



Superintendencia
del Medio Ambiente
Gobierno de Chile



MCPS

**DICTAMEN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-013-2014**

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; el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente (en adelante NRSEIA); 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); y el Decreto Supremo N° 46, de 2002, del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia que Establece Norma de Emisión de Residuos Líquidos a Aguas Subterráneas (en adelante, D.S. N° 46/2002).

II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DEL PROYECTO

2. El presente procedimiento administrativo sancionatorio se inició en contra de Cal Austral S.A. (en adelante, la empresa o Cal Austral, indistintamente), Rol Único Tributario N° 99.529.170-3, representada por Mark Rookes, como titular del proyecto "Acopio de Conchas y Planta de Cal Agrícola Chiloé", calificado ambientalmente favorable mediante la Resolución Exenta N° 219, de 8 de Marzo de 2007 (en adelante, RCA N° 219/2007), de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, en adelante COREMA X Región.

3. El proyecto "Acopio de Conchas y Planta de Cal Agrícola Chiloé", consiste en la instalación de una planta productora de cal agrícola que utiliza como materia prima las conchas de moluscos generadas en plantas de procesamiento de mariscos localizadas en la Provincia de Chiloé. Estas conchas, se acumulan en áreas de acopio definidas al interior del predio donde se desarrolla el Proyecto, para luego ser secadas, molidas y ensacadas.

III. ANTECEDENTES

4. Con fecha 18 de marzo de 2013, el presidente del Consejo Municipal de la Municipalidad de Castro, solicitó una fiscalización a esta Superintendencia para constatar malos olores en el proyecto en cuestión. A su vez, el 5 de abril de 2013, la Secretaría Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos (en adelante, Seremi de Salud X Región), informó de una denuncia realizada por el mismo Consejo ante este órgano.

5. Con posterioridad, el 10 de abril de 2013, se presentó ante el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos (en adelante, SEA X Región), una denuncia por parte de la Ilustre Municipalidad de Castro, con el objeto canalizar las denuncias realizadas a la Dirección de Medio Ambiente y al Consejo Municipal de dicha comuna, relativas a las emanaciones de malos olores provenientes de la Planta de Cal Austral S.A. El documento en cuestión fue remitido a la Superintendencia de Medio Ambiente con fecha 12 de abril de 2013.

6. En este contexto, mediante Formulario de Solicitud de Actividades de Fiscalización Ambiental N° 45, se solicita a la División de Fiscalización la ejecución de una inspección ambiental en el proyecto "Acopio de Conchas y Planta de Cal Agrícola Chiloé".

7. Así las cosas, con fecha 11 de junio de 2013, funcionarios de la Seremi de Salud encomendados por esta Superintendencia, llevaron a cabo actividades de inspección ambiental en las instalaciones del proyecto de "Acopio de Conchas y Planta de Cal Agrícola Chiloé". Esta fiscalización tuvo como objetivo la verificación del cumplimiento de las exigencias relativas a las emisiones atmosféricas, emisiones de olores molestos, manejo de residuos y manejo de aguas lluvias, todas contenidas en la Resolución de Calificación Ambiental N° 219/2007.

8. Paralelamente, con fecha 29 de julio de 2013, el Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Dalcahue, presenta ante la Secretaría Regional de Medio Ambiente de la Región de Los Lagos (en adelante, Seremi del Medio Ambiente X Región), una denuncia y canalización de inquietudes de la Junta de Vecinos de Puacura, el Comité de Agua La Posca Puacura, el Club Deportivo El Sol de Astilleros y la Junta de Vecinos Los Maitenes de Punahuel. En este Ordinario se expresa que funcionarios de dicha Municipalidad asistieron al lugar del proyecto y pudieron observar que la planta ha aumentado su producción, que puede existir una filtración de percolados al río al existir agua turbia espumosa muy cercana al borde del río y que se consta una capa de lodo de 10 centímetros, que produce polvo en el verano y genera desbordes y derrumbamientos con la lluvia durante el invierno.

9. A su vez, con fecha 2 de marzo de 2014, el prosecretario de la Cámara de Diputados pone en conocimiento del Ministerio de Salud, el requerimiento de la diputada Jenny Álvarez Vera, quien solicita un informe respecto a las fiscalizaciones realizadas por la Autoridad Sanitaria en la operación de Planta Cal Austral. Este informe es emitido y enviado, con fecha 24 de abril de 2014, por la Ministra de Salud, enviando todos los antecedentes del caso al presidente de la Cámara de Diputados, y entregando una copia de esta respuesta a la Superintendencia de Medio Ambiente, con fecha 8 de mayo del mismo año.

10. Por otra parte, mediante Memorandum N° 184, de 26 de junio de 2014, de la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, se procedió a designar a Federico Guarachi Zuvic como Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Leslie Cannoni Mandujano como Fiscal Instructora Suplente.

11. De este modo, sobre la base del Informe de Fiscalización, con fecha 27 de junio de 2014, mediante Res. Ex. N° 1/ Rol D-013-2014, se formulan los siguientes cargos en contra de Cal Austral S.A.:

Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
<p>1. No cubrir la totalidad de las pilas de acopio de conchas con polietileno.</p>	<p>RCA N° 219/2007 considerando 3.3. <i>"[...] Etapa 1- Acopio de Conchas de Mariscos [...] En la medida que la celda se vaya llenando con conchas, estas se cubrirán con una cubierta plástica de polietileno grueso, sujetas con neumáticos o algún otro elemento similar. Esta cubierta permitirá, por una parte, impedir el ingreso de aguas lluvias a los acopios de conchas, y por otro lado evitar que avifauna local (gaviotas, tordos, etc.) pueda acceder a los acopios y extraer conchas desde estos."</i></p> <p>RCA N° 219/2007 considerando 8.1. <i>"[...] En relación a las emisiones a la atmósfera producto de la descomposición de los restos orgánicos que pudieran traer las conchas o conchillas las cuales se depositarán en la cancha de acopio, el proyecto contempla cubrirlas con polietileno (plástico) a fin de no tener contacto con el agua (lluvia) para no generar percolados y además evitar que se produzcan emanaciones de olores molestos, en caso de producirse la empresa deberá tomar las acciones pertinentes a fin de no generar molestias en el entorno. El plástico que se cubrán (sic) las conchas deberá estar debidamente asegurado a fin de cubrir efectivamente toda el área donde se</i></p>

Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
2. Recepcionar conchas que contienen restos orgánicos, generando olores y presencia de avifauna local.	<p><i>contempla depositar conchas."</i></p> <p>RCA N° 219/2007 considerando 3.3. <i>"[...] Etapa 1- Acopio de Conchas de Mariscos [...] Se exigirá contractualmente a las plantas procesadoras de mariscos que las conchas se entreguen limpias de restos de carne. De lo contrario se enviarán tales conchas a otro vertedero para tales fines. Por otro lado, se contempla la recepción de conchas enteras o bien picadas y/o molidas, lo cual permitirá reducir el volumen de transporte y el espacio requerido para la disposición de estas conchas en el acopio".</i></p> <p>RCA N° 219/2007 considerando 8.1. <i>"[...] Así mismo se establece según lo mencionado en la DIA y Adenda que no se recepcionarán en el proyecto conchas con restos orgánicos, al no existir estos restos no hay descomposición de estos, por lo tanto los olores serán mínimos."</i></p>
3. Contar con zanjas perimetrales para canalización de aguas lluvias parcialmente construidas, produciéndose una acumulación de aguas de contacto en los sectores que rodean las pilas de acopio de conchas.	<p>RCA N° 219/2007 considerando 3.3. <i>"[...] Etapa 1- Acopio de Conchas de Mariscos [...] Tal como está indicado en la Figura 2-3 de la DIA, cada celda contará con zanjas perimetrales de aproximadamente 0,5 m de profundidad y 0,5 m de ancho que permitirán canalizar las aguas lluvias hacia la quebrada ubicada al norte del sector de acopio (ver Figura 2-2 de la DIA) siguiendo los patrones naturales de drenaje del terreno".</i></p> <p>RCA N° 219/2007 considerando 8.2. <i>"[...] Para minimizar la posibilidad de generación de líquidos percolados desde los acopios de conchas se ha contemplado el cubrimiento de estas (sic) con plástico y la construcción de zanjas perimetrales de conducción de aguas lluvias, de forma que se evite el ingreso de aguas a dichas celdas. Además, cabe señalar, que debido al buen drenaje del terreno (sin ñadis, ver anexo 7 de la DIA), no se acumulará o estancará el percolado, aspecto relevante en la selección del terreno".</i></p>
4. El proyecto constituye una fuente emisora de aquellas establecidas en el D.S. 46/2002, debido a la generación de una mayor cantidad de percolado al evaluado ambientalmente. Esto se constata a través de la recirculación de aguas desde una zanja perimetral de aguas lluvia hasta una pila de acopio, mediante la utilización de una motobomba.	<p>RCA N° 219/2007 considerando 8.2. <i>"Tal como se ha señalado anteriormente, el Proyecto contempla la habilitación de un sector de acopio de conchas previo al procesamiento de estas (sic) en la planta de secado y molienda. La operación del acopio y planta de proceso no produce efluentes líquidos directos asociados con un proceso industrial, pero las conchas llegarán a las canchas de acopio con un grado de humedad, parte de cual podría eventualmente percolar naturalmente hacia la superficie del terreno. Sin embargo, se ha determinado que, en el caso de que el proyecto, como esta (sic) concebido, genere este percolado, será en tal cantidad y calidad que no corresponderá a una fuente emisora de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 46. [...] De acuerdo a esto, al generarse una Carga Media Diaria inferior a lo establecido en la Tabla anterior del D.S. N° 46/2002, se concluye que el Proyecto Acopio de conchas y Planta de Cal Agrícola Chiloé" no corresponde a una Fuente Emisora de acuerdo a lo establecido en esta normativa".</i></p>

12. Ante este escenario, con fecha 8 de julio de 2014, Cal Austral S.A. solicitó una reunión de asistencia al cumplimiento, siendo ésta efectuada el 11 de junio de 2014.

13. Con fecha 10 de julio de 2014, Cal Austral S.A., solicitó ampliar el plazo para la presentación del programa de cumplimiento, el cual fue otorgado, mediante Res. Ex. N° 2/ D-013-2014 de 24 de julio de 2014, por un plazo adicional de 5 días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo originalmente otorgado. Además, en la citada resolución se tiene por notificada tácitamente a la empresa con fecha 10 de julio de 2014 y se ordena acompañar documentos que acrediten la personería de quien realiza la presentación. Lo anterior, es cumplido el 31 de julio de 2014, fecha en la cual se adjunta copia de escritura pública donde consta la personería de Cristián Saavedra López.

14. En la misma fecha señalada en el párrafo anterior, Cal Austral S.A., presenta programa de cumplimiento y descargos en relación a los cargos formulados, solicitando tener por acompañado programa de cumplimiento, aprobarlo, suspender el procedimiento administrativo sancionatorio y una vez ejecutado satisfactoriamente poner término al procedimiento sancionatorio.

15. Con fecha 2 de octubre de 2014, mediante la Res. Ex. N° 3/ Rol D-013-2014, la Jefa (S) de la División de Sanción y Cumplimiento, rechaza el programa de cumplimiento presentado por Cal Austral S.A., por no cumplir con los criterios de aprobación prescritos en el artículo 9° del Reglamento de Programas de Cumplimiento.

