



Superintendencia
del Medio Ambiente
Gobierno de Chile


MCPB

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-049-2015**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Esta Instructora 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; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto Supremo N° 40, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 731, de 08 de agosto de 2016, de la Superintendencia de Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por la Resolución Exenta N° 906, de 29 de septiembre de 2015; la Resolución Exenta N° 1002, de 29 de octubre de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, y la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA

INSTRUCCIÓN

2. El Ord. N° 646, de fecha 19 de junio de 2015, de la Dirección Regional de Aguas de la Región Metropolitana (en adelante, "D.G.A. R.M.S."), mediante el cual dicho Servicio remitió a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA"), copia del expediente de fiscalización VV-1305-1918, en el marco del cual se dictó la Resolución D.G.A. R.M.S. N° 591, de fecha 10 de junio de 2015, que ordenó a don Rafael Prieto Moreno que, en un plazo de 30 días hábiles, contados desde la notificación de la misma, procediese a presentar un proyecto de solicitud de construcción de obra hidráulica correspondiente a un embalse, de acuerdo a lo previsto en la letra a) del artículo 294 del Código de Aguas y, que cumpliera con los requisitos y procedimientos administrativos previstos en el artículo 130 y siguientes del Código de Aguas. Asimismo, se resolvió remitir los antecedentes al Juez de Letras competente, para la aplicación de la multa que indica el artículo 173 del Código de Aguas, y enviar la información al Servicio de Evaluación Ambiental y a la SMA, para los fines pertinentes;

3. Que, los antecedentes del Ord. N° 646, de fecha 19 de junio de 2015, de la D.G.A. R.M.S., son los siguientes:

3.1 Mediante correo electrónico de fecha 09 de octubre de 2014, don Roberto Torres Huerta, Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Alhué, solicitó a la D.G.A. R.M.S., la realización de gestiones para regularizar un "corte de agua" del estero

El Asiento, que baja a Villa Alhué. Lo anterior, debido a que don Rafael Prieto Moreno, habría construido un tranque en un predio de su propiedad, ubicado en la comuna de Alhué, impidiendo que el agua siguiese su curso normal;

3.2 De acuerdo a la información recepcionada, la D.G.A. R.M.S. consideró pertinente abrir un expediente de fiscalización, para determinar la existencia de posibles infracciones al Código de Aguas, por extracción no autorizada de aguas y por obras no autorizadas en un cauce natural;

3.3 Que, para dar cumplimiento al debido proceso administrativo, mediante Ord. N° 1066, de fecha 21 de octubre de 2014, se dio traslado de la inspección de fiscalización realizada, a don Rafael Prieto Moreno;

3.4 Que, con fecha 29 de octubre de 2014, don Rafael Prieto Moreno, presentó sus descargos ante la D.G.A. R.M.S., señalando, en síntesis: a) Que su propiedad constaba de derechos de aguas debidamente inscritos, reflejados en una Resolución de la Dirección de Aguas, de 28 de noviembre del año 1935; b) Los derechos inscritos indicados serían 5 regadores de 15 litros por segundo, lo cual corresponde a un total de 75 litros por segundo; c) Que, con fecha 27 de octubre, se realizó medición del caudal entrante, registrando menos de 75 litros por segundo, en su propiedad; d) Que, no interferiría en el cauce natural de aguas por entorpecimiento, ya que tendría derecho a sacar aguas sin cambiar su curso y no habría hecho obras no autorizadas en cauce natural. El tranque de acumulación sería una obra particular en su predio, que recibiría aguas encausadas en forma natural y no entorpecería el cauce del estero Alhué; e) La denuncia de sacar o captar más agua de las que posee en derecho, sería consecuencia de la no regularización del sistema, en lo cual no le cabría responsabilidad. No existiría comunidad de regantes, ni menos una junta de vigilancia; f) Añade que sus derechos se ejercen desde tiempos inmemorables, aprovechando el declive de los suelos a través de quebradas y cortes de los terrenos, hasta llegar al tranque construido en su propiedad; g) Acompaña un plano que reflejaría el lugar donde se encuentra la toma de su campo, y el curso de aguas que corren por el estero de Alhué, y que nace en los cerros de La Goyana hasta llegar al lago Rapel;

3.5 Que, a partir de la información recopilada en terreno, con fecha 08 de mayo de 2015 y, en base a los antecedentes presentes en el expediente VV-1305-1918, se elaboró el Informe Técnico D.G.A. R.M.S. N° 144, de 04 de junio de 2015, el cual en lo principal indica que: a) La inspección en terreno fue realizada por personal de la D.G.A. R.M.S., en conjunto con funcionarios de la Dirección de Obras Hidráulicas de la Región Metropolitana y de la Ilustre Municipalidad de Alhué, con el fin de identificar la efectividad de los hechos denunciados; b) En el lugar de la inspección, se constató una obra de captación rústica, compuesta por piedras, palos y plástico en el cauce del estero Alhué, emplazada en las coordenadas UTM Datum WGS 84, Norte: 6.231.212 metros y Este: 310.994 metros. Dicha obra tiene el objetivo de captar agua y permitir la conducción hacia un tranque de acumulación de propiedad de don Rafael Prieto Moreno. Las coordenadas donde se emplaza el tranque de acumulación de aguas son las siguientes:



Puntos	Coordenadas UTM (m) Datum WGS 84	
	Norte	Este
P1	6.231.171	310.873
P2	6.231.450	310.404
P3	6.231.303	310.604
P4	6.231.378	310.659

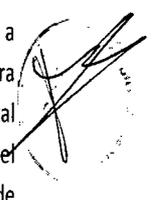
3.6 Que, respecto a la denuncia por extracción no autorizada de aguas, obras no autorizadas en cauce natural y entorpecimiento en uso de aguas, el Servicio referido indicó que no fue posible constatar la concurrencia de hechos constitutivos de infracción al Código de Aguas, por parte de don Rafael Prieto Moreno;

3.7 Que, en relación al tranque de acumulación de aguas, cuya existencia fue verificada en la visita inspectiva de fiscalización ya referida, se destaca que cuenta con una superficie irregular de 54.000 metros cuadrados, con un largo de 545 metros y ancho de entre 70 y 150 metros aproximadamente, con alturas de muro de entre 1 y 3 metros, por lo que su capacidad de almacenamiento proyectada resulta mayor a 50.000 metros cúbicos. El tranque es abastecido con la extracción de aguas superficiales provenientes del estero Alhué, correspondientes al riego de una superficie de 80 hectáreas y un caudal solicitado de 75 litros por segundo;

