto turístico en la zona, debido a que desde el río, se puede observar una menor cantidad de vegetación. Por su parte, se tiene que considerar que las obras de gran envergadura que ha realizado la DOH, para frenar la erosión del río en la ribera sur, restan de forma importante la belleza escénica del lugar, no sólo a través de los trabajos que fueron constatados en la inspección personal, sino que también, a través de dos espigones que se construirán aguas arriba del pretil.

159. A su vez, la Guía de Evaluación de Impacto Ambiental de Valor Paisajístico en el SEIA, dispone que *“en el SEIA una zona con valor paisajístico es aquella que, siendo perceptible visualmente, posee atributos naturales que le otorgan una calidad que la hace única y representativa”*³⁸. Además, en esta guía se señala que *“Para efectos del SEIA los atributos del paisaje se determinan en base a la percepción visual del mismo. Al efecto, se reconocen los siguientes tipos de atributos:*

³⁵ Policía de Investigaciones de Chile, Laboratorio Criminalístico. Op. Cit. 24 y 25 p.

³⁶ Ibid. 25 p.

³⁷ La declaración de esta ZOIT fue revocada el 10 de marzo de 2014, mediante el Decreto N° 140 Exento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. El decreto en cuestión fue derogado con fecha 25 de abril de 2014, a través del Decreto N° 220 Exento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, volviendo a adquirir el carácter de ZOIT la zona en cuestión.

³⁸ Servicio de Evaluación Ambiental. Guía de Evaluación de Impacto Ambiental Valor Paisajístico en el SEIA. Santiago. 2013. 14 p.



- i. *Atributos biofísicos: comprenden la expresión visual de componentes bióticos, tales como flora y fauna, y físicos, como relieve, suelo y agua.*
- ii. *Atributos estéticos: comprenden la expresión de los rasgos estéticos percibidos visualmente, en términos de forma, color y textura.*
- iii. *Atributos estructurales: comprende la expresión de la diversidad y singularidad de atributos presentes y a la condición natural o antrópica del paisaje³⁹.*

160. De esta manera, en el caso en cuestión fueron afectados los atributos naturales que hacen única y representativa la zona, como lo son sus atributos biofísicos, estéticos y estructurales, correspondientes al río y su cauce. Además, se afectó uno de los medios de percepción visual de este paisaje, debido a que el camino que se encontraba al costado de la propiedad del Sr. Castillo y la Sra. Insunza ha desaparecido por causa de la erosión del río.

161. Por su parte, la empresa en la evaluación ambiental de proyecto sostiene que *“Considerando que las comunas de Valdivia y Corral, de la Región de Los Ríos, destacan por su valor ambiental, que se traduce en 51 atractivos turísticos, productos y actividades turísticas, basados en sus recursos naturales, es que podemos declarar que el proyecto en cuestión no afecta ninguno de estos 51 atractivos turísticos (Anexo 4) y que solo se encuentra cercano a 2 sectores que son: 1.- Ríos navegables, como el Rio Calle Calle y, 2.- Rio Calle Calle, se extiende desde la Isla Ripios (localidad de Pishuinco) hasta el muelle fluvial de la ciudad de Valdivia. Cruza sobre el Calle-Calle el puente del mismo nombre, con una altura de 10 m. Si bien existe extracción de material del río, este se realiza fuera de la zona navegable por lo que la extracción no interfiere en este aspecto; además las zonas de extracción se encuentran alejadas del sector de la Isla Ripios de Pishuinco. Según lo recién expuesto podemos decir que no afectamos ningún atractivo turístico de la zona de Valdivia”*. Luego se añade *“Junto con esto, debemos decir que el mejoramiento de esta Ruta permitirá unir la ciudad de Valdivia con Panguipulli a través del corredor turístico y debido a que las obras son puntuales no se observan desde el camino y no producen impacto visual. [...] Claramente la extracción de áridos y su posterior incorporación en el mejoramiento de la Ruta T-35 potenciará el corredor turístico entre Valdivia y Los Lagos presentando una ruta de características mejoradas que se complementará con la Ruta del Calle Calle”*.

162. En cuanto a las afirmaciones de OHL durante la evaluación ambiental, cabe señalar que, por una parte, existe una confusión por ésta en cuanto a cuál es el atractivo turístico, ya que éste corresponde a la totalidad del río Calle Calle y no se remite exclusivamente a los puntos en los cuales este se entiende que comienza o termina éste. Por lo tanto, desde un punto de vista netamente turístico, existe una afectación al componente paisaje. Además, el que la ruta T-35 potencie o no el turismo en la zona, es independiente al efecto que se ha producido en el paisaje con la construcción del pretil.

163. Por otro lado, a través de la construcción del pretil y el efecto que éste ha tenido en la inundación de la playa, no sólo existe una consecuencia directa en el turismo de la zona y su valor paisajístico, sino que a su vez, se ve afectado el componente sociocultural del medio ambiente, toda vez que las personas de la zona y quienes conocían de esta playa, ya no tienen el espacio de recreación que poseían con anterioridad.

164. Al respecto, cabe señalar que los testigos Sr. Castillo, Sr. Saldívar y la Sra. Frychel, se encuentran contestes en cuanto a la previa existencia de la playa, y a la desaparición de ésta por efecto del río, mientras que los otros dos testigos no abordan este tema en la declaración, debido a que no se les realiza una pregunta directa sobre éste. A su vez, la interesada Sra. Torres, con fecha 11 de septiembre se excusa por su inasistencia a la declaración de testigos y en conjunto acompaña fotografías en las cuales se muestran las condiciones en la rivera antes, durante y después de la extracción masiva de áridos. Por su parte, durante la inspección personal, se constató el avance del río respecto de lo que antiguamente era una playa.

³⁹ Servicio de Evaluación Ambiental. Op. Cit. 15 p.

165. Finalmente, en cuanto a este punto el informe de BIDEMA N° 311/ 01099 antes citado, señala que

166. Por lo tanto, este Fiscal Instructor, puede concluir debido a la ponderación de toda esta prueba en conjunto, que existió una afectación de la playa que se encontraba aguas arriba del pretil, y que ésta tuvo como causa la construcción del pretil en cuestión, lo cual constituye una afectación del componente socio cultural del medio ambiente.

167. En cuanto a la prueba presentada por la Sra. Torres, OHL expresa en sus observaciones a la prueba que *"Todos estos documentos se objetan e impugnan, por faltos de autenticidad e integridad, toda vez que, consisten en fotografías simples, sin data emanadas de una interesada en el presente proceso sancionatorio, no constándole a esta parte su efectividad y no siendo aptos en ningún caso para acreditar los hechos que en ellos se alegan. Todos estos documentos carecen absolutamente de valor probatorio por lo que el Sr. Superintendente, no puede utilizarlos para acreditar los hechos controvertidos de la causa"*.