16. Ante esta resolución, con fecha 21 de octubre del presente año, Cal Austral S.A., presenta un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 3/ Rol D-013-2014, el cual fue rechazado a través de la Res. Ex. N° 4/ Rol D-013-2014, con fecha 23 de octubre de 2014. Por su parte, el 28 de octubre de 2014, se confirma el rechazo de la reposición por la Jefa (S) de la División de Sanción y Cumplimiento, por medio de la Res. Ex. N° 5/ Rol D-013-2013.

17. En la resolución que rechaza el programa de cumplimiento, se otorga un plazo de 7 días para la presentación de descargos, siendo notificada dicha resolución con fecha 9 de octubre en la comuna del domicilio de la empresa, venciendo el plazo para formular los descargos el 23 de octubre de 2014.

18. Con fecha 30 de octubre de 2014, la empresa presenta sus descargos, documento que fue recibido por esta Superintendencia el 10 de noviembre de 2014, fuera del plazo establecido en la LO-SMA.

19. En este contexto, el 27 de noviembre 2014, se ofició a la Ilustre Municipalidad de Dalcahue y la Ilustre Municipalidad de Castro, con el objeto de informar respecto de las molestias generadas por el proyecto en la actualidad, si se ha mantenido la situación de malos olores en el sector y si existen denuncias asociadas al respecto, acompañando todos los antecedentes que estimaren necesarios para estos efectos. Además, se requirió al Hospital de Castro información acerca de la existencia de registros, reportes u otros documentos que den cuenta de diagnósticos realizados por profesionales del Hospital, y que digan relación con síntomas ocasionados por inhalación de olores molestos o consumo permanente de aguas contaminadas.

20. Cabe señalar, que ninguno de estos oficios han sido contestados a la fecha de elaboración del presente dictamen, por lo que no se tendrán en consideración en aplicación del artículo 38 inciso segundo de la Ley 19.880¹.

21. Así, con fecha 10 de diciembre de 2014, mediante Res. Ex. N° 6/ Rol D-013-2014, se abre el término probatorio, decretando como diligencia probatoria la toma de muestras en el recinto industrial y teniendo por no presentados los descargos realizados por la empresa.

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*".

22. A su vez, con fecha 16 de diciembre de 2014, mediante Res. Ex. N° 7/ Rol D-013-2014, se avisa a la empresa que el muestro decretado como diligencia probatoria se realizaría con fecha 29 de diciembre desde las 9:00 horas por el Laboratorio Análisis Ambientales (ANAM), en el recinto industrial de Cal Austral S.A., en los dos pozos de infiltración con los que cuenta la empresa.

23. Por otro lado, con fecha 2 de enero de 2015, se remitió a esta Superintendencia, por parte del Director Regional del SEA X Región, a través del Of. Ord. N° 1140, carta y antecedentes anexos del documento "Compromisos de mejoras en Planta, presentados el 23 de diciembre de 2014 por el Sr. James Muspratt.

24. Además, con fecha 6 de enero de 2015, se recibe por esta Superintendencia, de parte del Seremi del Medio Ambiente X Región, por medio del Of. Ord. N° 002/2015, el documento "Compromisos de mejoras en Planta", presentados el 23 de diciembre de 2014 por el Sr. James Muspratt.

25. Con posterioridad, con fecha 26 de enero de 2015, Cal Austral S.A. hace entrega a esta Superintendencia, de un informe y fotografías de acciones realizadas en la planta, en complemento a los informes presentados ante otros organismos.

26. Por su parte, mediante Memorándum N° 73/2015, de la División de Fiscalización de esta Superintendencia, el 23 de febrero de 2015, se informa el resultado fallido del muestreo realizado con fecha 29 de diciembre de 2014, adjuntándose copia de la cadena de custodia y de los informes en terreno de actividad.

27. De esta forma, a través de la Res. Ex. N° 8/Rol D-013-2014, de 27 de abril de 2014, se incorpora al expediente del procedimiento administrativo sancionatorio el Of. Ord. N° 1140, del SEA X Región; el Of. Ord. N° 002/2015 del Seremi del Medio Ambiente X Región; informe y fotografías de acciones realizadas en la planta, presentado ante esta Superintendencia el 26 de enero de 2015, y; el Memorándum N° 73/2015 de la División de Fiscalización de esta Superintendencia, del 23 de febrero de 2015.

28. Finalmente, con fecha 5 de junio de 2015, mediante Res. Ex. N° 9/Rol D-013-2014, se cierra la investigación.

IV. VALOR PROBATORIO DE LOS ANTECEDENTES QUE CONSTAN EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.

29. 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.

30. 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

31. En este sentido, Couture ha señalado que las "*[...] reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas*

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

interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez [...]”³, la sana crítica es la “[...] unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual [...]”⁴.

32. La jurisprudencia, por su parte, ha afirmado en relación a la sana crítica que ésta “[...] está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden en la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es, el mérito que puede incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que éstos sucedieron”⁵.

33. Además, la jurisprudencia ha añadido que la sana crítica implica un “Análisis que importa tener en consideración las razones jurídicas, asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud se le asigne o reste valor, tomando en cuenta, especialmente, la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador. En definitiva, se trata de un sistema de ponderación de la prueba articulado por medio de la persuasión racional del juez, quien calibra los elementos de juicio, sobre la base de parámetros jurídicos, lógicos y de manera fundada, apoyado en los principios que le produzcan convicción de acuerdo a su experiencia”⁶.

34. Cabe tener presente, que el último elemento de la sana crítica, referido a la obligación de fundamentar la sentencia, ha cobrado especial importancia. De esta manera, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han manifestado que “En este ámbito destaca la “garantía de la motivación”, en cuya virtud se da al juez libertad de apreciación pero, al mismo tiempo, se le obliga a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrando su conclusión, para prevenir la arbitrariedad. La motivación lógica debe ser coherente, es decir, debe basarse en razonamientos armónicos entre sí, que no contradigan los principios de identidad, de contradicción y tercero excluido. Además, la motivación debe respetar el principio de razón suficiente, para lo cual el razonamiento debe constituirse, mediante inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en su virtud se vayan determinando, satisfaciendo así las exigencias de ser concordante, verdadera y suficiente”⁷.

35. 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.

36. 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”.

37. 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). Además, el artículo 157 del Código Sanitario, establece la misma calidad de ministros de fe, respecto de los funcionarios del Seremi de Salud. Así, la presunción de veracidad de los hechos constatados en el acta de inspección ambiental por estos funcionarios constituye una presunción legal.

³ Couture, Eduardo. J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Editorial Depalma, Tercera edición, Buenos Aires, 1958, p. 270.

⁴ Couture, Eduardo. J., ob. cit. n°1, p. 271.

⁵ Corte Suprema, Rol 9145-2009, sentencia de 15 de mayo de 2012, considerando décimo tercero.

⁶ Corte Suprema, Rol 8654-2012, 24 de diciembre de 2012, considerando vigésimo segundo.

⁷ Corte Suprema, Rol 3897-2012, sentencia de 13 de noviembre de 2012, considerando quinto.

38. 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”*⁸.

39. 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”*⁹.

40. 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”*¹⁰.

41. 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 prueba¹¹. 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.”*¹²

42. 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.

V. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES

43. Previo analizar la configuración de cada una de las infracciones que se han imputado a Cal Austral S.A. en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, cabe reiterar que con fecha 2 de octubre de 2014 se resuelve la presentación del programa de cumplimiento, rechazándolo y otorgando a la empresa el plazo de 7 días hábiles para la presentación de descargos, siendo notificada dicha resolución con fecha 9 de octubre en la comuna del domicilio de la empresa y por lo tanto, venciendo el plazo para formular los descargos el 23 de octubre de 2014. Estos descargos fueron presentados con fecha 30 de octubre de 2014, por Cal Austral, fuera del plazo establecido en la LO-SMA, por lo que el 10 de diciembre de 2014, mediante Res. Ex. N° 6/ Rol D-013-2014, se tienen por no presentados.

⁸ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-23-2014, sentencia de 12 de septiembre de 2014, considerando décimo tercero.

⁹ 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.

¹⁰ Dictamen N° 37.549, Contraloría General de la República, 25 de junio de 2012.

¹¹ 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.

¹² Ibid, 746 p.

44. Al respecto, cabe señalar que el artículo 42 de la LO-SMA dispone que el infractor podrá presentar un programa de cumplimiento en el plazo de 10 días contados desde la notificación de la formulación de cargos, mientras que el artículo 49 de la LO-SMA establece un plazo de 15 días para la formulación de descargos.

45. Por su parte, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental ha establecido que *“El artículo 49 dispone que el procedimiento sancionatorio se iniciará con la formulación de cargos. En esa formulación se le confiere al presunto infractor un plazo de 15 días para presentar los descargos. Por consiguiente, **es claro para este Tribunal que los interesados en el procedimiento seguido ante la SMA no pueden presentar descargos una vez transcurrido el plazo dispuesto en la ley.** Tampoco podrían, por cierto, presentar un plan de cumplimiento fuera de plazo. En estos casos, **es factible que la Autoridad Ambiental tenga por extemporáneas estas presentaciones, pues operaría la preclusión.** Sin embargo, la pregunta es si los interesados en el procedimiento sancionatorio pueden presentar otras alegaciones que no sean descargos. Y de acuerdo con lo razonado en los considerandos séptimo y siguientes, por aplicación directa de los artículos 4° y 10° de la Ley de Bases, los interesados efectivamente pueden aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”¹³ (el destacado es nuestro).*

46. Por otro lado, el artículo 17 de la Ley N° 19.880 establece *“Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a: [...] f) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”.*

47. De esta manera, haciendo una interpretación sistemática de nuestra legislación, se puede observar que no es posible tener en consideración descargos presentados fuera del plazo legal, pero que a su vez, sí es posible presentar alegaciones y aportar documentos durante todo el procedimiento. Así, para la configuración de los hechos, no se tendrán en consideración los descargos presentados fuera del plazo prescrito la Ley, para la configuración de las infracciones imputadas, sin perjuicio de que se puedan considerar las otras alegaciones que se encuentren en ese documento para determinar la gravedad de estas infracciones y/o ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA al momento de determinar la sanción específica que corresponda aplicar a cada infracción.

48. Teniendo estos aspectos a la vista, a continuación se procederá a examinar la configuración de los cargos imputados a Cal Austral.

a) **Cargo 1: No cubrir la totalidad de las pilas de acopio de conchas con polietileno.**

49. En el informe de fiscalización se verifica *“Se constató la existencia de 4 pilas de acopio de conchas, las cuales fueron georeferenciadas, determinándose que ocupan un área total de aproximadamente 10567 m2 [...] Sólo 1 de las 4 pilas de acopio de conchas constatadas contaba con recubrimiento de polietileno”¹⁴.*

50. Al respecto, la RCA N° 219/2007, considerando 3.3. prescribe que *“En la medida que la celda se vaya llenando con conchas, estas se cubrirán con una cubierta plástica de polietileno grueso, sujetas con neumáticos o algún otro elemento similar. Esta cubierta permitirá, por una parte, impedir el ingreso de aguas lluvias a los acopios de conchas, y por otro lado evitar que avifauna local (gaviotas, tordos, etc.) pueda acceder a los acopios y extraer conchas desde estos”.*

51. Por otro lado, si se examina la evaluación ambiental del proyecto en el único Adenda de la evaluación ambiental, en respuesta a la pregunta N° 2 de la

¹³ Sentencia Ilustre Segundo Tribunal Ambiental dictada con fecha 19 de junio 2014 en causa Rol R N° 20-2014 (acumulada Rol R N° 30-2014). Considerando 13°.