3.8 Que, el acuífero donde se ubica la construcción del tranque señalado, es el acuífero Alhué, sector estero Alhué, declarado como Área de Restricción, según la Resolución D.G.A. (Toma de Razón) N° 183, de fecha 26 de mayo de 2008, y modificada por la Resolución D.G.A. (Toma de Razón) N° 224, de fecha 30 de septiembre de 2011;

3.9 Que, de acuerdo a las características del tranque, resulta efectiva la existencia y operación de una obra hidráulica correspondiente a un embalse, de acuerdo a lo previsto en la letra a) del artículo 294 del Código de Aguas, que requiere la aprobación previa de la D.G.A. Las solicitudes de aprobación deben realizarse mediante la presentación de proyectos, debiendo evaluarse técnicamente que la obra no afectará la seguridad de terceros ni producirá la contaminación de las aguas, previo a la construcción de la obra. La D.G.A. aprueba los proyectos mediante una resolución exenta, y por medio de otra, se receptionan las obras y se autoriza su operación;

3.10 Que, todas las solicitudes que corresponden a aquellas descritas en el artículo 294 del Código de Aguas, según lo dispuesto en el artículo 10 letra a) de la Ley N° 19.300, deberán contar con la correspondiente Resolución de Calificación Ambiental favorable (en adelante, "RCA"), en forma previa a la resolución final por parte de la D.G.A. Si el proyecto en evaluación es calificado desfavorablemente, corresponde que la solicitud de aprobación de la obra sea denegada de plano;



4. El memorándum DSC N° 430, de 10 de septiembre de 2015, de la División de Sanción y Cumplimiento, mediante el cual se procedió a designar a don Máximo Núñez Reyes como Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a doña Dánisa Estay Vega como Fiscal Instructora Suplente.

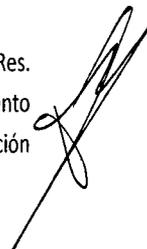
5. La instrucción del procedimiento sancionatorio, mediante formulación de cargos en contra de don Rafael Prieto Moreno, a través de la Res. Ex. N° 1, Rol D-049-2015, de fecha 14 de septiembre de 2015.

6. Que, con fecha 03 de febrero de 2016, a través de la Res. Ex. N°2/Rol D-049-2015, en el marco del presente procedimiento sancionatorio de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como para el eventual ejercicio por parte de esta Superintendencia, de la atribución establecida en la letra i) del artículo 3° de la LO-SMA, se solicitó el pronunciamiento a la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental para que indicara si la obra que consiste en un tranque de acumulación de agua mayor a 50.000 metros cúbicos requiere ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en conformidad con los artículos 10 letra a) de la ley N° 19.300 y 3 letra a), del D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente y se suspendió el presente procedimiento sancionatorio, hasta que se hubiere recepcionado por parte de la SMA el pronunciamiento solicitado.

7. Que, con fecha 13 de junio de 2016, se recepcionó en la SMA el Oficio N° 042668, de fecha 09 de junio de 2016, de la Contraloría General de la Republica, donde da cuenta de un reclamo dirigido a dicho Organismo, realizado por el Sr. Rafael Prieto Moreno en contra de la Superintendencia del medio Ambiente, por imputarle la construcción de un tranque para la acumulación de aguas en la comuna de Alhué acompañando además copia de la Resolución Exenta N° 2/Rol D-049-2015, referida en el punto anterior de este dictamen. En dicho oficio, la Contraloría General señaló que no se advierte vulneración normativa en la intervención de la Superintendencia, toda vez que se trata del desarrollo de funciones públicas que le son propias, a través de actos de instrucción del procedimiento previsto en su Ley Orgánica y sin que dicho organismo haya emitido su decisión sobre la materia, a través de un acto administrativo formal.

8. Con fecha 18 de julio de 2016, a través del OF.ORD. D.E. N° 160942/2016, de 14 julio de 2016, el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, se informó a esta Superintendente, que habiéndose tenido a la vista y analizado los antecedentes del presente procedimiento, el Servicio concluye que el proyecto requiere ingresar obligatoriamente al SEIA, en atención a que cumple con la tipología establecida en el literal a), inciso primero y en el literal a.1, del artículo 3° del RSEIA, por referirse a un embalse o tranque que debe someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, atendiendo que posee una capacidad superior a 50.000 metros cúbicos.

9. En razón de lo anterior, a través de la Res. Ex. N° 3/Rol D-049-2015, de 01 de diciembre de 2016, se reinició el presente procedimiento sancionatorio, haciéndose presente al presunto infractor, que desde la notificación de la resolución





individualizada, continuarán corriendo los plazos que se encontraban vigentes al momento de la suspensión.

III. IDENTIFICACIÓN DEL INFRACTOR

10. El presente procedimiento administrativo se inició a través de la Res. Ex. N° 1, Rol D-049-2015, de fecha 14 de septiembre de 2015, en contra de don Rafael Prieto Moreno, cédula nacional de identidad N° 2.899.588-1, domiciliado en calle Isidora Goyenechea N° 3434, departamento N° 21, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

IV. CARGO FORMULADO

11. En la formulación de cargos, se individualizó el siguiente hecho que se estima constitutivo de infracción a las normas que se indican:

Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma eventualmente infringida
<p>Elusión de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por construcción de tranque de acumulación de agua, cuya capacidad de almacenamiento es mayor a 50.000 metros cúbicos.</p>	<p>(1) Lo dispuesto en el inciso primero del Artículo 8° de la Ley N° 19.300, que Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, estableciendo: <i>"Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley."</i></p> <p>(2) Lo dispuesto en el Artículo 10° letra a) de la Ley N° 19.300, que Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que establece: <i>"Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas"</i>.</p> <p>(3) Lo dispuesto en el Artículo 3° letra a), a.1, del D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que dispone: <i>"Tipos de proyectos o actividades. Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes:</i></p> <p><i>a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas. Presas, drenajes, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas, incluyendo a los glaciares que se encuentren incorporados como tales en un Inventario Público a cargo de la Dirección General de Aguas. Se entenderá que estos proyectos o actividades son significativos cuando se trate de:</i></p> <p><i>a.1. Presas cuyo muro tenga una altura superior a cinco metros (5 m) medidos desde el coronamiento hasta el nivel del terreno natural, en el plano vertical que pasa por el eje de éste y que soportará el embalse de</i></p>

Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma eventualmente infringida
	<i>las aguas, o que generen un embalse con una capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos (50.000 m³)”.</i>

V. **NO PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DE DON RAFAEL PRIETO MORENO.**

12. Habiéndose notificado a don Rafael Prieto Moreno la Res. Ex. N° 1, Rol D-049-2015, de fecha 14 de septiembre de 2015, el día 23 de septiembre de 2015, por carta certificada recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Las Condes, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante el número de seguimiento asociado a la carta respectiva, N° 1180075607928, este no solicitó reunión de asistencia, no presentó Programa de Cumplimiento, pudiendo hacerlo, ni tampoco presentó descargos ni efectuó alegación alguna ante esta Superintendencia.