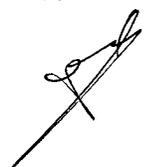
168. En relación a lo señalado por la empresa, cabe señalar por una parte, que este Fiscal Instructor ha llegado a la convicción de que se ha inundado la playa en análisis a través de la ponderación de la prueba en virtud de la sana crítica, no sólo por la presentación de la prueba impugnada por OHL, sino que por todos los antecedentes individualizados con anterioridad, que coinciden con la situación plasmada en las fotografías. En este sentido, incluso si se desestimara la prueba presentada por la interesada, este hecho se tendría por acreditado, por lo que se desechará el argumento esgrimido por Obrascon Huarte Lain S.A.

169. De este modo, si consideramos la suma de la afectación de todos los componentes del medio ambiente analizados con anterioridad, se puede afirmar que existe un daño producido al medio ambiente, en especial respecto a sus componentes suelo, paisaje y sociocultural, como también en menor medida al componente flora. Sin perjuicio de lo anterior, este daño no tiene las características que lo permitan calificar como un daño ambiental, debido a que no posee la significancia establecida en la Ley N° 19.300. No obstante lo anterior, se ponderará esta situación en el apartado relativo a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, con el objeto de determinar la sanción específica a la empresa.

170. En otro orden de ideas, en cuanto al riesgo a la salud de las personas invocado por los interesados, éste se derivaría de la posibilidad de caída de personas o construcciones al río producto de los socavones, especialmente, en los predios de la Sra. Frychel y del matrimonio del Sr. Castillo y la Sra. Insunza. Además, este peligro existiría respecto de los transeúntes del camino público que colindaba con el predio del Sr. Castillo. Este riesgo de caídas, se ha comprobado debido al avance de la socavación hídrica antes indicada, la cual terminó por destruir el invernadero que era propiedad del Sr. Castillo, lugar en donde habitan 4 personas, de acuerdo a lo declarado por esta persona.

171. Ahora bien, sin perjuicio de ser efectivo que ha existido un peligro de caídas, se debe tener presente que la probabilidad de que existieran estas caídas eran bajas, siendo el mayor riesgo generado el de la propiedad, respecto del cual esta Superintendencia no tiene las competencias para actuar.

⁴⁰ Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, Policía de Investigaciones de Chile. Op. Cit. 11 p.



172. Por su parte, cabe tener en consideración, el alcance que le ha dado nuestro ordenamiento jurídico al concepto “riesgo a la salud” y a su vez, la interpretación que han tenido otros organismos en la materia.

173. En este sentido, la Ley N° 19.300, en su artículo segundo no define el riesgo a la salud de las personas, pero nos entrega luces respecto de este concepto al definir contaminante como “*d) Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental (el destacado es nuestro)”.*

174. Este criterio es confirmado por esta Ley, en su artículo 11 literal a) que establece la procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental, en el caso de que se genere como efecto, característica o circunstancia un “*a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos (el destacado es nuestro)”.*

175. De esta manera, el concepto entregado por la Ley N° 19.300, tiene una estrecha relación con la presencia de un contaminante o agente. Así lo ha entendido el SEA, al expresar en su “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental Riesgo para la salud de la Población en el SEIA” que “*El riesgo al que se refiere el artículo 11, letra a), de la Ley N° 19.300 es el tipo de riesgo asociado a la presencia de contaminantes en el medio ambiente o riesgo por exposición a elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, agentes físicos (tales como energía, radiación, vibración, ruido), o una combinación de ellos*”.⁴¹

176. El SEA en el mismo documento ahonda respecto de esta acepción, expresando “*De acuerdo a lo ya señalado, la sola presencia de contaminantes en el ambiente no constituye necesariamente un riesgo para la salud de las personas. Para que se genere o presente riesgo para la salud debe existir una fuente contaminante, un receptor, que en este caso corresponde a una población humana, y la posibilidad de migración del contaminante hasta un punto de contacto con el receptor, es decir, una ruta de exposición completa o potencialmente completa (Figura 3). Si no hay posibilidad de contacto entre personas y contaminantes, no hay posibilidad de exposición y no hay riesgo para la salud de las personas*”⁴².

177. Por lo tanto, a pesar de existir un peligro de baja probabilidad para las personas, y a su vez, un riesgo para las propiedades de los denunciados, este peligro no constituye un riesgo significativo a la salud de las personas en los términos establecidos por nuestra legislación ambiental, por lo que no se puede clasificar como grave la infracción en análisis.

178. Así las cosas, se tendrá clasificada como leve la infracción N° 1, en atención a que no constituye una infracción gravísima o grave de acuerdo a lo previsto en el artículo 36 de la LO-SMA, sin perjuicio de la ponderación que se realice respecto del daño de importancia en la determinación de la sanción específica aplicable a esta infracción.

b) Cargo 2: Realizar extracción de áridos en una superficie mayor a la autorizada en la Resolución de Calificación Ambiental.

179. En relación a este hecho no se procederá a analizar su clasificación, debido a que se propondrá su absolucón en el apartado correspondiente, en virtud del razonamiento esgrimido en el capítulo relativo a la configuración de las infracciones.

⁴¹ Servicio de Evaluación Ambiental. Guía de Evaluación de Impacto Ambiental Riesgo para la salud de la Población en el SEIA. Santiago. 2012. 20 p.

⁴² Ibid.

c) **Cargo 3: No dar cumplimiento a las medidas provisionales decretadas mediante Resolución Exenta N° 1062.**

180. En la formulación de cargos se calificó este hecho como grave en virtud de la letra f) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, que prescribe que son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia.

181. Al respecto, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental ha dispuesto que *"Por lo tanto, en virtud de una interpretación coherente y sistemática, para que proceda la aplicación del criterio contenido en la letra f) del numeral 2°, se debe entender que no se trata de un mero "no acatamiento" -puesto ello ya está contemplado en la conducta tipificada en el artículo 35 letra j)- si no que exige que el mismo esté revestido de una cierta entidad, que en este caso está dada por la urgencia material de la instrucción, requerimiento o medida dispuesta por la SMA"*⁴³.

182. En el caso en cuestión, las medidas provisionales decretadas mediante la Resolución Exenta N° 1062 del Superintendente del Medio Ambiente correspondían a una medida urgente dispuesta por esta Superintendencia, al menos en razón a dos consideraciones: su oportunidad y las circunstancias de hecho que la fundan y que sustentaron su dictación, en virtud de la inminencia del daño al medio ambiente y riesgo a la salud de las personas.

183. De esta manera, el hecho de que esta medida provisional fuese decretada con anterioridad a la instrucción del presente procedimiento administrativo sancionatorio implica urgencia, toda vez, que el inciso tercero del artículo 48 de la LO-SMA prescribe que este tipo de medidas deberán ser dictadas de conformidad al artículo 32 de la Ley N° 19.880, el cual dispone en su inciso segundo que *"Sin embargo, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, **en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados**, podrá adoptar las medidas correspondientes. Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda (el destacado es nuestro)"*.

184. Además, las circunstancias del caso urgencia, debido a que el hecho que no se haya removido en el plazo establecido produjo que se continuaran generando socavones, no sólo en el corto plazo que transcurrió entre la inspección ambiental y la inspección de cumplimiento de la medida provisional, sino que también con posterioridad, especialmente en el invierno del año 2014.