¹⁴ Informe de Fiscalización Ambiental “Inspección Ambiental Acopio de Conchas y Planta de Cal Agrícola Chiloé”, DFZ-2013-615-X-RCA-IA, Superintendencia del Medio Ambiente. p. 20.

descripción del proyecto, relativa a la frecuencia de cobertura de las celdas de acopio, la empresa sostiene *“En la medida que cada banda se vaya llenando paulatinamente, esta permanecerá descubierta. Una vez que la banda de 5 metros de ancho por alrededor de 40 metros de largo esté llena de conchas, esta se tapará con la cubierta plástica. De acuerdo a esta descripción, en el esquema indicado arriba las bandas 1, 2, 3 y 4 estarán cubiertas mientras que la banda 5 estará descubierta. [...] Cabe destacar que el proyecto reduce en un 80% el volumen de conchas de mariscos a recibir durante los meses de junio y julio, producto de la merma en la actividad misma de los productores y procesadores de mariscos, los cuales finalizan su temporada anual de cosecha y procesamiento en estos meses, **período durante el cual los acopios permanecerán por completo cubierto (sic)**”* (el destacado es nuestro).

52. En este sentido, la evaluación ambiental del proyecto fue clara en expresar que se debía cubrir la totalidad de las celdas a medida que se iban llenando, explicando en el caso de las celdas de llenado, que se iban a llenar mediante bandas. Además, se explicita que entre los meses de junio y julio, los acopios de mantendrían cubiertos por completo.

53. Por lo tanto, considerando que la inspección fue efectuada en el mes de junio, y teniendo en cuenta la presunción legal de veracidad establecida en el artículo 8° de la LO-SMA, se tendrá por probado el hecho, el que como se expresó, no se condice con la descripción expresa contenida en la RCA, teniéndose por configurada la infracción.

54. Sin perjuicio de lo anterior, a pesar de que no se considerarán los descargos, ni aquellas controversias emitidas por la empresa en la presentación del programa de cumplimiento, a modo ilustrativo se analizarán estas afirmaciones para lograr un convencimiento absoluto de la comisión de la infracción imputada.

55. En este orden de ideas, la empresa en la presentación del programa de cumplimiento de 31 de julio de 2014, expresa: *“Como reconocimiento al hecho denunciado, es necesario señalar que al momento de fiscalización se estaban llenando tres pilas de acopio (en adelante se denominan celdas en lugar de pilas), y, en la medida en que iban llenando, se tapaban, conforme lo estipulado en la RCA”. Luego agrega “Considerando las dimensiones aproximadas de las celdas, que son en la base 50 X 40 mts. y con altura de hasta 10 mts., el tapado con Polietileno, mientras se construye la celda se hace muy dificultoso, razón por la cual, actualmente se ha dispuesto, por procedimiento, que habrá existan (sic) en lo posible un máximo de 4 celdas, de tal manera que siempre estarán tapadas todas las celdas, salvo la de cosecha y la de llenado”. Finalmente señala “Estimamos que por la peligrosidad de la operación en la interacción entre maquinaria pesada y el personal que trabaja en el lugar no es físicamente posible tener la pila tapada al mismo tiempo en que se está depositando conchas en su interior. Se requiere, por su propia naturaleza, que la pila este destapada mientras se rellena, y una vez terminado de llenar se tapa”.*

56. A su vez, en el escrito de descargos presentado fuera de plazo, se expresa *“Como descargo al hecho denunciado, es necesario señalar que al momento de fiscalización se estaban llenando tres pilas de acopio (en adelante se denominan celdas en lugar de pilas), y, en la medida en que iban llenando, se tapaban, conforme lo estipulado en la RCA”. Además expresa, “Considerando las dimensiones aproximadas de las celdas, que son en la base 50 X 40 mts. y con altura de hasta 10 mts., el tapado con Polietileno, mientras se construye la celda se hace muy dificultoso, razón por la cual, actualmente se ha dispuesto, por procedimiento, que habrá existan en lo posible un máximo de 4 celdas, de tal manera que siempre estarán tapadas todas las celdas, salvo la de cosecha y la de llenado”. Argumenta esta medida expresando “Estimamos que por la peligrosidad de la operación en la interacción entre maquinaria pesada y el personal que trabaja en el lugar no es físicamente posible tener la pila tapada al mismo tiempo en que se está depositando conchas en su interior. Se requiere, por su propia naturaleza, que la pila este destapada mientras se rellena, y una vez terminado de llenar se tapa”.*

57. La empresa finaliza su argumentación aseverando *“El sentido de las obligaciones contenidas en los numerales 3.3 y 8.1 de la RCA parten del supuesto de que se trata de tener las pilas de acopio tapadas una vez llenas y en espera de procesarlas. Es claro que es necesario destaparlas para cargar materia prima en su interior, y para el momento del retiro de las conchas para procesarlas”.*

58. Al respecto, cabe señalar, que la empresa en ningún momento ha entregado prueba que pueda desvirtuar lo constatado en el acta de inspección ambiental, la cual es clara en señalar que sólo una de las 4 pilas de acopio se encontraba cubierta.

59. A su vez, no existe forma de determinar, cómo es que la RCA parte del supuesto de que las pilas que se deben cubrir son aquellas que no se encuentran en cosecha o llenado, siendo que tanto la DIA como la RCA son bastante claras al expresar *“en la medida que la celda se vaya llenando con conchas, estas se cubrirán con una cubierta plástica de polietileno grueso, sujetas con neumáticos o algún otro elemento similar”*, lo cual, del propio tenor literal se desprende que la obligación se gatilla en el momento en que se llenan estas celdas. Por otro lado, la evaluación ambiental, sólo precisa la forma de llenado, que tal como se explicó con anterioridad, es a través de bandas, sistema que tampoco fue alegado por la empresa que se estuviera implementado.

60. A mayor abundamiento, en caso de que fuese efectivo que se pueden dejar descubiertas las celdas de llenado, la empresa no aporta prueba que acredite el hecho de que se estuviesen llenando todas las celdas, caso en el cual cabe tener en consideración que nos encontraríamos nuevamente ante un incumplimiento de la RCA, debido a que ésta establece otro sistema para llenar las celdas de acopio.

61. Por su parte, el Adenda de la evaluación ambiental, como fue mencionado anteriormente, determina que no se realizará el llenado durante el mes de junio, fecha en la cual se realizó la inspección ambiental, y en la cual en teoría no se debía estar llenando ninguna celda de acopio, por lo que incluso aceptando los argumentos de la empresa, se estaría ante un incumplimiento a la RCA.

62. En cuanto a lo *“difícil”* de la operación, es importante destacar este es un problema que debió ser analizado en la evaluación ambiental del proyecto, y no en esta instancia, especialmente, si se tiene en consideración que fue la propia empresa la cual propuso esta medida. Por lo tanto, no se puede considerar una causal de justificación de cualquier tipo la circunstancia expuesta por Cal Austral S.A.

63. Este criterio ha sido confirmado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental al disponer en un caso similar respecto de la ejecución de un plan de monitoreo de glaciares lo siguiente *“cabe señalar que la defensa de la demandada en sede administrativa, concerniente a la dificultad de cumplir con todos los indicadores por razones de fuerza mayor (véase fojas 163), reiterada a lo largo de la contestación de la demanda y reconocida por algunos testigos ya citados, no es en rigor una defensa admisible cuando quien lo alega se ha puesto en la circunstancia de que ocurra el evento calificado como “irresistible”, pues entonces el elemento de la imprevisibilidad necesariamente desaparece. En efecto, las inclemencias climáticas pueden hacer imposible cumplir con algunas de las variables medidas en el PMG, como ocurre con las fotografías diarias; sin embargo, tanto las condiciones climáticas como las limitaciones técnicas debieron ser elementos conocidos y previstos por la demandada, por lo que el problema sería de diseño del PMG y no de fuerza mayor”¹⁵ (el destacado es nuestro).*

64. De esta manera, considerando los antecedentes que obran en el presente procedimiento sancionatorio, tales como las actas de inspección ambiental; el informe de fiscalización; y la falta de prueba aportada por la empresa que sustente sus afirmaciones, se tiene por acreditado el hecho imputado y por configurada la infracción N° 1.

b) Cargo 2: Recepcionar conchas que contienen restos orgánicos, generando olores y presencia de avifauna local.

65. Respecto a este punto, en el acta integrada al Informe de Fiscalización Ambiental se verifica *“Al ingresar al recinto se constató la presencia de gran número de gaviotas. [...] Al ingreso al recinto se percibe un olor fuerte y penetrante”*¹⁶. Con posterioridad

¹⁵ Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, Rol D N° 2-2013, 20 de marzo 2015. Considerando 211°.

¹⁶ Superintendencia del Medio Ambiente. Op. Cit. p. 13.

se expresa *“Se constató que las pilas de acopio de conchas contienen restos orgánicos como choritos enteros, picorocos (vivos) y algas. Además, se observó que las pilas contenían otro tipo de residuos, tales como restos de malla y guantes”*¹⁷. A su vez, se señala *“En el recorrido de inspección realizado a las pilas de acopio de conchas, personal de la SEREMI de Salud presentó fuertes dolores de cabeza y náuseas. Se realizó una medición de la concentración de gases mediante la utilización de equipo marca MSA modelo ORION Plus constatando presencia de gases amoníaco y ácido sulfhídrico, típicos en los procesos de descomposición anaeróbica (anexo 2)”*¹⁸.

66. Por su parte, la RCA N° 219/2007, en su considerando 3.3., en reproducción exacta de lo expresado en la DIA, señala *“Se exigirá contractualmente a las plantas procesadoras de mariscos que las conchas se entreguen limpias de restos de carne. De lo contrario se enviarán tales conchas a otro vertedero para tales fines. Por otro lado, se contempla la recepción de conchas enteras o bien picadas y/o molidas, lo cual permitirá reducir el volumen de transporte y el espacio requerido para la disposición de estas conchas en el acopio”*. Con posterioridad, el considerando 8.1. de la misma RCA es categórico al afirmar *“Así mismo se establece según lo mencionado en la DIA y Adenda que no se recepcionarán en el proyecto conchas con restos orgánicos, al no existir estos restos no hay descomposición de estos, por lo tanto los olores serán mínimos.”*

67. De esta manera, las conchas recepcionadas no debían contar con ningún tipo de residuo orgánico que pudiese atraer a la avifauna local o generar malos olores, siendo este último aspecto objeto de las denuncias de la comunidad aledaña en varias ocasiones.

68. Así, en la denuncia efectuada por el Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Castro, el 10 de abril de 2013, se afirma *“En reiteradas ocasiones vecinos del sector colindante a la planta han manifestado su molestia por la emanación de olores desde la planta de Cal Austral S.A., los que corresponden principalmente a la descomposición de la materia orgánica presentes en las cascara o conchas de los mejillones chilenos (choritos), que allí se reciben. Según lo manifestado por los vecinos, esto se acrecienta en los meses de verano”*.

69. A su vez, en la denuncia efectuada por vecinos de Dalcahue ante la Ilustre Municipalidad de Dalcahue el 19 de julio de 2014 se establece *“Según antecedente recopilados (sic) los olores, trascendiendo (sic) y es bastante incómodo (sic) para los pasajeros ya que por la carretera hay un flujo de aproximadamente 30 viajes de mini-buses diarios que van con destino castro (sic) Achao Tenaún Dalcahue Quemchi por lo que se agudiza en época de verano con el flujo turística (sic) de Dalcahue, y el humedal de Putemun”*.