VI. **PRONUNCIAMIENTO DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL Y SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO.**

13. Con fecha 03 de febrero de 2016 a través de la Res. Ex. N° 2/Rol D-049-2015, en el marco del presente procedimiento sancionatorio de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como para el eventual ejercicio por parte de esta Superintendencia, de la atribución establecida en la letra i) del artículo 3° de la LO-SMA, se solicitó el pronunciamiento a la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental para que indicara si la obra que consiste en un tranque de acumulación de agua mayor a 50.000 metros cúbicos requiere ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en conformidad con los artículos 10 letra a) de la ley N° 19.300 y 3 letra a), del D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente.

14. Adicionalmente, a través de la resolución indicada en el punto anterior, se suspendió el presente procedimiento sancionatorio, hasta que se hubiere recepcionado por parte de la SMA el pronunciamiento solicitado a la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental.

15. Con fecha 18 de julio de 2016, a través del OF.ORD. D.E. N° 160942/2016, de 14 julio de 2016, el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental responde la solicitud de la SMA señalada anteriormente, informando lo siguiente:

15.1 Que se estima que la obra tranque de acumulación de agua, de capacidad de almacenamiento es superior a 50.000 metros cúbicos, sí se encuentra obligada a ingresar al SEIA, en atención a que cumple con la tipología establecida en el literal a), inciso primero y en el literal a.1., del artículo 3° del D.S. 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, por referirse a un embalse o tranque que debe someterse a la autorización establecida



en el artículo 294 del Código de Aguas, atendido que posee una capacidad superior a 50.000 metros cúbicos.

15.2 Que para llegar a la conclusión antes señalada el Servicio tuvo a la vista: a) la Resolución Exenta N° 2/Rol D- 049-2015, de fecha 03 de febrero de 2016, de la SMA; b) la Resolución Exenta N° 1/Rol D-049-2015, de fecha 14 de septiembre de 2015, de la SMA; ORD. N° 646, de fecha 19 de junio de 2015, de la Dirección General de Aguas; c) la Resolución D.G.A. R.M.S. N° 591, de fecha 10 de junio de 2015, de la DGA de la Región Metropolitana; d) el Informe Técnico D.G.A. R.M.S. N° 144, de fecha 04 de junio de 2015, de la DGZ; e) Formulario de Ingreso de Inspecciones, con fecha 13 de octubre de 2014; d) la Denuncia presentada por don Roberto Torres Huerta, Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Alhué, ante la Dirección General de Aguas de la Región Metropolitana.¹

15.3 Que de acuerdo a la información tenida a la vista, el tranque de acumulación de agua ubicado en Alhué corresponde a un embalse, que no cuenta con la aprobación de la DGA, cuya superficie es irregular, con un largo de 545 metros y ancho entre 70 y 150 metros aproximadamente, con alturas de muro de entre 1 y 3 metros, de una capacidad de almacenamiento proyectada mayor a 50.000 metros cúbicos. De acuerdo al Informe Técnico D.G.A. R.M.S. N° 144, de fecha 04 de junio de 2015, de la DGA, consta que dicho proyecto existe desde el año 2007 y que éste no cuenta con resolución de calificación ambiental, por tanto corresponde analizar su pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en función de los supuestos establecidos en los literales del artículo 3° del RSEIA.

15.4 Que, la ley N° 19.300 indica en su artículo 8° que "Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley".

15.5 Que, por su parte, el artículo 10 antes mencionado contiene un listado de "*proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental*" los cuales son detallados en el artículo 3° del RSEIA.

15.6 Que el artículo 10 letra a) de la Ley N° 19.300 establece que "*Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas (...)*".

15.7 Que, los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental listados en el artículo 10 de la ley son detallados en el artículo 3° del RSEIA, y considerando las características del proyecto, corresponde analizar el literal a) del artículo 3° del RSEIA, a saber:

¹ Todos los antecedentes mencionados son parte integrante del presente procedimiento sancionatorio.

a. *“Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas.*

Presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos de aguas, incluyendo a los glaciares que se encuentren incorporados como tales en un Inventario Público a cargo de la Dirección General de Aguas. Se entenderá que estos proyectos o actividades son significativos cuando se trate de:

a.1 Presas cuyo muro tenga una altura superior a cinco metros (5m) medidos desde el coronamiento hasta el nivel de terreno natural, en el plano vertical que pasa por el eje de éste y que soportará el embalse de las aguas, o que generen un embalse con una capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos (50.000 m³). (...)”.

15.8 Que, el artículo 294 del Código de Aguas establece que *“Requerirán la aprobación del Director General de Aguas (...), la construcción de las siguientes Obras:*

a) Los embalses de capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos o cuyo muro tenga más de 5 m. de altura”

15.9 Que, al respecto la DGA, en su Informe Técnico D.G.A. R.M.S. N° 144, de fecha 04 de junio de 2015, concluyó que el Proyecto requiere de su aprobación para dar cumplimiento al citado artículo 294 del Código de Aguas.

15.10 Que, en función de lo anterior, se puede mencionar lo siguiente:

a) De acuerdo a la inspección realizada por la DGA, con fecha 08 de mayo de 2015, se identificó una construcción de una obra hidráulica correspondiente a un embalse, que no cuenta con la aprobación de la DGA, lo cual constituye una infracción a los artículos 294 y siguientes del Código de Aguas.

b) Específicamente, la referida obra constituye un tranque de acumulación de aguas que cuenta con una capacidad superior a 50.000 metros cúbicos, con un largo de 545 metros y de ancho, entre 70 y 150 metros aproximadamente, con alturas de muro de entre 1 y 3 metros.

c) Por tanto, de acuerdo con lo indicado precedentemente, el proyecto corresponde a un embalse o tranque que requiere la autorización establecida en el artículo 294 de Código de Aguas, en atención a que posee una capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos, por lo que constituye un proyecto listado en el artículo 3° del RSEIA, específicamente en su literal a), inciso primero y en su literal a.1.