185. Así, en el Informe de Fiscalización Medidas Provisionales se prescribe *"En la ribera sur del río Calle Calle, aguas arriba de la existencia del pretil, se mantiene el proceso de socavación hídrica el que origina una condición de riesgo para la salud de las personas, e integridad de propiedades ribereñas"*⁴⁴.

186. Por otro lado, estas circunstancias de dictación determinaron el tenor de la medida en análisis, del cual también se puede desprender la urgencia de ésta. Así, la medida de corrección, seguridad y control decretada mediante la Resolución Exenta N° 1062 del Superintendente del Medio Ambiente estableció un plazo de sólo 10 días corridos para la remoción del pretil o terraplén constatado, exigiendo la remisión de un informe a esta Superintendencia dentro de un plazo de 5 días hábiles desde el cumplimiento de la medida.

187. En este sentido, esta infracción se clasificará como grave de acuerdo a la letra f) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, por tratarse de un no acatamiento a una medida urgente decretada por esta Superintendencia.

⁴³ Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 26- 2014, sentencia de 17 de diciembre de 2014. Considerando 31°.

⁴⁴ Informe de Fiscalización Ambiental "Verificación de la Aplicación de Medidas Provisionales", DFZ-2013-1054-XIV-RCA-IA, Superintendencia del Medio Ambiente.

VIII. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA QUE CONCURREN A LAS INFRACCIONES.

a) **Rango de sanciones aplicables según gravedad asignada a cada infracción.**

188. El artículo 39 de la LO-SMA establece que la sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, en rangos que incluyen amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (en adelante, UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de las RCA. En este sentido, el literal b) de la citada disposición, establece que la sanción que corresponda aplicar respecto de las infracciones graves, puede ser revocación de la RCA, clausura o multa de hasta cinco mil UTA. Por su parte, el literal c) de ese artículo, dispone como sanciones para las infracciones leves amonestación por escrito o multa de hasta mil UTA.

189. La forma de determinar la sanción que se encuentre dentro del rango del artículo 39 letra b), es a través de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. De esta manera, en este capítulo, se abordará la aplicación de este artículo, presentando en primer lugar consideraciones generales respecto de la forma en que se determinan las sanciones, así como del contenido de cada una de las circunstancias que en virtud del mencionado artículo, corresponde considerar en el presente procedimiento. Luego, se presenta la forma en que cada circunstancia o criterio se ha aplicado al presente caso específico.

b) **Consideraciones generales respecto de la determinación de las sanciones.**

190. Como se ha mencionado con anterioridad, de acuerdo al artículo 39 de la LO-SMA, la gravedad de una infracción determina el rango de la sanción que debe ser aplicada, mientras que la determinación de la sanción específica que en cada caso corresponde aplicar se efectúa considerando las circunstancias o criterios señalados en el artículo 40 de la LO-SMA⁴⁵.

191. En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁴⁶ recomienda que la política sancionatoria de los Estados, en temas ambientales, debe respetar los siguientes principios básicos, con el objeto de constituirse como un instrumento efectivo: (i) que permita evitar futuros incumplimientos; (ii) que elimine cualquier beneficio económico asociado al incumplimiento; (iii) que las sanciones sean proporcionales a la naturaleza de la infracción y al daño causado; y (iv) que sea flexible y que considere distintas opciones para propender al cumplimiento. A pesar de las diferencias legales propias de cada país, estos principios básicos se han aplicado en políticas sancionatorias de Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Escocia, Colombia y Perú⁴⁷.

⁴⁵ El artículo 40 de la LO-SMA dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: *“a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; e) La conducta anterior del infractor; f) La capacidad económica del infractor; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”*.

⁴⁶ “Determination and application of administrative fines for environmental offences”, Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), 2009.

⁴⁷ “Penalty on civil policies”, Environmental Protection Agency (EPA), Estados Unidos, 1984; “Guidelines for implementing environmental penalties”, Ministry of the Environment and Climate Change, Ontario, Canadá, 2012; “Enforcement and sanctions – Guidance”, Environment Agency, Inglaterra y Gales, 2011; “Regulatory Reform (Scotland) Act 2014”, Scottish Environment Protection Agency (SEPA), Escocia, 2014; “Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental”, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Colombia, 2010; “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), Perú, 2013; “Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook”, International Network for Environmental Compliance and Enforcement (INECE), 2009.

192. Por su parte, la SMA tiene, entre otros objetivos, orientar la conducta de los sujetos regulados, promoviendo el cumplimiento y ejerciendo una función disuasiva respecto de la comisión de infracciones, de acuerdo a lo establecido en su propia ley orgánica. Bajo el marco normativo aplicable y, en relación a los modelos comparados, la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA se realiza a través de dos componentes que determinan la sanción específica que en cada caso corresponda aplicar:

(i) Un componente asociado al **beneficio económico obtenido con motivo de la infracción**, según lo indicado en la letra c) del citado artículo 40 de la LO-SMA, que incluye los costos evitados (gastos operacionales y de mantención no realizados), las ganancias asociadas a costos retrasados (beneficio derivado del uso alternativo del dinero no desembolsado, durante el período de retraso en cumplir con la normativa), y las ganancias ilícitas asociadas con el incumplimiento de la normativa, según corresponda. Este componente tiene por objeto colocar al infractor en la misma condición, en términos económicos, que aquellos sujetos regulados que cumplen con la normativa a cabalidad.

(ii) Un **componente de afectación**, cuyo objetivo es colocar al infractor en un escenario menos ventajoso, en términos económicos, que aquéllos que cumplen con la normativa. Este componente recoge el resto de las circunstancias indicadas en el artículo 40, tomando como base aquellas indicadas en las letras a), b), y h), las que están directamente vinculadas con la infracción y sus efectos sobre la salud y el medio ambiente, además de un criterio de importancia de la infracción en el marco de la letra i) del referido artículo 40. De esta forma, para un mismo nivel de afectación, se propone un mismo nivel de sanción. Por su parte, las circunstancias expresadas en las letras d), e), f) y g), que están relacionadas con el comportamiento y la condición del infractor, actúan como factores de ajuste que pueden aumentar o disminuir la base de este componente, para lo cual también se utilizan criterios adicionales, amparados en la letra i) del citado artículo, tales como, el nivel de cooperación durante el procedimiento, la adopción de medidas correctivas, y el tratarse de un sujeto calificado en relación a sus exigencias ambientales.

193. Así las cosas, teniendo en consideración lo anteriormente establecido, a continuación se pasará a analizar cada una de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA y su aplicación en el caso específico. Dentro de este análisis, se exceptuarán las letras g) y h) del artículo precitado, relativas al cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3° y al detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado, debido a que en el presente caso no se ha presentado un programa de cumplimiento, ni se ha ejecutado el proyecto en un área silvestre protegida.

c) Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40 letra a) de la LO-SMA).

i. Consideraciones generales.