70. Por lo tanto, se tiene por configurada la infracción, en virtud de los hechos constatados en el Acta de Inspección Ambiental, que dan cuenta, tanto de la presencia de restos orgánicos, como de los efectos que la medida establecida en la RCA tenía por objeto evitar, teniendo en consideración la presunción legal de veracidad del artículo 8° de la LO-SMA y la falta de controversia respecto de la misma.

71. Sin perjuicio de lo anterior, al igual que en el cargo anterior se procederá a analizar las alegaciones efectuadas por la empresa en la presentación del programa de cumplimiento y en los descargos presentados extemporáneamente, para evaluar si inciden en el análisis del hecho levantado y en si este constituye una infracción a la RCA N° 219/2007.

72. De este modo, la empresa en ambas presentaciones afirma *“señalamos que la exigencia a los proveedores de materia prima se mantiene y nuestro personal de control de ingreso de materia prima toman todos los resguardos necesarios y posibles para evitar el ingreso de conchas con restos de materia orgánica. Por razones de volumen, es posible que algunas conchas ingresen con restos de materia orgánica. Como condición de operación de material fresco se ha observado en la operación que la presencia de Materia orgánica en este tipo de proceso, perjudica la elaboración de cal (fin último de la empresa), no elaborándose un producto de las condiciones esperadas”*.

¹⁷ Superintendencia del Medio Ambiente. Op. Cit. p. 15.

¹⁸ Ibid. p. 20.

73. Al respecto, cabe señalar que tanto la DIA como la RCA son claras en establecer que las conchas no deben contener residuos de carne, prescribiendo formas para evitar esta situación. Por otro lado, el Acta de Inspección Ambiental deja constancia de que las conchas contienen restos orgánicos, existiendo choritos vivos, picorocos vivos y algas, pudiéndose apreciar a través de las fotografías integradas al Informe de Fiscalización Ambiental, que existe una gran cantidad de conchas en esta situación. Este escenario, además se encuentra corroborado por los efectos constatados, tales como los olores, y los gases medidos, que son propios de procesos de descomposición.

74. En este sentido, incluso si se consideraran las alegaciones presentadas por la empresa, este Fiscal Instructor llegaría a la conclusión de que se ha configurado la infracción N° 2, debido a que no se aportan antecedentes que permitan desvirtuar las conclusiones relativas a que se recibieron conchas con restos orgánicos en su interior, siendo que no se encontraba permitida esta situación en la RCA N° 219/2007.

c) Cargo 3: Contar con zanjas perimetrales para canalización de aguas lluvias parcialmente construidas, produciéndose una acumulación de aguas de contacto en los sectores que rodean las pilas de acopio de conchas.

75. En cuanto a este punto, en el acta integrada al Informe de Fiscalización Ambiental se establece *“Se constató la existencia de zanjas construidas alrededor de las pilas de acopio de conchas, encontrándose (sic) algunas de ellas construidas parcialmente (incompletas) en el sector oeste del patio. [...] Se observó acumulación y escurrimiento de aguas de contacto en los sectores alrededor de las pilas de acopio de conchas”*¹⁹. Además, *“Se constató recirculación de aguas desde una zanja perimetral hasta una pila de acopio de conchas (n°. 4) mediante la utilización de una motobomba”*²⁰.

76. Por otro lado, la RCA N° 219/2007, en su considerando 3.3. dispone en reproducción exacta a lo señalado en la DIA *“cada celda contará con zanjas perimetrales de aproximadamente 0,5 m de profundidad y 0,5 m de ancho que permitirán canalizar las aguas lluvias hacia la quebrada ubicada al norte del sector de acopio (ver Figura 2-2 de la DIA) siguiendo los patrones naturales de drenaje del terreno”*. Con posterioridad el considerando 8.2. de la RCA en análisis prescribe de la misma forma que en la DIA, lo siguiente *“Para minimizar la posibilidad de generación de líquidos percolados desde los acopios de conchas se ha contemplado el cubrimiento de estas (sic) con plástico y la construcción de zanjas perimetrales de conducción de aguas lluvias, de forma que se evite el ingreso de aguas a dichas celdas. Además, cabe señalar, que debido al buen drenaje del terreno (sin ñadis, ver anexo 7 de la DIA), no se acumulará o estancará el percolado, aspecto relevante en la selección del terreno”*.

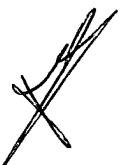
77. En este sentido, la evaluación ambiental del proyecto fue clara en señalar que se debían construir zanjas perimetrales con el objeto de evitar que el agua entrara a las celdas de acopios de conchas y así evitar la generación, acumulación y estancamiento de percolado producido por el proyecto, como también su mezcla con las aguas lluvias. Por lo tanto, estas exigencias se encuentran incumplidas y la infracción configurada, al contar con estas zanjas incompletas y con acumulación de aguas de contacto alrededor de las pilas de acopio, lo cual se acredita mediante el Acta de Inspección Ambiental, teniendo en consideración la presunción legal de veracidad del artículo 8° de la LO-SMA y la falta de controversia respecto de la misma.

78. No obstante lo anterior, al igual que en los cargos anteriores se procederá a analizar las alegaciones efectuados por la empresa en la presentación del programa de cumplimiento y en los descargos presentados extemporáneamente, para determinar si pueden desvirtuar las conclusiones de esta Superintendencia respecto de que el hecho levantado constituye una infracción a la RCA N° 219/2007.

79. De esta forma, la empresa expresa, tanto en el programa de cumplimiento rechazado, como en los descargos presentado extemporáneamente lo

¹⁹ Superintendencia del Medio Ambiente. Op. Cit. p. 17.

²⁰ Ibid. p. 19.



siguiente “señalamos que las zanjas perimetrales a las celdas de conchas se habían (sic) construido debidamente y que, en forma circunstancial y meramente accidental, debido a la abundante lluvia del mes de junio de 2013 (época de la fiscalización) se produjo un pequeño desplazamiento de tierra que ocupó parte de las zanjas. De inmediato fue reparado el daño y restablecida la circulación del agua lluvia por las zanjas, siendo un proceso recurrente el mejoramiento de las zanjas, especialmente en las pilas en proceso de llenado o vaciado, las cuales en el área de acceso se ven dañadas parcialmente por el tránsito de camiones”.

80. Al respecto, cabe señalar que Cal Austral, no acompaña ningún medio de prueba que pueda determinar que este hecho fue realmente accidental y excepcional, tales como fotografías capturadas en una fecha cercana y posterior a la inspección. A mayor abundamiento, en las fotografías adjuntas al acta e incorporadas al informe de Fiscalización Ambiental, se puede observar claramente que hay sectores en que la zanja no se encuentra construida por varios metros, lo cual difícilmente pudo ser producto de un desplazamiento de tierra. Además, el Acta de Inspección Ambiental es clara en señalar que las zanjas se encuentran construidas parcialmente o incompletas, lo cual implica que nunca se había ejecutado su construcción.

81. Así las cosas, 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 del hecho imputado; y la falta de prueba que pueda desvirtuar la presunción legal de veracidad del artículo 8° de la LO-SMA, se tendrá por acreditado el hecho y por configurada la infracción en cuestión, por contar con zanjas perimetrales parcialmente construidas.

d) Cargo 4: El proyecto constituye una fuente emisora de aquellas establecidas en el D.S. 46/2002, debido a la generación de una mayor cantidad de percolado al evaluado ambientalmente. Esto se constata a través de la recirculación de aguas desde una zanja perimetral de aguas lluvia hasta una pila de acopio, mediante la utilización de una motobomba.

82. En cuanto a este punto, en el Acta de Inspección Ambiental se establece “5) La construcción de zanjas alrededor de las celdas de acopio de conchas se observa incompleta, y además se constata presencia de riles producto del lavado de las aguas lluvias con la materia orgánica presente en las pilas de conchas. [...] 7) Se observa una motobomba al interior de las dependencias, cuya finalidad es recircular los “RILES”, desde las zanjas hacia una pila de conchas”.

83. Por su parte, la RCA N° 219/2007, en su considerando 8.2. consigna “Tal como se ha señalado anteriormente, el Proyecto contempla la habilitación de un sector de acopio de conchas previo al procesamiento de estas (sic) en la planta de secado y molienda. La operación del acopio y planta de proceso no produce efluentes líquidos directos asociados con un proceso industrial, pero las conchas llegarán a las canchas de acopio con un grado de humedad, parte de cual podría eventualmente percolar naturalmente hacia la superficie del terreno. Sin embargo, se ha determinado que, en el caso de que el proyecto, como esta (sic) concebido, genere este percolado, será en tal cantidad y calidad que no corresponderá a una fuente emisora de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 46. [...] De acuerdo a esto, al generarse una Carga Media Diaria inferior a lo establecido en la Tabla anterior del D.S. N° 46/2002, se concluye que el Proyecto Acopio de conchas y Planta de Cal Agrícola Chiloé” no corresponde a una Fuente Emisora de acuerdo a lo establecido en esta normativa”.

84. Para poder acreditar este incumplimiento, el 10 de diciembre de 2014, mediante Res. Ex. N° 6/ Rol D-013-2014, se abre término probatorio disponiendo como punto de prueba el hecho relativo a si la empresa constituye una fuente emisora de aquellas establecidas en el D.S. 46/2002, y fijando como diligencia probatoria la muestra de los residuos líquidos acumulados en las instalaciones.

85. Al respecto, el Memorándum N° 73/2015 de la División de Fiscalización de esta Superintendencia establece “La actividad se llevó a cabo con fecha 29 de diciembre de 2014 con resultado “fallido” dada la no existencia de cámara de muestreo, punto de

muestreo ni residuo líquido suficiente para la toma de muestra en conformidad con la Norma Chilena 411/10 Of.2005. Esta situación se presentó en los 2 pozos monitoreados (Percolados y Aguas Lluvias)”.

86. Por otro lado, el D.S. N° 46/2002, en su artículo 4° define como fuente emisora *“Establecimiento que descarga sus residuos líquidos por medio de obras de infiltración tales como zanjas, drenes, lagunas, pozos de infiltración, u otra obra destinada a infiltrar dichos residuos a través de la zona no saturada del acuífero, como resultado de su proceso, actividad o servicio, con una carga contaminante media diaria superior en uno o más para los parámetros indicados en la siguiente tabla: [...]”.*

87. En este sentido, para poder determinar que una fuente es emisora se requiere contar con la información relativa al valor característico y a la carga media diaria de los parámetros que se encuentran señalados en la tabla de la definición prescrita en el D.S. N° 46/2002.

88. De esta manera, a pesar de que se encuentre acreditado mediante el Acta de Inspección Ambiental que la empresa se encuentra generando una cantidad sustancialmente mayor de percolados a la que fue evaluada ambientalmente, no se ha podido comprobar que Cal Austral S.A. constituye una fuente emisora de aquellas establecidas en el D.S. N° 46/2002, debido a que la única forma de determinar esta circunstancia es a través de la medición de parámetros, lo cual no se pudo acreditar en el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

89. Así las cosas, considerando los antecedentes que obran en el presente procedimiento sancionatorio, tales como las actas de inspección ambiental; el informe de fiscalización; y el análisis prescrito en el presente apartado, no se tiene por acreditado el hecho imputado, debido a que el acta de inspección ambiental no logra hacer plena prueba que acredite la infracción, por lo que se propondrá la absolución del presente cargo en el apartado correspondiente.