16. Que, en virtud de los antecedentes tenidos a la vista y el análisis planteado, es posible concluir que el proyecto *“Tranque de acumulación de aguas en Alhué”*, requiere ingresar obligatoriamente al SEIA, dado que tipifica sobre el umbral establecido en el literal a), inciso primero y en el literal a.1. del artículo 3° del RSEIA.



VII. REINICIO DEL PROCEDIMIENTO

SANCIONATORIO.

17. Con fecha 03 de febrero de 2016, a través de la Resolución Exenta N° 2/Rol D- 049-20156, se suspendió el presente procedimiento sancionatorio, hasta que se hubiere recepcionado por parte de esta Superintendencia el pronunciamiento de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, conforme se indicó en el capítulo VI del presente dictamen.

18. Posteriormente, con fecha 18 de julio de 2016, a través de OF. ORD. D.E. N° 160942, de 14 de julio de 2016, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, se recepciona por parte de la SMA el pronunciamiento señalado, conforme se indicó en el capítulo VI de este dictamen.

19. En conformidad con lo anterior, a través de la Res. Ex. N° 3/Rol D-049-2015, de 01 de diciembre de 2016, se reinició el presente procedimiento sancionatorio, haciéndose presente al presunto infractor, que desde la notificación de la resolución individualizada, continuarán corriendo los plazos que se encontraban vigentes al momento de la suspensión.

VIII. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA INFRACCIÓN, EN BASE A LOS CRITERIOS LÓGICOS Y DE EXPERIENCIA

20. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA, dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica², es decir, conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

21. Por otra parte, el artículo 53 de la LO-SMA, establece como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma cómo se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

22. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos han sido debidamente constatados por parte de funcionarios de D.G.A. R.M.S., conforme consta en el expediente de fiscalización VV-1305-1918, disponible en el expediente público de sanción asociado al procedimiento sancionatorio Rol D-049-2015.

² De este modo, 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 señalar 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. Véase TAVOLARI RAÚ, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000 pág., 282

23. Como consecuencia, en el proceso de emisión del dictamen, es necesario tomar en consideración las particularidades del procedimiento de inspección plasmado en el Informe Técnico de Fiscalización D.G.A. R.M.S. N° 144, de 04 de junio de 2015 y los demás documentos relativos al expediente de fiscalización VV-1305-1918.

24. Conforme al artículo 299 del Código de Aguas, la D.G.A. tendrá las atribuciones y funciones que dicho código le confiere, y, en especial, las siguientes: “c) Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación”.

25. La constatación de los hechos, según consta en el Informe Técnico de Fiscalización D.G.A. R.M.S. N° 144, de 04 de junio de 2015, tuvo lugar el día 8 de mayo de 2015, en los términos expuestos en el punto 3.5 del presente dictamen, esto es, mediante inspección en terreno, realizada por personal de la D.G.A. R.M.S., en conjunto con funcionarios de la Dirección de Obras Hidráulicas de la Región Metropolitana y de la Ilustre Municipalidad de Alhué.

26. Finalmente, cabe destacar que en el presente procedimiento administrativo, don Rafael Prieto Moreno no ha esgrimido cuestionamiento alguno sobre la certeza de los hechos verificados por la D.G.A. R.M.S., ni presentado prueba en contrario respecto a los hechos que se constatan, subsistiendo plenamente la presunción de veracidad de los hechos constatados por funcionario de la D.G.A. R.M.S.

27. Adicionalmente al carácter de ministros de fe los funcionarios de D.G.A. R.M.S., cabe hacer presente la consistencia absoluta de los hechos determinados en su fiscalización sectorial, y denunciados a esta Superintendencia, con la información de imagen satelital que es posible obtener del Software Google Earth, según se expone en los párrafos siguientes.

28. Conforme a la información obtenida mediante el software Google Earth, ya en 2009, el tranque denunciado operaba a plena capacidad, según las coordenadas del polígono reportado por la D.G.A. R.M.S. A continuación se insertan capturas de pantalla del software Google Earth, que dan cuenta de la operación del tranque, desde el año 2007, en que los puntos P1 a P4, son los señalados en el considerando 3.5 de este dictamen:

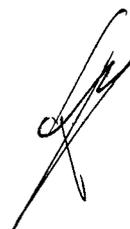




Imagen 1: Fecha 28 de abril de 2007.

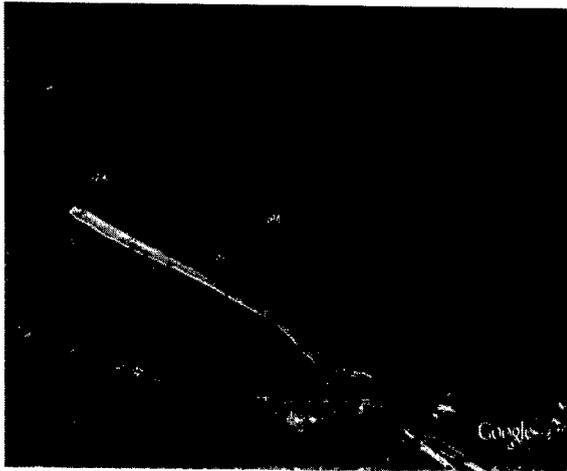


Imagen 2: Fecha 3 de junio de 2007.

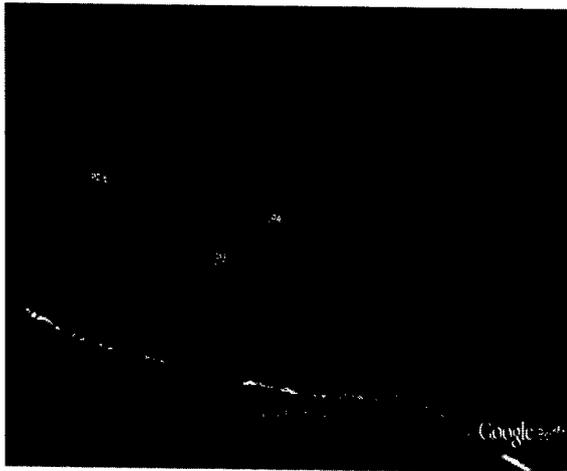


Imagen 3: Fecha 16 de agosto de 2008.

A handwritten signature or mark, consisting of several overlapping, curved lines, located to the right of the third satellite image.



Imagen 4: Fecha 30 de septiembre de 2009.



Imagen 5: Fecha 10 de febrero de 2010.



Imagen 6: Fecha 2 de marzo de 2010.