194. La expresión “importancia” alude a un rango de magnitud, entidad o extensión del supuesto de hecho que se verifica en la respectiva infracción, que determinará la aplicación de sanciones más o menos intensas⁴⁸. En una primera revisión, la objetivación de esta cláusula parece un aspecto clave en orden a limitar la discrecionalidad en este punto.

195. Por otra parte, en relación al concepto de daño, es necesario precisar que el artículo 40 antes citado, alude únicamente a “daño causado”, a diferencia de otras disposiciones que se refieren expresamente a “daño ambiental”, como son los N° 1 letra a) y N° 2 letra a), ambas del artículo 36 de la LO-SMA. Por lo tanto, la remisión a este tipo de daño, de manera general, lleva a concluir que la circunstancia procede en todos los casos en que se estime exista un daño, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. De esta manera, la

⁴⁸ La referencia a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado parece vincularse con otro criterio frecuentemente utilizado en las normativas sancionatorias: la gravedad de la infracción. Indica Bermúdez que la mayor o menor gravedad de las infracciones no puede ser indiferente a la hora de imponer una sanción en concreto. BERMÚDEZ, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 191.

circunstancia aplica en todos los casos en que se constaten elementos o circunstancias de hecho de tipo negativo, tales como, impactos no compensados; perjuicios a terceros; desperfectos en las propias instalaciones del infractor; afectaciones a la salud y menoscabos al medio ambiente ya sean significativos o no, reparables o no reparables. Esto implica que la ley mandata a la SMA para que al momento de determinar el componente disuasivo de la sanción aplicable, ésta considere todo el espectro de consecuencias negativas que ha acarreado la infracción, y no solamente las que reciben la calificación jurídica de daño ambiental.

196. Ahora bien, en relación al concepto de “peligro”, corresponde decir que la Real Academia Española ha entendido por peligro el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”, o bien, “lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño”. El riesgo, a su turno, lo define como “contingencia o proximidad de un daño”. Cuando se habla de peligro, por tanto, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso.

197. Cabe manifestar, finalmente, que dado que en el caso del riesgo el resultado dañoso no ha llegado a concretarse, existe una evidente diferencia entre el “daño causado” y el “peligro ocasionado”, que se refleja primariamente en la propia calificación, contemplada en la letra b) del artículo 36 N° 2 sobre infracciones graves, esto es, riesgo significativo para la salud de la población. Podrá, asimismo, manifestarse a otros tipos de riesgos como por ejemplo, cuando se trate de uno de carácter no significativo, o a peligros materiales o ambientales. Luego, para la determinación del componente disuasivo de la sanción, la consideración del peligro ocasionado deberá guardar coherencia con la consideración del daño causado, en cuanto circunstancia que incrementa la sanción, siendo improcedente que la generación de peligro determine respuestas sancionatorias iguales o más intensas que la concreción del daño.

ii. Aplicación al caso específico

198. En el capítulo relativo a la clasificación de las sanciones respecto a la **infracción N° 1** se determinó que a pesar de no existir un daño ambiental susceptible de reparación que permitiera calificar como grave la infracción en cuestión, existía daño debido a la sumatoria de componentes del medio ambiente que fueron afectados a consecuencia de la construcción del pretil. Así se analizó desde el párrafo 150 hasta el 169 que existió una afectación respecto de los componentes suelo, paisaje, flora y sociocultural, que en conjunto constituyen un daño, que no tiene las características de significancia exigidas por la Ley 19.300.

199. De esta manera, el hecho de que la infracción N° 1 haya causado un daño, lleva a este Fiscal Instructor a considerarla una circunstancia que hace necesario incrementar el componente de afectación de la sanción específica que corresponde aplicar para esta infracción.

200. En relación a la **infracción N° 3**, se debe tener presente que en el caso de las medidas provisionales el análisis del daño o peligro de ocurrencia de éste, se debe realizar desde la perspectiva de lo que se pudo haber evitado a través del cumplimiento de la medida, debido al carácter urgente y cautelar que tienen éstas.

201. En este orden de ideas, sin perjuicio de que el daño de importancia se haya producido por la construcción del pretil, la no remoción de éste, aumentó la inminencia del daño que hasta el momento se había producido por la construcción de esta obra, lo cual implica que se ocasionó un peligro susceptible de convertirse en un hecho dañoso.

202. A mayor abundamiento, este peligro que no fue evitado y que aumentó la inminencia del daño, no sólo emana de un análisis de los hechos que se han configurado en el presente dictamen, sino que a su vez, se pudo constatar en la inspección personal realizada por este Fiscal Instructor, en la cual se observaron las obras ejecutadas por la DOH de la Región de Los Ríos, con el objeto de evitar que se continuaran produciendo los socavones hídricos y en consecuencia el daño al componente suelo del medio ambiente.

203. En este sentido, el peligro ocasionado en virtud de la infracción N° 3, lleva a este Fiscal Instructor a considerar esta circunstancia incrementando el componente de afectación de la sanción específica que corresponde aplicar a la infracción, de una forma menor a la de la infracción N° 1.

d) Número de personas cuya salud pudo afectarse (artículo 40 letra b) de la LO-SMA).

i. Consideraciones generales.

204. Esta circunstancia se vincula a la tipificación de las infracciones gravísimas y graves. En cuanto a las infracciones gravísimas, el artículo 36 N° 1, letra b), se refiere a los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y “hayan afectado gravemente la salud de la población”, mientras que la letra b) del N° 2 del mismo artículo, sobre infracciones graves, dice relación con los hechos, actos u omisiones infraccionales que “hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población”.

205. Sin perjuicio de lo anterior, la afectación a la salud establecida en el artículo 40 letra b) de la LO-SMA, debe entenderse en un sentido más amplio que el prescrito en el artículo 36 de la misma, debido a que no se señala si esta afectación tiene el carácter de significativa.

206. En este orden de ideas, la afectación concreta o inminente de la salud atribuida al comportamiento de un infractor determina la gravedad de la infracción, mientras que la entidad y cuantía de la sanción a aplicar será definida por el número de personas que pudieron verse afectadas, sin perjuicio de la clasificación que se asignó con anterioridad.

207. Por otra parte, esta circunstancia, al utilizar la fórmula verbal “pudo afectarse”, incluye a la afectación grave, al riesgo significativo y finalmente el riesgo que no es significativo para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas y también la generación de condiciones de riesgo.

ii. Aplicación al caso específico.

208. En relación a esta circunstancia, cabe manifestar de acuerdo a lo establecido en el apartado relativo a la clasificación de los hechos, que el peligro ocasionado a la propiedad y el riesgo de lesiones de la población, no constituye una afectación a la salud significativa, pero sí, un riesgo a la salud de la población en un sentido amplio.

209. Respecto de ambas infracciones, existió un potencial peligro respecto de la Sra. Karen Frychel, el Sr. Luis Castillo, la Sra. Claudia Insunza, y los dos hijos de los últimos. Sin embargo, en el primer hecho este riesgo se concretó a través de la construcción del pretil, mientras que en el tercero, mediante el aumento del peligro que se intentó disminuir a través de la dictación de la medida provisional.