VI. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES

90. En la formulación de cargos fueron clasificadas como graves las infracciones N° 1, N° 2 y N° 3, en virtud del artículo 36 numeral 2 letra e) de la LO-SMA que dispone *“2.- Son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: [...] e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental”.*

91. En relación a este punto, el criterio que se ha ido asentando por esta Superintendencia en los últimos casos, consiste en que para poder aplicar la calificación de gravedad establecida en el artículo 36 numeral 2 letra e) de la LO-SMA, no es necesaria la concurrencia de efectos²¹. Lo anterior, se debe a que por una parte los efectos se deben analizar respecto de la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, y por otra, a que no corresponde a esta Superintendencia evaluar el impacto causado por la omisión o la ejecución parcial de una medida, toda vez que eso sería replicar la evaluación ambiental que se realizó en el Sistema de Evaluación Ambiental (en adelante, SEIA) y que motivó la exigencia de este tipo de obligaciones. De este modo, esta Superintendencia ha entendido el vocablo “gravemente”, del mencionado literal e) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, como la entidad del incumplimiento de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad.

92. Para determinar la entidad de este incumplimiento esta Superintendencia ha sostenido en reiteradas ocasiones que se debe atender a distintos criterios,

²¹ Dicho criterio ha sido recogido por la Superintendencia del Medio Ambiente, en la Resolución Exenta N° 421, de 11 de agosto de 2014, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-015-2013, seguido en contra de Empresa Nacional de Electricidad S.A., en la Resolución Exenta N° 489, de 29 de agosto de 2014, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio, Rol F-019-2013, seguido en contra de Anglo American Sur S.A., en la Resolución Exenta N° 364, de 4 de mayo de 2015, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, Rol F-059-2014, seguido en contra de Anglo American Sur S.A.

que alternativamente, pueden o no concurrir según las particularidades de cada infracción que se haya configurado. Estos criterios son: (i) La relevancia o centralidad de la medida incumplida, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación, (ii) La permanencia en el tiempo del incumplimiento; y, (iii) El grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance en su implementación, en el sentido de que no se considerará de la misma forma a una medida que se encuentra implementada en un 90% que una cuya implementación aún no haya siquiera comenzado.

93. Habiéndose precisado lo anteriormente expuesto, a continuación se procederá a analizar la gravedad de las tres infracciones que fueron configuradas en el apartado anterior.

a) Cargo 1: No cubrir la totalidad de las pilas de acopio de conchas con polietileno.

94. En cuanto a la calidad de medida de esta obligación, cabe expresar que la RCA N° 219/2007 establece respecto de esta obligación que *“Esta cubierta permitirá, por una parte, impedir el ingreso de aguas lluvias a los acopios de conchas, y por otro lado evitar que avifauna local (gaviotas, tordos, etc.) pueda acceder a los acopios y extraer conchas desde estos”*.

95. A su vez, en la respuesta N° 2 relativa a la descripción del proyecto del único Adenda de la evaluación ambiental se prescribe *“Este procedimiento de llenado de bandas y cubierta con membrana plástica permite garantizar que, en todo momento, menos de un 10% de la superficie de las celdas de acopio estará expuesta a las aguas lluvias. Este valor de superficie de infiltración (10% de la superficie total de la celda) fue el considerado en la estimación de la carga media diaria de percolado a generar en los acopios en base a la cual se determinó que dicho acopio no constituye una fuente emisora de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 46/03”*.

96. En este sentido, tanto la RCA como evaluación ambiental del proyecto, es clara en señalar que la cubierta de las celdas tenía por objeto el impedir el ingreso de agua en las celdas de acopio para evitar la generación de percolado, siendo considerada esta medida para analizar la cantidad de percolado que se iba a generar y por lo tanto la calidad de fuente emisora de la instalación. A su vez, esta medida tenía relación con evitar la presencia de avifauna en el lugar. Por lo tanto, el objetivo principal de la medida en análisis constituía reducir o minimizar los efectos adversos producidos por la generación de percolados y el volumen de éste, el cual aumenta considerablemente si es que no se cumple con la obligación de cubrir las celdas.

97. Por otro lado, la RCA en su considerando 8.1 dispone *“En relación a las emisiones a la atmósfera producto de la descomposición de los restos orgánicos que pudieran traer las conchas o conchillas las cuales se depositarán en la cancha de acopio, el proyecto contempla cubrirlas con polietileno (plástico) a fin de no tener contacto con el agua (lluvia) para no generar percolados y además evitar que se produzcan emanaciones de olores molestos, en caso de producirse la empresa deberá tomar las acciones pertinentes a fin de no generar molestias en el entorno”*. De esta manera, el cubrir las celdas de acopio tenía por objeto, además, la disminución de la emanación de olores molestos al medio ambiente.

98. Habiéndose precisado lo anteriormente, en relación la gravedad del incumplimiento a esta medida se debe analizar si existe algún criterio de gravedad que se aplique a la infracción examinada.

99. En este orden de ideas, en cuanto a la centralidad o relevancia de la medida, en la evaluación ambiental se establecen la medida de cubrir las cachas de acopio y de contar con zanjas perimetrales con el objeto que el agua lluvia no ingrese a las celdas y así evitar una generación de percolado mayor. En este sentido, en la respuesta N° 1 del Adenda de la evaluación ambiental se prescribe *“El mecanismo de cobertura de las celdas de acopio que se ha contemplado en el proyecto permite asegurar que las aguas lluvias que se canalicen a través de los drenes o zanjas perimetrales no entrarán en contacto, bajo ninguna circunstancia, con las conchas de*

mariscos acopiadas en las celdas. Las medidas que se han considerado para que esta situación no ocurra, y con ello se evite una eventual contaminación de las aguas lluvias que se canalizarán por las zanjas perimetrales, se describen a continuación: [...]”.

100. Por su parte, el considerando 8.1 de la RCA establece *“En relación a las emisiones a la atmósfera producto de la descomposición de los restos orgánicos que pudieran traer las conchas o conchillas las cuales se depositarán en la cancha de acopio, el proyecto contempla cubrirlas con polietileno (plástico) a fin de no tener contacto con el agua (lluvia) para no generar percolados y además evitar que se produzcan emanaciones de olores molestos, en caso de producirse la empresa deberá tomar las acciones pertinentes a fin de no generar molestias en el entorno. [...] Así mismo se establece según lo mencionado en la DIA y Adenda que no se recepcionarán en el proyecto conchas con restos orgánicos, al no existir estos restos no hay descomposición de estos, por lo tanto los olores serán mínimos”*. Por lo tanto, además, esta medida en conjunto con el no aceptar conchas con restos orgánicos tenía por objeto la disminución en la emanación de malos olores.

101. De este modo, esta medida en conjunto con la construcción de zanjas perimetrales son centrales y relevantes para disminuir o eliminar el efecto adverso producido por el proyecto de generación de percolados, mientras que ésta en conjunto con el no aceptar conchas con restos cárnicos, son centrales para el objeto de disminuir los efectos relativos a la emanación de olores.

102. Por otro lado, respecto a la permanencia en el tiempo del incumplimiento, la obligación de cubrir las celdas de acopio se debía realizar de forma constante desde la fecha de operación del proyecto, siendo constatado este incumplimiento en el año 2013, informándose acciones para subsanarlo recién a finales del año 2014, transcurriendo más de un año entre la constatación de la infracción y la subsanación de ésta. Lo anterior, sin contar todo el período de operación en el cual no se encuentra acreditada esta situación.

103. Finalmente, en cuanto al grado de implementación de la medida, de acuerdo a lo señalado en el acta de fiscalización y a lo acreditado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, la empresa tenía cubierta sólo una de las cuatro celdas con las que cuenta, por lo que tenía un grado de implementación de un 25%.

104. De esta manera, en el caso examinado concurren los tres criterios que determinan la gravedad del incumplimiento de la medida en cuestión, siendo necesaria la concurrencia de sólo uno de estos para que se configure esta gravedad, por lo que se tendrá calificado como grave el hecho infraccional N° 1, en virtud del artículo 36 numeral 2, letra e) de la LO-SMA al constituir un incumplimiento grave a una medida que tiene por objeto eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto.

b) Cargo 2: Recepcionar conchas que contienen restos orgánicos, generando olores y presencia de avifauna local.

105. En cuanto a la calidad de medida de esta obligación, la RCA N° 219/2007 en su considerando 8.1 dispone *“En relación a las emisiones a la atmósfera producto de la descomposición de los restos orgánicos que pudieran traer las conchas o conchillas las cuales se depositarán en la cancha de acopio, el proyecto contempla cubrirlas con polietileno (plástico) a fin de no tener contacto con el agua (lluvia) para no generar percolados y además evitar que se produzcan emanaciones de olores molestos, en caso de producirse la empresa deberá tomar las acciones pertinentes a fin de no generar molestias en el entorno”*.

106. Por otro lado, en el Adenda de la evaluación ambiental, en la pregunta N° 3 de la descripción del proyecto se establece luego de describir la forma en la cual se iban a rechazar las conchas con restos orgánicos, lo siguiente *“Con este sistema se garantiza la limpieza de las conchas recibidas, criterio en base al cual se determinó que los acopios no constituyen una fuente emisora de acuerdo al D.S. N° 46/03”*.

107. Por lo tanto, los dos objetivos de esta medida, eran por una parte el eliminar o reducir el efecto del proyecto de emanación de olores, y por otro lado, no aportar al percolado materia orgánica que pudiese implicar que la instalación constituye una fuente emisora.

108. Habiéndose precisado lo anteriormente expuesto, en relación la gravedad del incumplimiento a esta medida se debe analizar si existe algún criterio de gravedad que se aplique a la infracción examinada.

109. Respecto de la centralidad de la obligación, tal como se expresó en la infracción anterior, ésta en conjunto con el cubrir las celdas de acopio eran centrales y relevantes para evitar o disminuir la emanación de olores. Por otro lado, respecto a la permanencia en el tiempo del incumplimiento, la obligación de recibir conchas sin restos orgánicos se debía realizar de forma constante desde la fecha de operación del proyecto, siendo constatado este incumplimiento en el año 2013, e informándose acciones para subsanarlo recién a finales del año 2014, transcurriendo más de un año entre la constatación de la infracción y la subsanación de ésta, sin considerar todo el período de operación en el cual no se encuentra acreditada esta situación. Finalmente, en cuanto al grado de implementación de la medida, de acuerdo a lo señalado en el acta de fiscalización, las fotografías integradas al informe de fiscalización ambiental y a lo acreditado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, a pesar de que no se haya precisado esta circunstancia, se puede inferir que el grado de implementación es menor, especialmente, debido a la constatación de olores y de gases propios de la descomposición de compuestos orgánicos.

110. De esta manera, en el caso examinado concurren los tres criterios que determinan la gravedad del incumplimiento de la medida en cuestión, siendo necesaria la concurrencia de sólo uno de estos para que se configure esta gravedad, por lo que se tendrá calificado como grave el hecho infraccional N° 2, en virtud del artículo 36 numeral 2, letra e) de la LO-SMA al constituir un incumplimiento grave a una medida que tiene por objeto eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto.

c) Cargo 3: Contar con zanjas perimetrales para canalización de aguas lluvias parcialmente construidas, produciéndose una acumulación de aguas de contacto en los sectores que rodean las pilas de acopio de conchas.