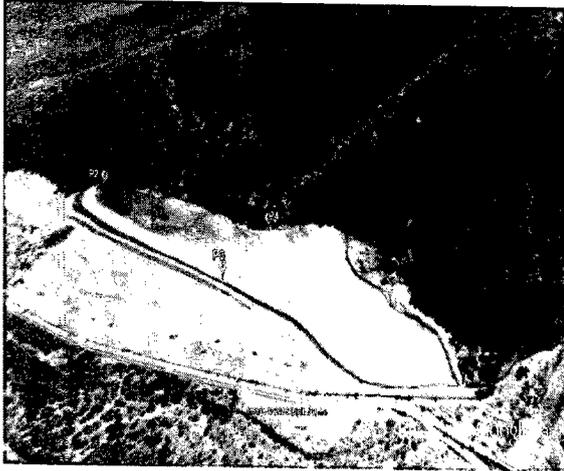


Imagen 7: Fecha 23 de marzo de 2010.



Imagen 8: Fecha 18 de abril de 2010.

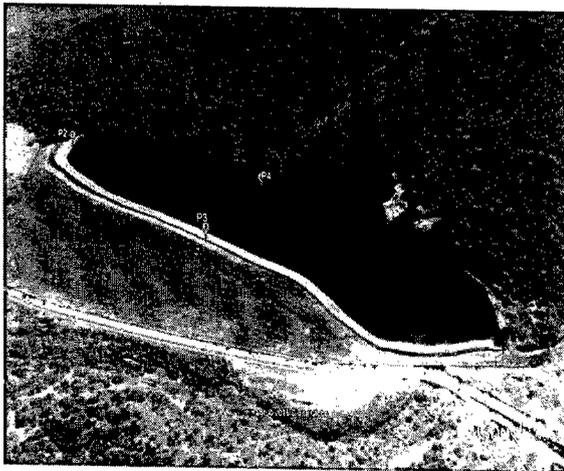


Imagen 9: Fecha 17 de septiembre de 2010.





Imagen 10: Fecha 10 de agosto de 2011.



Imagen 11: Fecha 31 de diciembre de 2011.



Imagen 12: Fecha 28 de enero de 2012.

A handwritten signature or mark, consisting of several overlapping lines, located in the lower right quadrant of the page.



Imagen 13: Fecha 27 de septiembre de 2013.



Imagen 14: Fecha 27 de noviembre de 2013.



Imagen 15: Fecha 16 de diciembre de 2013.

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'S' or 'M', located in the bottom right corner of the page.

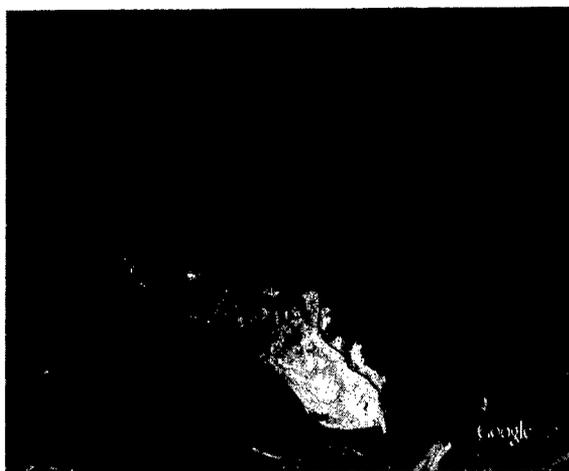


Imagen 16. Fecha 1 de enero de 2014.



Imagen 17: Fecha 5 de marzo de 2014.

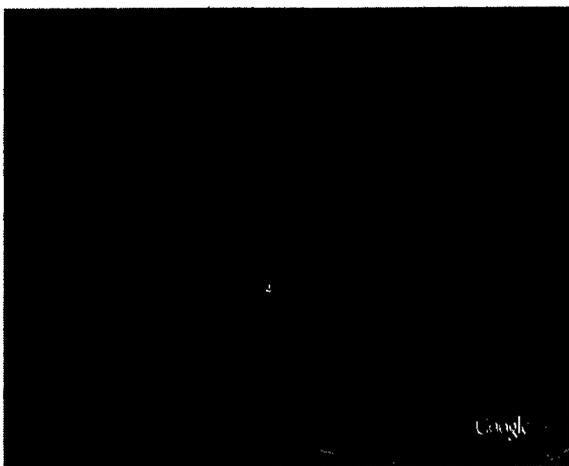


Imagen 18: Fecha 11 de septiembre de 2014.

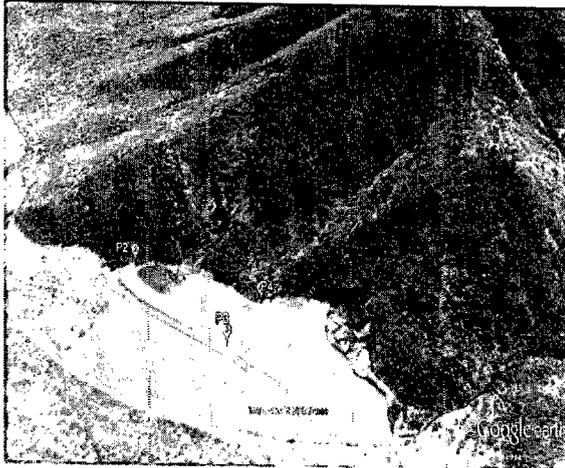


Imagen 19: Fecha 10 de marzo de 2015.

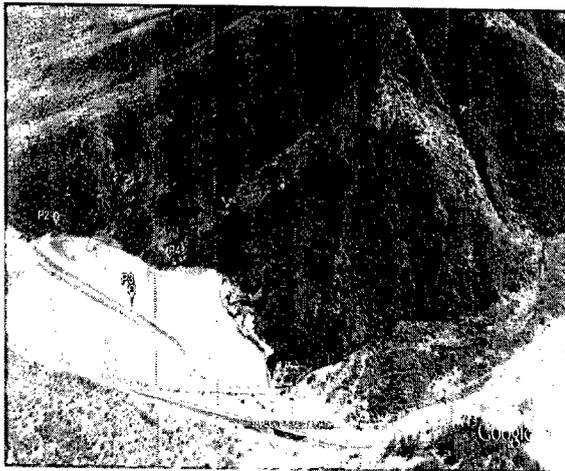


Imagen 20: Fecha 14 de marzo de 2015.