210. De este modo, la posible afectación de las cinco personas antes mencionadas, lleva a este Fiscal Instructor a considerar esta circunstancia incrementando el componente de afectación de la sanción específica que corresponde aplicar a ambas infracciones.

e) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (artículo 40 letra c) de la LO-SMA).

i. Consideraciones generales

211. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha

podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento en los ingresos, o por una disminución en los costos, o una combinación de ambos. En este sentido, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de tres componentes: el beneficio asociado al retraso en incurrir en los costos de cumplimiento; el beneficio asociado a los costos evitados por motivo del incumplimiento, y por último; el beneficio asociado a los ingresos derivados de una actividad ilegal.

212. El componente relativo al beneficio asociado al retraso en incurrir en los costos de cumplimiento considera la estimación del beneficio derivado del uso alternativo del dinero no desembolsado, durante el período de retraso en cumplir con la normativa. Se determina sobre la base del retraso en la realización de inversiones en capital y el incurrir en costos no recurrentes y no depreciables, necesarios para el cumplimiento de las exigencias. Su cálculo se basa en las estimaciones de la variación en el flujo de caja financiero que significa para el infractor el incurrir en los costos no recurrentes y no depreciables, y en las inversiones necesarias para cumplir con las exigencias, tanto en el escenario de cumplimiento a la fecha debida (escenario de no cumplimiento⁴⁹), como en el de cumplimiento en una fecha posterior (escenario de cumplimiento⁵⁰). El beneficio económico del infractor estará dado por la diferencia entre los valores presente asociados a cada uno de estos dos escenarios. Cabe señalar, que en este caso para efectos del cálculo se asume que el infractor incurrirá en dichos gastos o inversiones en una fecha determinada, la cual puede ser con posterioridad a la fecha de resolución de término del procedimiento administrativo sancionatorio.

213. Por su parte, el componente vinculado con el beneficio asociado a los costos evitados por motivo del incumplimiento considera el ahorro económico que el infractor obtiene gracias al incumplimiento. Se define en relación con aquellos costos que el infractor evitó completamente durante el período de incumplimiento, como son los costos de operación y mantenimiento de las inversiones necesarias para el cumplimiento con la normativa. Asimismo, las inversiones en capital y costos no recurrentes y no depreciables en los casos en que estos no fueron simplemente retrasados, sino que no se ha dado, ni se dará cumplimiento a la normativa, deben ser considerados como costos evitados. Su cálculo se basa en la estimación del valor presente asociado a los costos en que el infractor debió incurrir durante todo el período de incumplimiento, los cuales corresponden a un ahorro económico por parte del infractor.

214. Para estimar el beneficio asociado a los costos indicados en los dos numerales anteriores, la SMA contempla los ajustes correspondientes por inflación y tipo de cambio, así como los efectos asociados al pago de impuestos⁵¹. En el caso del beneficio por costos retrasados se estima el valor presente asociado al escenario de no cumplimiento (cumplimiento a tiempo) y el valor presente del escenario de cumplimiento (cumplimiento con retraso), siendo el beneficio económico el valor correspondiente a la diferencia de los valores presente de ambos escenarios, capitalizado a la fecha de pago de la multa. Para realizar este cálculo, en el caso de una organización con fines de lucro, se utiliza una tasa de descuento o capitalización que refleja *el valor del dinero en el tiempo* para el infractor. La SMA utiliza para ello una tasa promedio por sector de actividad económica, sobre la base del supuesto de asimilar dicha tasa de descuento al "*promedio ponderado de costo de capital*"⁵², calculado para diversas empresas con cotización bursátil del mismo rubro, en base a la información publicada por estas empresas, disponible en sus sitios web, y entregada a la Superintendencia de Valores y Seguros. Para la estimación del beneficio económico asociado a costos evitados, el cálculo es similar, sin contemplar en este caso la diferencia de valores presente asociados a los dos escenarios mencionados, dado que el único escenario existente es el de no cumplimiento.

⁴⁹ Se denomina escenario de no cumplimiento debido a que el infractor no cumplió con la normativa en esta fecha, debiendo hacerlo en conformidad a ella.

⁵⁰ Escenario en el cual efectivamente se da cumplimiento a la exigencia asociada a la normativa en una fecha determinada.

⁵¹ Al no incurrir en un determinado costo en una fecha determinada, el infractor obtiene un ahorro económico, pero a su vez, deja de obtener el beneficio asociado a la reducción de la base imponible que hubiese existido a partir de ese costo, ya sea por el monto del mismo, o por la depreciación de los activos en el caso de inversiones en capital.

⁵² Conocido también como WACC, por su sigla en inglés para Weighted Average Cost of Capital.

215. Por último, el componente relacionado con el beneficio asociado a los ingresos derivados de una actividad ilegal considera el incremento de las ganancias que el infractor obtiene a partir de un aumento en los ingresos, el cual ha sido derivado de una infracción a la normativa. Así, pueden distinguirse, al menos, cuatro categorías de beneficios por ganancias ilegales: i) Beneficios asociado a la obtención de participación de mercado adicional; ii) Beneficio asociado a la venta de productos o servicios prohibidos por la ley; iii) Beneficio asociado a construcción u operaciones que no cuentan con los permisos correspondientes por parte de la autoridad; iv) Beneficio asociado a una operación por sobre la capacidad permitida.

ii. Aplicación al caso específico

216. En el caso de la **infracción N° 1**, se han visualizado múltiples beneficios económicos para la empresa, si se tiene en cuenta, tanto el uso que la BIDEMA establece que se le otorgó al pretil de evitar el ingreso del agua al cauce⁵³, como el uso que la empresa afirma en el recurso de protección relativo a un camino alternativo para acceder a la Isla⁵⁴. En este sentido, evitando el ingreso de agua al cauce, OHL pudo haber extraído en el sector de extracción Isla Matamala de una forma más rápida. Por su parte, si se utilizó el pretil como un camino alternativo, se pudieron haber evitado accidentes, en caso de que el otro camino hubiese implicado dificultades, como también pudo haber existido un ahorro de combustible derivado de la menor distancia recorrida, en comparación con que se dispuso en la evaluación ambiental.

217. Sin perjuicio de lo anterior, respecto de esta infracción no se calculará el beneficio económico, debido a que en lo relativo al uso del pretil como camino alternativo, éste se utilizó principalmente para extraer en el sector Matamala, cuya extracción se realizó con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Superintendencia. Por otro lado, en el caso de la utilización del pretil para disminuir el ingreso de agua, existen muy pocos datos para poder calcular el beneficio de obtener ganancias de forma previa a la prevista, y a su vez, en caso de que se contara con éstos, el nivel de ganancias sería muy marginal.

218. En el caso de la **infracción N° 3**, existieron costos evitados, como los son todos los costos en los que debió haber incurrido la empresa para dar cumplimiento a la medida provisional, constituidos por la destrucción del pretil, la elaboración de un informe sobre el estado de cumplimiento de la medida, y la implementación de un monitoreo cada 5 días remitiendo un informe respecto de cada uno de estos, por un período de 30 días.