111. En cuanto a la calidad de medida de esta obligación, tal como se expresó respecto a la primera infracción, ésta constituye una medida que tiene por objeto eliminar o reducir los efectos negativos del proyecto que tienen relación con la generación de percolado y la mezcla de las aguas lluvias con las aguas de contacto, en virtud de lo señalado en el considerando 8.3. de la RCA N° 219/2007.

112. En relación la gravedad del incumplimiento a esta medida se debe analizar si existe algún criterio de gravedad que se aplique a la infracción examinada. En este orden de ideas, en cuanto a la centralidad o relevancia de la obligación, como se examinó en la clasificación de la primera infracción, en la evaluación ambiental se establecen dos exigencias que tienen por objeto que el agua lluvia no ingrese a las celdas y así evitar una generación de percolado mayor, siendo éstas las de cubrir las canchas de acopio y a su vez contar con zanjas perimetrales. En este sentido, en la respuesta N° 1 del Adenda de la evaluación ambiental se prescribe *“El mecanismo de cobertura de las celdas de acopio que se ha contemplado en el proyecto permite asegurar que las aguas lluvias que se canalicen a través de los drenes o zanjas perimetrales no entrarán en contacto, bajo ninguna circunstancia, con las conchas de mariscos acopiadas en las celdas. Las medidas que se han considerado para que esta situación no ocurra, y con ello se evite una eventual contaminación de las aguas lluvias que se canalizarán por las zanjas perimetrales, se describen a continuación: [...]”*.

113. Así las cosas, esta medida en conjunto con la de cubrir las celdas de conchas, son centrales y relevantes, para disminuir o eliminar el efecto adverso producido por el proyecto de generación adicional de percolados.

114. Por otro lado, respecto a la permanencia en el tiempo del incumplimiento, la obligación de contar con zanjas perimetrales se debía ejecutar desde la fecha de operación del proyecto, siendo constatado este incumplimiento en el año 2013, e informándose acciones para subsanarlo recién a finales del año 2014, transcurriendo más de un año entre la constatación de la infracción y la subsanación de ésta, sin contar todo el período de operación en el cual no se encuentra acreditada esta situación. Además, sin perjuicio de que la empresa haya declarado en tanto en el programa de cumplimiento rechazado como en los descargos extemporáneos que este era un hecho puntual debido a la abundancia de aguas lluvias, no se ha presentado ninguna prueba que desvirtúe lo constatado en el acta de inspección ambiental, por lo que se entiende que ha transcurrido más de un año sin que se hayan terminado las zanjas perimetrales.

115. Finalmente, en cuanto al grado de implementación de la medida, de acuerdo a lo señalado en el acta de fiscalización y a lo acreditado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, el proyecto contaba con las zanjas incompletas, sin precisarse cuál era la magnitud de la falta de construcción de estas zanjas, por lo que no es posible verificar esta circunstancia.

116. De esta manera, en el caso examinado concurren dos de los tres criterios que determinan la gravedad del incumplimiento de la medida en cuestión, siendo necesaria la concurrencia de sólo uno de estos para que se configure esta gravedad, por lo que se tendrá calificado como grave el hecho infraccional N° 3, en virtud del artículo 36 numeral 2, letra e) de la LO-SMA al constituir un incumplimiento grave a una medida que tiene por objeto eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto.

VII. 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.

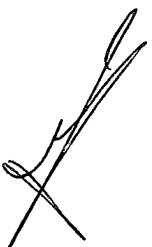
117. El artículo 39 de la LO-SMA establece que la sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, en rangos que incluyen amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (en adelante, UTA), clausura temporal o definitiva y revocación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

118. 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.

119. 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-SMA²².

²² 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



120. En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)²³ 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 Perú²⁴.

121. 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 para la determinación de las multas 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 vulneración al sistema de control causado por 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.

122. 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.

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”.

²³ “Determination and application of administrative fines for environmental offences”, Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), 2009.

²⁴ “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.

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

i. Consideraciones generales.

123. 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 intensas²⁵. En una primera revisión, la objetivación de esta cláusula parece un aspecto clave en orden a limitar la discrecionalidad en este punto.

124. 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 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.

125. 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.

126. 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 de afectación 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

127. En relación a este aspecto, cabe tener en cuenta que el hecho de no cubrir las celdas de acopio, contar con conchas con restos orgánicos en su interior y no contar con zanjas perimetrales terminadas, en su conjunto, permiten la generación de una mayor cantidad de percolado a la evaluada ambientalmente, el cual a su vez, se puede proyectar que tiene una peor calidad a la que se declaró en esta evaluación.

128. En este sentido, este percolado puede tener contacto con distintos cursos de aguas, que pueden verse contaminados. Así, en primer lugar, debido a la

²⁵ 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.

ubicación del proyecto y la cercanía de éste al río, existen posibilidades de que ante abundantes lluvias se produzca un rebalse de los pozos de infiltración, pudiéndose contaminar este curso de agua.

129. Por otro lado, cabe señalar, que el Mapa Hidrogeológico de Chile²⁶, establece que el lugar en el cual se encuentra emplazado el proyecto, tiene una importancia hidrogeológica alta a media, con un tipo de suelo que consiste en depósitos no consolidados del cuaternario no consolidado. De este modo, la permeabilidad de los suelos donde se encuentra emplazado es alta y por lo tanto existen mayores probabilidades de contaminación de acuífero por infiltración del percolado, como también probabilidades de tránsito subsuperficial de las aguas hacia el río que colinda con el proyecto. Además, los acuíferos contaminados, pueden afectar el curso de agua superficial, debido a que pueden existir afloramientos de agua contaminada aguas abajo del río, producto de la disminución de la cota, la cual desciende desde 116 metros a 27 metros²⁷ en alrededor de 1.000 metros.

130. A su vez, considerando que la denuncia efectuada con fecha 19 de julio de 2013 por la junta de vecinos de Puacura, el Comité del Agua de Puacura, el Club Deportivo el Sol de Astilleros y la Junta de Vecinos Los Maitenes, se indica que por más de dos semanas el agua tomó un color plomizo, existen al menos indicios de que el río en cuestión se puede ver afecto a contaminación por una de estas vías.

131. Por otro lado, las infracciones N° 1 y N° 2 producen en conjunto la emanación de malos olores, los cuales han sido denunciados en reiteradas ocasiones y fueron constatados en el acta de fiscalización ambiental.

132. A modo general, los malos olores emitidos por grandes instalaciones pueden provocar quejas debido a irritación de los ojos, nariz y garganta, dolor de cabeza, náuseas, diarrea, ronquera, tos, opresión en el pecho, congestión nasal, palpitaciones, dificultad para respirar, tensión, somnolencia y alteraciones en el estado de ánimo. Lo anterior además puede gatillar conflictos sociales, generando trastornos relacionados con el estrés y daños patrimoniales (reducción del valor de la residencia). Típicamente, estos síntomas se producen en el momento de la exposición y permanecen por un corto periodo de tiempo. Sin embargo, para individuos sensibles tales como los pacientes asmáticos, la exposición a los olores puede inducir a síntomas que persisten durante largos periodos de tiempo, así como agravar las condiciones médicas existentes.

133. En adición, el informe de fiscalización ambiental establece que se han generado gases, al disponer que *“En el recorrido de inspección realizado a las pilas de acopio de conchas, personal de la SEREMI de Salud presentó fuertes dolores de cabeza y náuseas. Se realizó una medición de la concentración de gases mediante la utilización de equipo marca MSA modelo ORION Plus constatando presencia de gases amoniacos y ácido sulfhídrico, típicos en los procesos de descomposición anaeróbica (anexo 2)”*²⁸.

134. Al respecto, cabe señalar que la presencia de amoniacos y ácido sulfhídrico, tienen efectos específicos en la salud de la población, que pueden generar un riesgo a la salud de las personas.

135. Así las cosas, a Agencia para Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades de Estados Unidos ha señalado que *“La exposición a concentraciones bajas de ácido sulfhídrico puede causar irritación de los ojos, la nariz o la garganta. También puede causar dificultad para respirar en personas asmáticas. Las exposiciones breves a concentraciones altas de ácido sulfhídrico (más de 500 ppm) pueden producir pérdida del conocimiento. En la mayoría de los casos, la persona parece recuperar el conocimiento sin sufrir otros efectos. Sin embargo, en muchos individuos, pueden ocurrir efectos permanentes o de largo plazo, como por ejemplo dolores de cabeza, lapsos de concentración, mala memoria y alteración de las funciones motoras. En seres humanos expuestos a las*

²⁶ Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas. Mapa Hidrogeológico de Chile. Escala 1: 2.500.000. Texto Explicativo. Contribución del Comité Chileno para el Programa Hidrológico Internacional, al Mapa Hidrogeológico de América del Sur. Santiago de Chile, Diciembre 1986. p. 36.

²⁷ Información obtenida a través del perfil de elevación de Google Earth^{MR}.

²⁸ Superintendencia del Medio Ambiente. Op. Cit. p. 20.

concentraciones típicas de ácido sulfhídrico en el ambiente (0.00011 a 0.00033 ppm) no se han descrito efectos a la salud. Se han descrito fatalidades causadas por inhalación de cantidades altas de ácido sulfhídrico en una variedad de ocupaciones, incluyendo trabajo en alcantarillas, plantas para procesamiento de animales, basurales, plantas de tratamiento de lodo, sitios de perforación de petróleo o gas natural y estanques y pozos negros”²⁹.

136. La misma institución ha expresado respecto del amoníaco que *“La exposición a niveles altos de amoníaco en el aire puede ser irritante para la piel, los ojos, la garganta y los pulmones y puede producir tos y quemaduras. La exposición a niveles muy altos de amoníaco puede producir daño del pulmón y la muerte. Algunas personas asmáticas pueden ser más sensibles a los efectos de respirar amoníaco que otras personas”³⁰.*

137. En este orden de ideas, la **infracción N° 1** genera un peligro de daño al elemento del medio ambiente agua, debido a que el no cubrir la celdas de acopio, implica un mayor volumen de percolado, el cual es infiltrado no sólo a través de las piscinas de infiltración, sino que también directamente desde las celdas, pudiéndose producir una contaminación de las napas subterráneas. A su vez, se puede generar un daño, respecto de la calidad del agua del río aledaño al proyecto, debido al tránsito subsuperficial de los percolados hacia éste y el posible rebalse de los pozos de infiltración. Por otro lado, genera un riesgo a la salud de la población, debido a la emanación de olores y gases producida por los percolados y el posible consumo de las aguas contaminadas.

138. Así las cosas, en esta infracción se genera un peligro de daño al medio ambiente de importancia media, especialmente respecto del elemento agua, como también riesgo a la salud de la población, lo cual se considerará al determinar el valor de seriedad del componente de afectación de las sanciones específicas que corresponda aplicar a cada infracción.

139. Por su parte, la **infracción N° 2**, al igual que la infracción N° 1, genera olores molestos y emanación de gases, debido a la descomposición de los restos orgánicos. En adición, la circunstancia de que existan estos restos orgánicos en las conchas, implica que la calidad del percolado empeora, aumentando las posibilidades de que se genere una contaminación de las napas subterráneas y del río colindante.