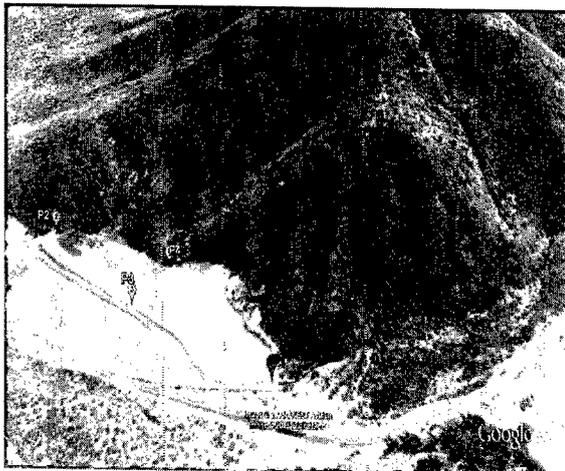


Imagen 21: Fecha 21 de marzo de 2015.

29. Consecuentemente, conforme a la información disponible en Google Earth, en las coordenadas citadas anteriormente asociadas a las obras imputadas a don Rafael Prieto Moreno, es posible concluir que al menos desde el año 2009 y activamente en fechas posteriores al 28 de diciembre de 2012, existe el tranque denunciado y se ha venido haciendo uso de su plena capacidad, siendo coincidente con lo informado por la D.G.A. De

lo anterior, dan cuenta las imágenes número 4, 9, 10, 12, 13 y 18, correspondientes a los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, respectivamente.

30. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tendrán por probados los hechos que fundan la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-049-2015 ya individualizada.

IX. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

31. Para la configuración de la infracción, en el presente procedimiento debe observarse:

a) El artículo 35 letra b) de la LO-SMA, en cuanto dispone que corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de la ejecución de proyectos de desarrollo de actividades para los que la ley exige RCA, sin contar con ella.

b) El artículo 8 de la Ley 19.300 en cuanto establece que los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental.

c) El artículo 10 de la Ley 19.300, que señala los *“proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental”*, los cuales son detallados en el artículo 3° del D.S. N° 40/2012.

d) El artículo 10 letra a) de la Ley 19.300, el cual establece entre los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, a los siguientes: *“a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas”*.

e) El artículo 3° letra a), a.1, del D.S. N° 40/2012, que señala entre los tipos de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, a los siguientes: *“a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas. Presas, drenajes, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos de cuerpos o cursos naturales de aguas (...) a.1. Presas cuyo muro tenga una altura superior a cinco metros (5m) medidas desde el coronamiento hasta el nivel del terreno natural, en el plano vertical que pasa por el eje de éste y que soportará el embalse de las aguas, o que generen un embalse con una capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos (50.000 m³)”*.



f) El artículo 294 del Código de Aguas en cuanto establece que "Requerirán la aprobación del Director General de Aguas (...), la construcción de las siguientes Obras: a) Los embalses de capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos o cuyo muro tenga más de 5 m. de altura".

32. Por todo lo anterior, se estima que se configura la infracción establecida en la letra b) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige RCA, sin contar con ella.

X. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

33. Una vez determinado que el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Res. Ex. N° 1/Rol D-049-2015, corresponde evaluar la clasificación de gravedad que se le debe atribuir.

34. A su vez, respecto de la clasificación de las infracciones, el numeral 2, literal d), del artículo 36 de la LO-SMA, establece que son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: "*d) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la Ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior*".

35. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos, clasificar dicha infracción como grave, considerando que es posible encuadrarla en la hipótesis del artículo 36 N° 2, literal d), de la LO-SMA. Al respecto, es de opinión de esta Fiscal Instructora mantener dicha clasificación, debido a que como se expuso en el punto 16, se tendrán por probados los hechos que fundan la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-049-2015 ya individualizada, constatados por la D.G.A. R.M.S., los cuales dan cuenta de la ejecución de un proyecto que fue construido y es operado sin someterse previamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA"), debiendo hacerlo.

36. Dicho lo anterior, procede precisar que de los antecedentes aportados al presente procedimiento, no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permiten clasificar la infracción como gravísima.

XI. CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA APLICABLES AL PRESENTE PROCEDIMIENTO

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

37. El artículo 38 de la LO-SMA establece el catálogo o tipos de sanciones que puede aplicar la SMA, estos son, amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA. Por su parte, el artículo 39 de la LO-SMA establece que la sanción que proceda

aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, en rangos, indicando el literal b) que la sanción que corresponda aplicar respecto de las infracciones graves, como corresponde en el caso de la infracción en el presente procedimiento, puede ser revocación de la RCA, clausura o multa de hasta cinco mil UTA.

38. La forma de determinar la sanción que se encuentre dentro del rango del artículo 39 letra b) de la LO-SMA, es a través de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la misma norma.

39. El artículo 40 de la LO-SMA dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponderá 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 3º; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

40. Para facilitar la ponderación estas circunstancias, con fecha 29 de octubre de 2015, mediante la Resolución Exenta N° 1002 de la Superintendencia del Medio Ambiente aprobó el documento "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales".

41. En este documento, además de orientar criterios para la aplicación de cada una de estas circunstancias, se establece que para la determinación de las sanciones pecuniarias se realiza una adición entre un componente que representa el beneficio económico derivado de la infracción y otro denominado componente afectación, que representa el nivel de lesividad asociado a la infracción (valor de seriedad), el cual a su vez, es graduado mediante determinadas circunstancias o factores, de aumento o disminución.

42. En este sentido, se procederá a realizar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, separando el análisis en lo que respecta al beneficio económico, y al componente de afectación, componiéndose este último por el análisis del valor de seriedad, de los factores de incremento y de disminución, y del factor relativo al tamaño económico de la empresa.

b) Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, al caso particular:

43. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las g) y h) del artículo 40 de la LO-SMA, no son aplicables en el presente procedimiento, puesto que el presunto infractor no presentó un programa de cumplimiento, y las dependencias en que funciona la empresa no se encuentran en un área silvestre protegida del Estado. Respecto a las



Superintendencia
del Medio Ambiente
Gobierno de Chile

circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar, a continuación se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias:

43.1 En cuanto a la **importancia del daño causado o del peligro ocasionado.**

La expresión "importancia" alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción, que determina la aplicación de sanciones más o menos intensas³. Ahora bien, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso. Por lo tanto, riesgo es la probabilidad que ese daño se concrete, mientras que daño es la manifestación cierta del peligro.