219. Respecto de la destrucción del pretil el costo evitado se calculó en base valor de mercado del uso de maquinaria para la destrucción de un pretil de características similares a las cuales se constataron en la inspección ambiental de 4 y 9 de septiembre de 2013, teniendo en cuenta la maquinaria y los trabajadores que se requieren para una labor de estas características. Por su parte, en el cálculo del costo evitado en virtud de los informes que no se presentaron, el cálculo se efectuó en base a las horas que se requerían para que un trabajador realizara cada uno de éstos. En este sentido, para el informe de cumplimiento de la medida se estimaron 20 horas de trabajo, por parte de un consultor ambiental junior, mientras que en los reportes cada 5 días, se consideró media jornada de trabajo.

220. Cabe tener presente que para esta operación se utilizó una tasa de descuento de 16,34%, correspondiente al rubro de la construcción. Además, se ha propuesto como fecha de pago estimada de multa el 30 de diciembre de 2014.

221. Así las cosas, en la tabla N° 1, se muestran los resultados relativo al beneficio económico que se ha estimado que aplica respecto a ambas infracciones analizadas:

⁵³ Brigada Investigadora de Delitos Contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, Policía de Investigaciones de Chile. Informe Policial N° 311/ 01099. Valdivia. 29 de agosto 2014. 11 p.

⁵⁴ Corte de Apelaciones, Rol 220-2014, sentencia de 22 de mayo de 2014, Vistos.

Tabla N°1: beneficio económico relativo a infracciones que contemplan costos retrasados y/o evitados.

Materia constitutiva de infracción	Costo retrasado [UTA]	Costo evitado [UTA]	Fecha de cumplimiento a tiempo	Fecha de cumplimiento con retraso	Beneficio económico [UTA]	Beneficio económico [UTA]
1. Construir un pretil a base de piedras, generando como efecto la modificación del cauce del Río Calle Calle en la ribera sur de éste y causando socavación hídrica en propiedades ubicadas a 100 metros del lugar.	0	0	28-12-2012	-	0	0
3. No dar cumplimiento a las medidas provisionales decretadas mediante Resolución Exenta N° 1062.	0	13	01-10-2013	-	13	13

f) **La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (artículo 40 letra d) de la LO-SMA).**

i. Consideraciones generales

222. La intencionalidad al no ser un elemento necesario para la configuración de la infracción actúa en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la LO-SMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar en cada caso.

223. En efecto, a diferencia de como se ha entendido en Derecho Penal, donde la regla general es que se exija el dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el Derecho Administrativo Sancionador⁵⁵, no exige como requisito o elemento de la infracción administrativa, la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo más allá de la mera negligencia. Lo anterior, se debe, a que la extrapolación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador en materia de intencionalidad –identificada en el principio de culpabilidad- permite relacionarla con un deber de diligencia.

⁵⁵ Al respecto, la doctrina española se ha pronunciado, señalando que "En el Código Penal la regla es la exigencia de dolo de tal manera que sólo en supuestos excepcionales y además tasados, pueden cometerse delitos por mera imprudencia (art. 12). En el Derecho Administrativo Sancionador la situación es completamente distinta puesto que por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción". En NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador". 4ª Edición. Ed. Tecnos, 2008. 391 p.

224. En este sentido, se ha entendido que la intencionalidad contiene en sí misma, tanto el conocimiento de la obligación, contenida en el instrumento normativo, como también, de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos. Es decir, habrá intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como la antijuricidad asociada a dicha contravención.

225. En un primer nivel de análisis, tenemos que en el caso de la legislación ambiental, existen instrumentos de gestión ambiental, en virtud de los cuales se establecen obligaciones, condiciones, límites, requisitos, exigencias o prohibiciones, dependiendo del instrumento de que se trate. Dentro de estos instrumentos, es posible distinguir las resoluciones de calificación ambiental, las cuales se construyen a instancias y con participación directa del sujeto regulado que desarrolla una actividad o proyecto de aquellos que deben ser previamente evaluados en el SEIA. Tales sujetos normalmente disponen de una organización sofisticada que les permite afrontar de manera especializada, idónea y oportuna la gestión ambiental de su proyecto. Respecto de estos regulados, considerados en virtud de lo anterior como sujetos calificados, es posible atribuir un pleno conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos, en un grado mayor en relación a aquéllos que no cuentan con estas características, pues se encontraban en mejor posición para evitar las infracciones que hubieran cometido.

226. En relación al sujeto calificado en el marco del SEIA, cabe indicar, que éste activa el procedimiento, propone su proyecto, participa en la tramitación como actor principal, tiene diversas oportunidades para requerir aclaración o rectificación, y por tanto, tiene completa certeza de cuáles son las normas, condiciones y medidas de su RCA⁵⁶. El regulado, obtiene una autorización que fija los términos de su ejercicio, que son considerados fundamentales para la protección del bien jurídico medio ambiente. De esta forma, dichos sujetos son colocados en una especial posición de obediencia, respecto a determinados estándares estrictos de diligencia, en razón de los bienes jurídicos que protege la legislación administrativa ambiental.

227. En consecuencia, en un primer nivel, la intencionalidad en la atribución de la comisión de la infracción, implica determinar el sujeto responsable del cumplimiento del instrumento de gestión ambiental, así como el tipo de sujeto de que se trate, de acuerdo a sus características.

228. Por su parte, en un segundo estadio de análisis, corresponde determinar en qué medida el sujeto, ya sea calificado o no, de acuerdo al análisis anterior, estuvo en posición de representarse la antijuricidad de su conducta respecto de la infracción en particular caso a caso. Con tal objetivo corresponde considerar, tanto la naturaleza y características específicas de la infracción de que se trate, así como los antecedentes que consten en el procedimiento sancionatorio.

229. Asimismo, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde a la empresa y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas. Sobre este último punto, no corresponde extenderse en el presente dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde a la empresa y responsable del proyecto.

ii. Aplicación al caso específico

230. En atención a lo señalado en los párrafos precedentes, para determinar la intencionalidad de la empresa en la comisión de ambas infracciones, se debe analizar si estas conductas se realizaron teniendo un conocimiento tanto de la obligación, como de sus alcances o consecuencias jurídicas.

⁵⁶ En el mismo sentido se ha pronunciado el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia de 3 de marzo de 2014, dictada en causa Rol R-6-2013.



231. Al respecto, cabe señalar que Obrascon Huarte Lain S.A. es un sujeto calificado, debido a que sin perjuicio de contar con solo una RCA favorable, cuenta con los recursos para ser asesorada por profesionales especializados, consultoras y personal del más alto nivel interiorizados en el SEIA. A su vez, la empresa es una experta en el negocio de la construcción, contando con la experiencia, recursos, proveedores, conocimiento técnico, acceso a mercado de consultores especializados, entre otros, que la dejan en una posición incomparable para el cumplimiento de la normativa. Además, este conocimiento del rubro permite un control de todos los efectos e impactos que ocurren con ocasión del proyecto. Por último, cabe tener en consideración que Obrascon Huarte Lain S.A. es filial de la empresa del mismo nombre que tiene base en España, teniendo operaciones en África, Europa, América, Oceanía y Asia, lo cual aumenta aún más su comprensión del rubro.