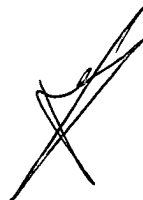
140. De este modo, en esta infracción se genera un peligro de daño al medio ambiente de importancia media, especialmente respecto del elemento agua, como también riesgo a la salud de la población de una forma mayor que en la infracción N° 1, la cual no sería tan lesiva si existiese menor cantidad de materia orgánica. Esta situación será considerada al determinar el componente de afectación de la sanción específica que corresponda aplicar a la infracción, aumentando el valor de seriedad en una mayor medida que en la infracción N° 1.

141. Finalmente, en el caso de la **infracción N° 3**, el no construir completamente las zanjas perimetrales, tiene como consecuencias que exista una mezcla de las aguas lluvias con las aguas de contacto, lo cual implica una superficie mayor de contacto del percolado con el suelo, pudiendo generar una contaminación de las napas subterráneas y del río colindante. Además, se produce un riesgo a la salud de la población, por el consumo del agua contaminada y la utilización de ésta para el regadío.

142. Por lo tanto, en el caso de esta infracción se produce un peligro de daño al medio ambiente de importancia media y a su vez riesgo a la salud de la población, lo cual se tendrá en consideración para determinar el valor de seriedad del componente afectación de la sanción específica que corresponda aplicar, en una menor medida que en las otras infracciones.

²⁹ Agencia para Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades. Resumen de Salud Pública, Ácido Sulfhídrico. Estados Unidos, Julio 2006. Disponible en página web: http://www.atsdr.cdc.gov/es/toxfaqs/es_tfacts114.html

³⁰ Agencia para Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades. Resumen de Salud Pública, Amoníaco. Estados Unidos, Septiembre 2004. Disponible en página web: http://www.atsdr.cdc.gov/es/toxfaqs/es_tfacts126.html



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

i. Consideraciones generales.

1. 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”.

2. 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.

3. 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.

4. 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 potencial.

ii. Aplicación al caso específico.

5. Tal como se expresó en el análisis de circunstancia del artículo 40 anterior, las tres infracciones en su conjunto, permiten la generación de una mayor cantidad de percolado a la evaluada ambientalmente, el cual a su vez, probablemente tiene una peor calidad a la que se declaró en esta evaluación. Bajo este entendido, se debe considerar que se genera un riesgo a la salud de la población, si es que este percolado toma contacto con cursos de aguas que tienen fines de consumo humano o regadío.

6. Por lo tanto, considerando que la denuncia efectuada con fecha 19 de julio de 2013 por la junta de vecinos de Puacura, el Comité del Agua de Puacura, el Club Deportivo el Sol de Astilleros y la Junta de Vecinos Los Maitenes, establece que existen personas que consumen agua de este río, y que a su vez lo utilizan para regadío, se considera que las infracciones en su conjunto producen un riesgo a la salud de estas personas, las cuales ascienden de acuerdo al número de firmas de dicha denuncia a 97 personas.

7. En adición, las infracciones N° 1 y N° 2, generan un riesgo a la salud de la población, especialmente de efectos agudos a la salud, por la emanación de olores del proyecto y la presencia de gases tóxicos propios de la descomposición que se constató en el acta de inspección.

8. Esta presencia de gases y emanación de olores, se puede afirmar, que afecta al menos a los pobladores que se encuentran dentro de un radio de 1.000 metros del proyecto, los cuales de acuerdo a la Adenda de la evaluación del proyecto ascienden a 19 hogares, dentro de los cuales se puede estimar alrededor de 4 habitantes promedio, existiendo un riesgo a la salud de 76 personas, sin ser contabilizadas las personas que transitan por sector a través de vehículos.

9. Por lo tanto, esta circunstancia será considerada para determinar el componente afectación de la sanción específica que corresponde aplicar a cada infracción,

considerando un aumento mayor del valor de seriedad en las infracciones N° 1 y N° 2, debido a que producen efectos que pueden generar un riesgo a la salud de las personas que afecta a un número mayor de personas que la infracción N° 3 (173 personas y 97 personas respectivamente).

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

i. Consideraciones generales

10. 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 de un aumento en los ingresos, o de 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.

11. 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 cumplimiento³¹), como en el de cumplimiento en una fecha posterior (escenario de cumplimiento³²). 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 el caso en que al momento de la estimación del beneficio económico, el infractor aún no haya dado cumplimiento a la normativa, para efectos del cálculo se asume que el infractor incurrirá en los costos o inversiones pertinentes en una fecha determinada, la cual corresponde aproximadamente al quinto día a partir de la fecha de notificación de término del procedimiento sancionatorio.

12. En el caso del beneficio asociado a los costos evitados por motivo del incumplimiento se considera el ahorro económico que el infractor obtiene gracias al incumplimiento y el beneficio asociado al uso alternativo de este dinero. 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 podrá darse cumplimiento a la normativa, deben ser considerados como costos evitados. Su cálculo se basa en la estimación del valor presente asociado a la variación en el flujo de caja financiero que significa para el infractor el no incurrir en los costos señalados, durante el período de incumplimiento.

13. Para estimar el beneficio asociado a los costos indicados en los numerales anteriores, la SMA contempla los ajustes correspondientes por inflación y tipo de cambio según corresponda, así como los efectos asociados al pago de impuestos³³. Asimismo, para efectos de cálculo se aplica una tasa de descuento o capitalización que refleja *el valor del dinero en el tiempo* para el infractor. Para ello se utiliza, por regla general en el caso de las empresas privadas, una

³¹ 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.

³² Escenario en el cual efectivamente se da cumplimiento a la exigencia asociada a la normativa en una fecha determinada.

³³ En términos de flujos financieros, al no incurrir en un determinado costo en una fecha determinada, el infractor obtiene un beneficio a nivel de resultado operacional, pero a su vez, deja de obtener el beneficio asociado a la reducción de la base imponible que hubiese existido en el caso de incurrir en el costo, ya sea por el monto del mismo, o por la depreciación de los activos en el caso de inversiones en capital.

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”³⁴, estimado 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, así como valores de referencia del riesgo asociado a este rubro. En el caso de las demás entidades fiscales³⁵ y otras organizaciones sin fines de lucro, la tasa de descuento se considera nula³⁶.

14. Finalmente, el beneficio asociado a los ingresos derivados de una actividad ilegal considera el beneficio asociado al 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. La determinación del beneficio económico asociado a este tipo de ganancias, se realiza en base a estimaciones que consideran los elementos del caso específico, no respondiendo a un único modelo, en consideración a que el aumento en los ingresos a partir de una actividad ilegal puede producirse a partir de variados escenarios o circunstancias.

ii. Aplicación al caso específico

15. Para el caso concreto de infracciones que se han imputado a Cal Austral, este Fiscal Instructor estima que se han generado beneficios de índole económica, por costos retrasados.

16. Así, se ha concluido que Cal Austral ha incurrido en costos retrasados en las tres infracciones configuradas debido a: la falta de cubrimiento de las pilas de acopio de materia prima con polietileno (plástico), no implementar medidas tendientes a verificar un mejor control de calidad de recepción de la materia prima en orden a no aceptar cargas con restos de materia orgánica en las conchas y, no tener las zanjas de aguas lluvias despejadas y debidamente construidas.

17. De esta manera, la empresa, con motivo de las infracciones de las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA N° 29/2004, ha obtenido un beneficio económico, que se mostrará en forma sistematizada en la tabla N° 1, en la cual frente a cada infracción, se indican los gastos que se estimaron necesarios para el cumplimiento, expresando las obras o acciones que se han considerado como costos atrasados, y los plazos de cumplimiento si se hubiera realizado a tiempo y de cumplimiento con el retraso del caso.

18. Cabe tener presente que la tasa de descuento aplicada al cálculo para el caso fue de 13,97%, correspondiente al rubro pesquero y que se ha propuesto como fecha de pago estimada de multa el 30 de junio de 2015.

Tabla N°1: beneficio económico relativo a infracciones que contemplan costos retrasados

Materia constitutiva de infracción	Gastos	Costo retrasado [UTA]	Fecha de cumplimiento a tiempo	Fecha de cumplimiento con retraso	Beneficio económico [UTA]	Beneficio económico Total [UTA]
1. No cubrir la totalidad de las pilas de acopio de conchas con polietileno	Costo de elaboración de cubierta de plástico (inversión). Costo de	21	11-06-2013	23-12-2014	5,2	5,2

³⁴ Conocido también como WACC, por su sigla en inglés para *Weighted Average Cost of Capital*.

³⁵ Entidades fiscales exceptuando a las empresas del Estado. Comprende a Ministerios y Servicios de gobierno (Poder ejecutivo), Poder Judicial, Poder Legislativo, Municipalidades, Hospitales Públicos, Instituciones de Educación Superior del Estado, Liceos y Colegios Fiscales.

³⁶ El fundamento de considerar una tasa de descuento nula en el caso de este tipo de organizaciones, corresponde a que éstas no tienen por objeto el obtener una rentabilidad económica, sino la obtención de una rentabilidad social, por lo que se asume que los recursos no invertidos en cumplir normativa se destinan a otros proyectos que aportan al beneficio colectivo y no a una actividad de tipo comercial.

	instalación con horas de máquina (gastos corrientes no recurrentes).					
2. Recepcionar conchas que contienen restos orgánicos, generando olores y presencia de avifauna local.	Construcción de plataforma de muestreo.	2	11-06-2013	23-12-2014	0,4	10,1
	Capacitaciones a transportistas y personal destinado a calidad.	1		13-07-2014	0,2	
	Establecimiento de procedimientos de control de calidad para el ingreso materia prima, con registro sistematizado de ingresos ³⁷ (se asume costo anual en personal de \$20.262.546).	40		23-12-2014	9,5	
3. Contar con zanjas perimetrales para canalización de aguas lluvias parcialmente construidas, produciéndose una acumulación de aguas de contacto en los sectores que rodean las pilas de acopio de conchas.	Mejoras en zanjas: eliminación de apozamientos de líquidos en canaletas de conducción.	13	11-06-2013	27-03-2015 ³⁸	3,4	3,4

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

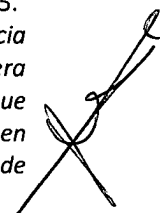
19. La intencionalidad al no ser un elemento necesario para la configuración de la infracción actúa en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la LO-SMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar en cada caso.

20. 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 Sancionador³⁹, no exige como requisito o

³⁷ Los costos de modificación de contratos de materia prima, basados en visitas de gerentes a plantas no se considerarán para estos cálculos.

³⁸ Dado que la empresa no prueba que haya vuelto al cumplimiento de la obligación respecto de todas las pilas de acopio de conchas, se asumirá la fecha del punto medio del período que transcurre entre la fecha del escrito (23 de diciembre de 2014) y la fecha de pago de multa estimadas para el caso que corresponde al 30 de junio de 2015.

³⁹ 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



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.

21. 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.

22. Así las cosas, en el caso de la legislación ambiental, existen instrumentos de gestión ambiental, cuyos regulados se ven obligados a cumplir diversas condiciones, límites, requisitos, exigencias, prohibiciones, dependiendo del instrumento de que se trate.

23. Dentro de estos regulados, se encuentran los sujetos calificados, que desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación. Asimismo, disponen de una organización sofisticada que les permita afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su correcta operación y eventuales contingencias. Respecto de estos regulados, 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.

24. En relación al sujeto calificado en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, 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 RCA⁴⁰. 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.

25. 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.

26. 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

27. En este caso específico, la DIA del proyecto “Acopio de Conchas y Planta de Cal Agrícola Chiloé” que ingresó al SEIA, propuso medidas que no fueron sustancialmente modificadas en la evaluación, reproduciéndose textualmente cada una de las medidas en la RCA, en especial aquellas que tienen relación con los incumplimientos que han sido acreditados en

graduación (agravante) de la sanción”. En NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”. 4ª Edición. Ed. Tecnos, 2008. 391 p.