Expuesto lo anterior, en el caso concreto, respecto al daño, procede señalar que no existen antecedentes que permitan confirmar que se haya generado un daño o consecuencias negativas directas producto de la infracción, al no haberse constatado, dentro del procedimiento sancionatorio, una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o uno de más de sus componentes, ni otras consecuencias de tipo negativas cuyo nexo causal sea indubitado. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento. En particular resulta relevante la falta de una línea base para identificar el tipo de suelo y la existencia y características de flora en el lugar donde se ubica el tranque, en forma previa a su construcción, lo que ocurre precisamente por haber eludido el SEIA.

En cuanto al peligro, debe considerarse que, en conformidad con los artículos 294 letra a) y 295 del Código de Aguas, de acuerdo a las características del tranque, resultaba necesario que previo a su construcción, que la D.G.A. evaluase técnicamente si la obra afectaba la seguridad de terceros y/o producía contaminación de las aguas. Así, la construcción del tranque en concreto, al haber sido llevada a cabo sin previa evaluación técnica ni aprobación de la D.G.A., implica, *per se*, un indicio de riesgo, el cual no obstante, no tiene la relevancia suficiente para incidir en la calificación de gravedad de acuerdo al número 1 del artículo 36 de la LO-SMA. Por su parte, se evidencia también el riesgo inherente que conlleva la construcción, y operación en el tiempo, de una obra que debe someterse al SEIA, lo que solo a modo ejemplar se refleja en la nula evaluación de las consecuencias en las especies vegetales existentes en el área intervenida, así como las consecuencias de su operación en la disponibilidad del recurso hídrico, además de la falta de análisis respecto de la normativa aplicable al proyecto.

Que, por otra parte, en cuanto a la sensibilidad de los recursos ambientales involucrados, cabe tener presente que el acuífero donde se ubica el tranque señalado que, conforme fuere expuesto, opera a plena capacidad ya desde el año 2009, es el acuífero Alhué, sector estero Alhué, declarado como Área de Restricción, según la Resolución D.G.A. (Toma de Razón) N° 183, de fecha 26 de mayo de 2008, y modificada por la Resolución D.G.A. (Toma

³ 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.

de Razón) N° 224, de fecha 30 de septiembre de 2011. Dicha circunstancia incrementa el riesgo asociado a la construcción y operación de la obra en cuestión.

Por lo tanto, es de opinión de esta Fiscal Instructora, que el solo hecho de la construcción del tranque, sin previa autorización ni aprobación de la D.G.A., en un área de restricción, permite inferir que efectivamente se ha acreditado un riesgo, aunque de baja importancia y, en cuanto tal, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica. Sin embargo, dado que se trata de una infracción de elusión, la circunstancia preponderante, en el valor de seriedad de la respectiva sanción, es aquella vinculada al sistema de control ambiental, la que será analizada en la letra i) del artículo 40 de la LO-SMA.

43.2 En relación al **número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.**

Esta circunstancia se vincula a la tipificación de las infracciones gravísimas y graves, sin embargo, no es de concurrencia exclusiva para el caso de este tipo de infracciones. 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". Sin embargo, 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 para la aplicación de este último no se exige que la afectación, concreta o inminente, tenga el carácter de significativa.

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.

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.

Luego, debe señalarse que no se ha acreditado en el procedimiento que la elusión al SEIA por parte de don Rafael Prieto Moreno, haya provocado una afectación cierta o real a la salud de las personas, al no existir antecedente alguno que se vincule a dicha situación. Por otra parte, no existen antecedentes en la investigación que den cuenta de una posible afectación o riesgo en la salud de la población, máxime, atendida la propia naturaleza del proyecto y su ubicación, tal como se demuestra en las imágenes obtenidas desde el software Google Earth, anteriormente referidas.

En virtud de lo anterior, esta circunstancia no será considerada para la determinación del componente de afectación, por lo que no generará una





variación en el valor de seriedad del componente de afectación de la sanción asociada a la infracción imputada.

43.3 En relación al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

Conforme fuere señalado, el presunto infractor no presentó descargos, ni realizó presentación alguna en el marco del presente procedimiento sancionatorio, por lo cual no se puede siquiera presumir que haya implementado medida alguna tendiente al cumplimiento de la normativa de carácter ambiental, específicamente respecto a la elusión de ingreso al SEIA, por construcción de un tranque de acumulación de agua, cuya capacidad de almacenamiento es mayor a 50.000 metros cúbicos, ni que pretenda hacerlo en un futuro próximo.

Ahora bien, en el presente caso el beneficio económico será calculado sobre la base del costo asociado al sometimiento del proyecto al SEIA y la obtención de una RCA favorable. Para efectos de la estimación del beneficio, dicho costo tiene el carácter de un costo de gastos de tipo no recurrente, el cual se considera de tipo retrasado, pues es posible incurrir en él, pero en tanto se pretenda la continuación del mismo y no su destrucción, deberá ser incurrido en un futuro próximo.

Luego, el motivo de considerar el costo asociado al sometimiento del proyecto al SEIA, se debe a que don Rafael Prieto Moreno se encontraba obligado a realizarlo, en conformidad a los artículos 8 y 10 letra a) de la Ley N° 19.300, y al artículo 3 letra a.1) del D.S. N° 40/2012, cuestión que no ha hecho.

Para tal efecto, se ha tomado como referencia el caso Rol F-029-2015⁴, que presentó una infracción establecida en la letra b) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige RCA, sin contar con ella, en que se avaluó el costo de ingresar al SEIA contenidos en el Programa de Cumplimiento presentado por Santiago Agrisupply Spa. Dicho Programa de Cumplimiento dice relación con la implementación de acciones tendientes a la obtención de una RCA favorable. El criterio indicado ya ha sido utilizado para determinar la sanción en el procedimiento sancionatorio Rol D-016-2015 seguido contra Curtidos Bas, resuelto por Resolución Exenta N° 818, de 06 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del medio Ambiente.

A continuación, la siguiente tabla refleja la información relativa al beneficio económico que se estima obtenido, por la comisión de la infracción:

Tipo de costo	Medida	Costos retrasados (\$)	Beneficio económico (UTA)

⁴ El caso se encuentra disponible en www.snifa.sma.gob.cl, en la sección de procedimientos sancionatorios, en el siguiente enlace <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Sancionatorio/Ficha/1284>.