232. De esta manera, si analizamos la primera **infracción N° 1**, al ser un sujeto calificado, OHL conocía cada una de las obligaciones que estaban contenidas en la RCA N° 52/2013, o al menos tenía los medios para conocerlas e interiorizarlas. A su vez, OHL se encontraba en condiciones de conocer la normativa ambiental y en especial aquella relativa al Sistema de Evaluación Ambiental.

233. Por su parte, si examinamos las características del caso en cuestión, la empresa, además, se encontró en una posición de representarse la antijuridicidad de su conducta respecto de esta infracción en particular, toda vez que tuvo o al menos debió haber tenido conocimiento de que se iba a construir un pretil en la zona, y no declaró esta situación en la evaluación ambiental del proyecto.

234. En cuanto a la **infracción N° 3**, se debe tener presente, que la interiorización de una medida provisional, es de menor complejidad que el conocimiento cabal de una RCA, en la cual el número de exigencias y compromisos es mucho mayor. Por lo tanto, no es necesario ser sujeto calificado para poder entender una de estas medidas. Así, en el presente caso, la Resolución Exenta N° 1062, dispuso sólo dos obligaciones de fácil comprensión, por una parte, remover el pretil o terraplén, informando a la Superintendencia del cumplimiento de dicha acción, y por otra, la de implementar un monitoreo durante 30 días, de lo cual no cabe más que concluir que OHL tenía pleno conocimiento.

235. A su vez, OHL presentó un recurso de reposición en contra de la Resolución que decretó la medida, para lo cual se requiere de una interiorización de las medidas que se están reponiendo, tanto respecto de su alcance como de los argumentos fácticos y jurídicos en los que se funda.

236. Ahora bien, en cuanto a la circunstancia de que Obrascon Huarte Lain S.A. haya estado en una posición de representarse la antijuridicidad de su conducta, se debe tener presente que ésta sin perjuicio de haber construido el pretil, una vez rechazado el recurso de reposición, no ejecutó la medida en análisis, justificando su inobservancia de la medida, negando la construcción ya acreditada, y señalando que no contaba con los permisos sectoriales, ni de los propietarios de los terrenos para cumplir con la medida prescrita. No obstante, cabe señalar que la empresa no realizó ninguna gestión con el objeto de obtener estos permisos para al menos intentar cumplir con la medida. A mayor abundamiento, en el momento en que se requirió un informe que expresara las acciones realizadas para dar cumplimiento a la Resolución Exenta N° 1062, OHL no entregó ninguna información que permitiera dar luces de un actuar diligente o proclive a cumplir con la decisión del Superintendente.

237. En consecuencia, teniendo en consideración lo expuesto con anterioridad, es de opinión de este Fiscal Instructor que Obrascon Huarte Lain S.A. actuó de manera intencional en la comisión de la **infracción N° 1 y N° 3**, por lo que la graduación de la sanción específica correspondiente a ambas infracciones deberá ser efectuada de un modo más severo, aumentando la cuantía de la misma.

de la LO-SMA). **g) Conducta anterior del infractor (artículo 40 letra e)**

i. Consideraciones generales

238. La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente, de la unidad de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio. Para ello se hace necesario hacer una revisión de los procedimientos sancionatorios incoados en periodos recientes, en el marco del seguimiento de las RCAs de la unidad del proyecto o instalación, y la normativa ambiental objeto de los cargos del procedimiento, a fin de determinar si se requiere aumentar el componente disuasivo, penalizando con mayor fuerza al infractor que mantiene un historial negativo de cumplimiento.

ii. Aplicación al caso específico

239. Al respecto, cabe señalar que Obrascon Huarte Lain S.A. no cuenta con infracciones de carácter ambiental asociadas a la RCA N° 52/2013 por lo que no será considerada esta circunstancia a la hora de determinar la sanción específica respecto de cada una de las infracciones imputadas a la empresa.

f) de la LO-SMA). **h) Capacidad económica del infractor (artículo 40 letra**

i. Consideraciones generales

240. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española a propósito del Derecho Tributario, como 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 Pública⁵⁷. De esta manera, la capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción, debido a que la desproporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor puede tornar ilusoria e inútil la sanción. De esta forma, mientras una elevada sanción atribuida a una infracción gravísima podría ser ejecutada y cumplir su finalidad de prevención especial, en el caso de una pequeña empresa podría suponer el cierre del negocio y no ser efectiva.

ii. Aplicación al caso específico

241. En este caso, de acuerdo a estimaciones realizadas por el Servicio de Impuestos Internos, en base a información tributaria autodeclarada al año 2012, Obrascon Huarte Lain S.A. corresponde a una empresa de gran tamaño tipo 4, el mayor dentro del rango establecido por dicho Servicio. En este sentido, la empresa tiene una capacidad de pago del total de la multa que corresponda aplicar, por lo que esta circunstancia será considerada para determinar la sanción específica respecto de cada infracción.

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción (art. 40 letra i).

242. En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios que, a juicio fundado, se estimen relevantes para la determinación de la infracción. En general, esta Superintendencia ha estimado relevante aplicar los siguientes criterios o circunstancias en la determinación de la sanción: la cooperación eficaz en el procedimiento y la conducta posterior a la infracción.

⁵⁷ CALVO Ortega, Rafael, *Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General*, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "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.

i. Cooperación eficaz en el procedimiento, en el marco de la aplicación de la letra i) del artículo 40.

243. En relación a este criterio, cabe señalar que se trata de una circunstancia que debe analizarse en relación al infractor, y luego aplicarse a la determinación del componente de afectación de la sanción, a cada hecho constitutivo de infracción.

244. En términos generales, la colaboración o cooperación con la Administración como circunstancia a considerar en el establecimiento de las sanciones, dice relación con aquel comportamiento o conducta del infractor que permite el conocimiento o esclarecimiento de los hechos que motivan el procedimiento por parte de las Autoridades.

245. El reconocimiento de esta circunstancia en la determinación de las sanciones, se vincula al principio de eficiencia que debe observar la Administración en la utilización de los medios públicos, más que a la respuesta que merece la infracción en el caso concreto. En este sentido, esta colaboración debe ser eficaz, esto es, que la información o antecedentes proporcionados por el infractor, deben permitir esclarecer la existencia, circunstancias o efectos de la infracción, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la infracción, si corresponde. La eficacia de esta cooperación, por tanto, se relaciona íntimamente con la utilidad real de la información o antecedentes, y no con la mera intención colaborativa del infractor.