⁴⁰ 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.

el presente procedimiento administrativo sancionatorio. De esta manera, se puede concluir que la empresa se encuentra en una muy buena posición para tener conocimiento de sus obligaciones.

28. A mayor abundamiento, en caso de que la empresa no hubiese tenido un conocimiento cabal de sus obligaciones, ésta fue objeto de un procedimiento sancionatorio seguido ante la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos, en el cual se le imputó el incumplimiento, entre otros, a las medidas que son objeto de este sancionatorio, por lo Cal Austral debía tener un conocimiento acabado de estas obligaciones.

29. Sin perjuicio de lo anterior, este Fiscal Instructor no cuenta con indicios suficientes para acreditar que se cumple con los requisitos para determinar que existió intencionalidad en la comisión de las infracciones en análisis, debido a que a pesar de poder imputarse al sujeto que debía tener un conocimiento acabado de sus obligaciones, esto no se ha reflejado en su actuar, y además, no existen indicios respecto del conocimiento de la empresa asociado a la conducta que realizó en contravención a la RCA, ni de su antijuricidad.

30. Por lo tanto, esta circunstancia no será considerada para aumentar el componente afectación de la sanción que corresponde aplicar a cada una de las infracciones acreditadas en el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

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

i. Consideraciones generales

31. 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, en este caso, Los Bronces. 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

32. Al respecto, cabe señalar que Cal Austral S.A., ha sido objeto de una sanción por incumplimiento a la RCA N° 219/2007 por parte de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos, con fecha 15 de febrero de 2011, a través de Resolución Exenta N° 103. Esta sanción ascendió a 20 UTM y se justificó por incumplimientos relativos a la falta de zanjas perimetrales para canalizar las aguas lluvias, falta de cobertura de los acopios de conchas, existencia de cantera de aspecto pantanoso con apozamiento de líquidos, presencia de abundante espuma en el pozo de acumulación de aguas lluvias y la recepción de conchas con restos de materia orgánica.

33. Cabe tener presente, que este procedimiento se dio inicio en base a una inspección realizada en marzo del año 2010, transcurriendo un poco más de tres años, entre esta inspección y la que ha dado inicio al presente procedimiento administrativo.

34. Así las cosas, tanto el hecho de que las mismas infracciones acreditadas en el presente dictamen, hayan sido cometidas con anterioridad, como el corto tiempo que existe entre la constatación de ambos incumplimientos, será considerado como una conducta anterior del infractor que constituye un factor que aumenta el componente de afectación de la sanción para la determinación de la misma.

f) de la LO-SMA).

h) **Capacidad económica del infractor (artículo 40 letra**

i. Consideraciones generales

35. 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 Pública⁴¹. 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

36. En este caso, de acuerdo a estimaciones realizadas por el Servicio de Impuestos Internos, en base a información tributaria autodeclarada al año 2013, Cal Austral S.A. corresponde a una empresa mediana 2. Dicha circunstancia será considerada para determinar la sanción a aplicar, en forma proporcional a su tamaño económico, disminuyendo el componente de afectación de la multa que corresponde aplicar.

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

37. 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. Para el presente caso, se ha estimado relevante ponderar como criterio o circunstancia la conducta posterior a la infracción.

38. Al respecto, 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.

39. En el caso específico, en cuanto a la **infracción N° 1**, a través de una serie de presentaciones, la empresa afirma que ha ejecutado las siguientes acciones para dar cumplimiento a la RCA en este aspecto: a) Modificación de protocolos de trabajo; b) Material para tapado efectivo de todas las celdas durante una estación; c) Tapado efectivo de las celdas durante todo el proceso.

40. Para acreditar estas acciones, Cal Austral acompaña copia de los protocolos de trabajo, copia del registro de comunicaciones relativo a la difusión del procedimiento de acopio de conchas y fotografías de tapado de las celdas.

⁴¹ 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.

41. En relación a estas acciones y a la prueba aportada por la empresa, cabe señalar, que estas medidas a pesar de constituir un avance en este aspecto, no son suficientes para dar un cumplimiento cabal a la RCA, la cual establece un procedimiento claro para el llenado de las celdas de acopio, el cual no se reproduce en el protocolo. Así, el llenado de las celdas de acopio debe ser mediante bandas y ser tapado una vez que se llenen 4 bandas, por otro lado, no se explicita el hecho de que durante los meses de junio y julio los acopios deben permanecer por completo cubiertos.

42. Por otro lado, en el caso del registro de comunicaciones, existen ciertas inconsistencias entre el número de operadores capacitados, que asciende sólo a 4, siendo que en el comienzo del escrito, la empresa menciona que tiene contratados a más de 50 trabajadores. Además, las fotografías relativas al tapado de celdas de acopio, permiten determinar que se están tapando, pero no la cantidad de celdas tapadas, la ubicación o la fecha de captura de éstas fotografías, por lo que es débil la prueba aportada. Finalmente, las mismas fotografías acompañadas acreditan que existe un incumplimiento del protocolo, debido a que hay zonas en las que las celdas de acopio comienzan inmediatamente después de las zanjas perimetrales y no un metro después como está establecido en dicho documento.

43. De esta manera, este Fiscal Instructor, comprende que han existido acciones tendientes a volver al cumplimiento de la RCA infringida, sin embargo, estas acciones no son suficientes, ni tampoco se encuentran acreditadas de una forma fehaciente. Por lo tanto, se considerará esta circunstancia en un porcentaje menor al máximo, para reducir el componente de afectación de la sanción específica que corresponde aplicar a la infracción N° 1.

44. En el caso de la **infracción N° 2**, la empresa afirma que se han realizado las siguientes acciones: a) Construcción de plataforma de muestreo; b) Capacitación a personal de control de calidad; c) Capacitación a transportistas; d) Modificación de contratos de suministros de conchas; e) Registro sistematizado de ingresos.

45. Para acreditar la implementación de estas medidas la empresa acompaña fotografías de la plataforma de muestreo y de conchas recepcionadas, registro de capacitaciones realizadas a operadores y transportistas, copia del procedimiento de control de calidad de recepción de desecho de conchas, copia del instructivo de toma de muestra recepción de desechos de conchas, documento denominado "Procedimiento para el mecanismo de rechazo de las conchas que contengan restos cárneos u otros materiales", copia del procedimiento de control de calidad en retiro y recepción de desecho de conchas, copia de formulario de control de conchas de desecho – retiro y depósito, documento que establece rangos de materia orgánica, mapa del recinto Cal Austral, registro de comunicaciones de capacitaciones a conductores sobre ingreso planta, mapa de acopios y uso de radios portátiles, registro de comunicaciones de capacitación de procedimiento de recepción de conchas y toma de muestras.

46. Al analizar la prueba aportada, se puede determinar que a pesar de haberse realizado un conjunto de acciones con el objeto de volver al cumplimiento de la RCA, no se logra acreditar que las celdas de acopio actualmente se encuentran sin restos orgánicos, debido que no se entregan fotografías de éstas que incluyan georreferencia y fecha de captura. Por otro lado, no se adjuntan las modificaciones a los contratos celebrados con los contratistas, ni los registros de ingreso que se han ido utilizando. Finalmente, al igual que en la infracción anterior, es confuso que se afirme que existen más de 50 trabajadores en la empresa, pero que sólo se capacite a 4 trabajadores, que cabe mencionar, son los mismos que fueron capacitados respecto del procedimiento de acopio de conchas.

47. De este modo, este Fiscal Instructor, estima que la empresa ha realizado acciones que son eficientes, pero que no ha logrado acreditar en su totalidad, por lo que esta circunstancia será considerada para disminuir el componente afectación al momento de determinar la sanción específica, en un porcentaje menor al máximo establecido en el modelo de determinación de sanciones.

48. Finalmente, en relación a la **infracción N° 3**, la empresa expresa que ha realizado un mejoramiento de las zanjas perimetrales, acreditando dicha acción, a través de fotografías. Sin perjuicio de lo anterior, las fotografías no permiten acreditar la implementación de esta medida, debido a que no se establece la ubicación de la zanja mediante georreferencia, ni la fecha de captura de ésta, por otro lado, estas fotografías, no muestran la totalidad de las zanjas perimetrales del proyecto.

49. Por lo tanto, este Fiscal Instructor, teniendo en cuenta que la empresa ha efectuado acciones con el fin de volver al cumplimiento, pero no ha logrado acreditar la implementación total de la medida, tendrá en consideración esta circunstancia para disminuir el componente afectación de la sanción específica, en un porcentaje menor al máximo establecido en el modelo.

50. Cabe mencionar, que Cal Austral menciona una serie de otras acciones que ha implementado, para contrarrestar los efectos de las infracciones realizadas tales como, inversión en jet pulse (ciclón sistema de aspersores en salida de secador), instalación de emisor de ruido para aves, protocolos de limpieza, análisis de parámetros para determinar si son fuente emisora, visitas y participación de la comunidad en los procesos y disponibilidad del recinto para iniciativas educativas y promover iniciativas de reciclaje en Chile.

51. Al respecto, se debe expresar que el emisor de ruido para aves, no constituye una medida para disminuir los efectos del proyecto, lo cual se debe realizar cumpliendo con la RCA. Por otro lado, en el caso del análisis de parámetros, la empresa no ha realizado ninguna acción tendiente a determinar si constituyen una fuente emisora, acompañando copia de los registros entregados por el Laboratorio que intentó tomar muestras encomendado por esta Superintendencia.

52. En el caso de las otras acciones, sin perjuicio de que se destaca su implementación, éstas no tienen relación directa con las infracciones de este procedimiento, además, no se acompañan medios que acrediten de una forma certera que se han ejecutado. Así en el caso de la instalación del jet pulse, no se precisan las características del jet pulse, no se acompaña contrato de compraventa de éste, ni video en el cual se muestre su funcionamiento. En cuanto a las acciones relativas al acercamiento a la comunidad, la prueba aportada no acredita que se hayan ejecutado estas acciones, ya que las actas de reuniones no incluyen miembros de la comunidad. Por lo tanto, estas medidas no serán consideradas para disminuir el componente afectación de la sanción específica que corresponda aplicar a cada infracción.

VIII. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

53. 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 Cal Austral S.A.

54. **Se propone una multa de 73 UTA**, respecto de la infracción N° 1, correspondiente a *“No cubrir la totalidad de las pilas de acopio de conchas con polietileno.”*.

55. **Se propone una multa de 118 UTA**, respecto de la infracción N° 2, relativa a *“Recepcionar conchas que contienen restos orgánicos, generando olores y presencia de avifauna local”*.

56. **Se propone una multa de 30 UTA**, para la infracción N° 3 consistente en *“Contar con zanjas perimetrales para canalización de aguas lluvias parcialmente construidas, produciéndose una acumulación de aguas de contacto en los sectores que rodean las pilas de acopio de conchas”*.

57. Se propone la absolución respecto del cargo N° 4, consistente en "El proyecto constituye una fuente emisora de aquellas establecidas en el D.S. 46/2002, debido a la generación de una mayor cantidad de percolado al evaluado ambientalmente. Esto se constata a través de la recirculación de aguas desde una zanja perimetral de aguas lluvia hasta una pila de acopio, mediante la utilización de una motobomba".


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



Rol N° D-013-2014