246. En el presente caso, como fue mencionado con anterioridad, con fecha 2 de septiembre de 2014, a través de la Res. Ex. N° 2/Rol F-055-2014, se requirió la siguiente información a la empresa:

- a. Informe elaborado por la Dirección de Obras Hidráulicas, titulado "Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue".
- b. Informe verificable respecto del volumen de extracción efectivo en los sectores de extracción "sector matamala" e "isla matamala".
- c. Informe relativo a si se explotó en el sector de extracción denominado "ampliación matamala".
- d. Informe sobre el uso que se le otorgó al pretil, precisando si este se utilizó como un camino alternativo para acceder a las zonas de extracción o como una barrera de protección para acelerar proceso de extracción de áridos.
- e. Informe de acciones que se tomaron ante la dictación de la medida provisional.
- f. Coordenadas de extracción efectivas del cuadrante del sector de extracción denominado "isla matamala".

247. Para precisar la manera de entrega de esta información el 4 de septiembre de 2014, mediante Res. Ex. N° 3/ Rol F-055-2014, se fijó e instruyó el modo de entrega de la información requerida el 2 de septiembre de 2014, estableciéndose un plazo de 5 días hábiles. En contra de esta resolución, el 9 de septiembre de 2014, OHL presentó un recurso de reposición, el cual se resolvió con fecha 16 de septiembre, por medio de Res. Ex. N° 5 / Rol F-055-2014, acogiendo, otorgando a la empresa todo el término probatorio para la entrega de la información requerida.

248. Sin perjuicio de lo anterior, Obrascon Huarte Lain S.A. no entregó la información en cuestión dentro del término probatorio, lo cual demuestra el fin dilatorio con el cual se interpuso el recurso de reposición analizado. Este fin dilatorio, deviene no por el solo hecho de reponer un acto administrativo, sino que se observa en la circunstancia de que a pesar de

obtener un plazo de 30 días hábiles para presentar la información, no hizo entrega de ésta en el término que la misma empresa solicitó.

249. Por su parte, incluso si esta reposición no hubiese sido dilatoria, existe una falta de cooperación eficaz, debido a que la empresa al omitir entregar información solicitada no colabora en el esclarecimiento de los hechos objeto de la formulación de cargos, así como de las circunstancias aplicables o de los efectos de la infracción.

250. Esta falta de cooperación, a su vez, se puede observar en la respuesta al requerimiento de información realizado el 16 de octubre del presente año, a través de la Res. Ex. N° 7/Rol F-055-2014, en la cual no se entrega el presupuesto respecto a la desmantelación del pretil, datos que la empresa pudo a lo menos haber estimado, al contar con la información relativa a la destrucción del pretil utilizado en otra de las zonas de extracción correspondientes al proyecto de la RCA N° 52/2013. Por otro lado, se entregan datos relativos a la generalidad del proyecto, pero no respecto del sector de extracción en análisis, lo cual impide determinar con claridad el beneficio económico obtenido por la empresa a través de la infracción.

251. Una situación similar se produce respecto de la presentación de observaciones a la prueba por parte de OHL, quien solicita ampliación de plazo para formular éstas respecto de la carpeta investigativa de la Fiscalía Local de Valdivia, RUC 1300852706-1, solicitud que fue otorgada, concediéndole el máximo legal, plazo en el cual no se realizó ninguna observación.

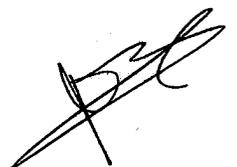
252. De esta manera, al menos en dos ocasiones, la empresa ha ejercido acciones o recursos dentro del procedimiento administrativo, con el objeto de ampliar los plazos, sin embargo una vez concedidas sus peticiones, no entrega la información requerida o realiza las observaciones a la prueba en el plazo ampliado, maniobras claramente dilatorias.

253. Por tanto, este Fiscal Instructor concluye que, la empresa no ha colaborado eficazmente con esta Superintendencia en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, dado que no ha entregado información suficiente para esclarecer los hechos, y a su vez, determinar las circunstancias y efectos de las infracciones, y que a mayor abundamiento ha realizado maniobras dilatorias durante este procedimiento, por lo que esta conducta será considerada para el aumento del componente de afectación de la sanción específica a aplicar respecto de ambas infracciones.

ii. Conducta posterior del infractor, en el marco de la aplicación de la letra i) del artículo 40.

254. La SMA ha asentado el criterio de considerar en la determinación de la sanción específica, la conducta del infractor posterior a la comisión o detección de la infracción. Este criterio apunta a la consideración de las medidas que adopte la empresa, tras la infracción o la detección de ésta en orden a corregir los hechos que la configuran, así como a reducir o eliminar sus efectos, o a evitar que se produzcan nuevos daños. Su consideración en la graduación de las sanciones, tiene sentido en un esquema de incentivo al cumplimiento y de protección del medio ambiente. Asimismo, su aplicación se justifica con arreglo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

255. Sin perjuicio de lo anterior, Obrascon Huarte Lain S.A., no ha acreditado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, la adopción de ninguna medida que tenga por objeto corregir los hechos que configuran la infracción, reducir o eliminar sus efectos, o evitar que se produzcan nuevos daños. Por tanto, esta circunstancia no será considerada al momento de determinar la sanción específica aplicable a cada una de las infracciones configuradas.



IX. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

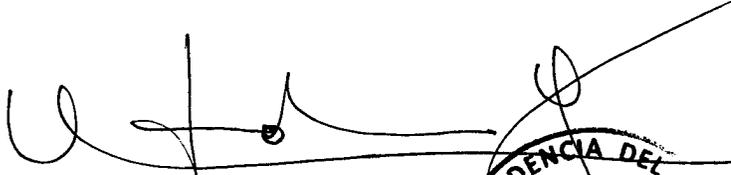
256. En virtud del análisis realizado en el presente dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá las siguientes sanciones que a juicio de este fiscal instructor corresponde aplicar a Obrascon Huarte Lain S.A.

257. **Se propone una multa de 358 UTA**, respecto a la infracción N° 1, correspondiente a *“Construir un pretil a base de piedras, generando como efecto la modificación del cauce del Río Calle Calle en la ribera sur de éste y causando socavación hídrica en propiedades ubicadas a 100 metros del lugar”*.

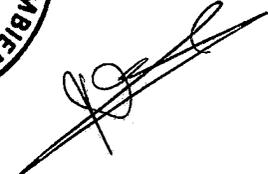
258. **Se propone la absolución** respecto del cargo N° 2, consistente en *“Realizar extracción de áridos en una superficie mayor a la autorizada en la Resolución de Calificación Ambiental”*.

259. **Se propone una multa de 273 UTA**, respecto de la infracción N° 3 correspondiente a *“No dar cumplimiento a las medidas provisionales decretadas mediante Resolución Exenta N° 1062”*.

260. Finalmente, a falta de competencias para ordenar la destrucción del pretil analizado en el presente dictamen, se propone oficiar a la DOH de la Región de Los Ríos y a la Dirección General de Aguas de la misma región, con el objeto de que tomen las medidas pertinentes que se encuentren dentro de sus competencias.


Federico Guarachi Zuvic
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente


SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
DIVISIÓN DE SANCIÓN Y CUMPLIMIENTO



Rol N° F-055-2014