Gastos asociados a la obtención de una Resolución de Calificación Ambiental favorable.	Costos retrasados por concepto de asesorías técnicas y ambientales, vinculadas a la obtención de una Resolución de Calificación Ambiental favorable, para un proyecto de embalse de aguas superior a 50.000 m3.	23.000.000	17
--	---	------------	----

Como puede observarse, los costos asociados a la implementación de dichas medidas ascienden a veintitrés millones de pesos. Dicho valor se consideró como base para determinar el beneficio económico, puesto que se asume que don Rafael Prieto Moreno debió invertir dicho monto, en el marco del sometimiento del proyecto (tranque de acumulación de aguas objeto de este procedimiento) al SEIA.

Para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 13,47%, estimada en base a la información del rubro económico agropecuario. Para este procedimiento sancionatorio el período de incumplimiento se consideró desde el día 28 de diciembre de 2012, debido a que se ha constatado que el embalse ya había operado a su máxima capacidad, tal como lo muestra la imagen 9, desde el año 2009, por lo que se considerará como inicio del incumplimiento, la fecha de entrada de plena funciones de la Superintendencia, hasta la fecha de cumplimiento, que se asumirá como la fecha de pago de la multa que finalmente se proponga, y que se estima aproximadamente para el 13 de enero de 2017.

El beneficio económico en este caso corresponde al beneficio que le generó a don Rafael Prieto Moreno el haber retrasado el incurrir en los costos señalados en la tabla, desde la fecha de que tiene plenas funciones la SMA, hasta la fecha proyectada del pago, y asciende a 17 UTA.

Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada como un factor para la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción.

43.4 Respecto a la **intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación** en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

A diferencia de lo que ocurre en Derecho Penal, en que la regla general es que se exija el dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, tal y como ocurre normalmente en Derecho Administrativo Sancionador⁵, no exige como requisito o elemento de la

⁵ La doctrina española se ha pronunciado, señalando que "En el Código Penal la regla es la exigencia de dolo de tal manera que sólo en supuestos excepcionales y además tasados, pueden cometerse delitos por mera imprudencia (art. 12). En el Derecho Administrativo Sancionador la situación es completamente distinta puesto que por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción". En NIETO, ALEJANDRO, "Derecho Administrativo Sancionador". 4ª Edición. Ed. Tecnos, 2008. Pág. 391.



Superintendencia
del Medio Ambiente
Gobierno de Chile

infracción administrativa, la concurrencia de intencionalidad o 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, representado por el principio de culpabilidad, demuestra una morigeración que permite relacionarlo en realidad con un deber de diligencia y la consecuente responsabilidad que lleva aparejada.

De esta manera, dado que la intencionalidad no es un elemento necesario para la configuración de la infracción, actúa de acuerdo a 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.

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.

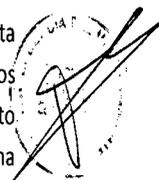
En el presente caso, del análisis de los antecedentes que constan en el presente procedimiento, es posible concluir que éstos no permiten acreditar la existencia de una intención positiva de infringir la normativa de carácter ambiental, por parte de don Rafael Prieto Moreno.

En efecto, la verificación de la existencia de una elusión, como único hecho constitutivo de infracción, no permite afirmar que los actos del infractor reflejen una intención de incumplir la normativa ambiental, o en su defecto una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por este motivo, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.

43.5 En cuanto a la **conducta anterior del infractor**.

Al respecto, se hace presente que esta circunstancia se refiere a determinar si existen procedimientos sancionatorios previos, dirigidos contra el presunto infractor por parte de los órganos de competencia ambiental sectorial y de la Superintendencia del Medio Ambiente, y que hayan finalizado en la aplicación de una sanción. Para ello se hace necesario hacer una revisión de los procedimientos sancionatorios incoados en periodos recientes, en el marco del seguimiento de la normativa ambiental y sectorial objeto del cargo 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.

Así, corresponde destacar que respecto a la conducta anterior del infractor, no constan antecedentes en este procedimiento relativos a procedimientos sancionatorios recientes que permitan valorarla, procediendo precisar que el procedimiento incoado por la D.G.A. R.M.S., cuyo expediente fue remitido a esta Superintendencia, y que ha



servido de base para la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, no puede ser considerado como conducta previa.

En conclusión, se considerará la conducta del presunto infractor como irreprochable, y la presente circunstancia será considerada en el sentido de que no es necesario incrementar el componente disuasivo de la sanción específica aplicable a la infracción.

43.6 Respecto a la capacidad económica del infractor.

Esta circunstancia ha sido definida por la doctrina española, a propósito del Derecho Tributario, y dice relación con la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública⁶. Atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el incumplimiento. Recurrir a este criterio puede justificarse desde distintas ópticas. En primer lugar, como una cuestión de equidad⁷, en la medida que, en el caso concreto, no parece igualmente reprochable el incumplimiento de una gran empresa multinacional, que debiera contar con los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para abordar el cumplimiento de la normativa, que la infracción cometida por una pequeña o microempresa⁸. Por otra parte, en relación a la eficacia de la sanción -en especial, tratándose de multas-, en cuanto la desproporcionalidad del monto de una multa con relación a la concreta capacidad económica del presunto infractor puede tornar ilusoria e inútil la sanción. 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 sin hacerse efectiva.

Al respecto, se constata que don Rafael Prieto Moreno no figura en el registro electrónico del Servicio de Impuestos Internos, dentro de la lista de "grandes contribuyentes", disponible en su sitio web (link: http://www.sii.cl/documentos/resoluciones/2014/reso125_anexo1.pdf). Dicha lista fue fijada por el Director del Servicio de Impuestos Internos mediante Resolución Exenta N°45 del 19 de Noviembre del 2001 y actualizada por Resolución Exenta SII N° 125 de 30 de diciembre de 2014.

A su vez, consultado el Servicio de Impuestos Internos, don Rafael Prieto Moreno, tiene iniciación de actividades desde al año 1993 y sería contribuyente

⁶ 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.

⁷ El sistema colombiano funda la aplicación de este criterio en lo que denomina el principio de razonabilidad, atendiendo al conjunto de condiciones de una persona natural o jurídica que permiten establecer su capacidad de asumir una sanción pecuniaria (Fuente: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Metodología para el Cálculo de Multas por Infracción a la Normativa Ambiental*, 2010).

⁸ "La multa es la sanción administrativa por excelencia y los rangos del quantum, por lo general, son muy amplios. Como consecuencia de ello resulta discriminatorio que puedan gravarse patrimonios distintos con multas de igual cuantía. La vigencia del principio de proporcionalidad en una vertiente subjetiva (considerando las circunstancias económicas del infractor en concreto) deben llevar a que este criterio sea aplicado de forma general". BERMÚDEZ, JORGE. *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 190. p. 192.

de menor tamaño⁹, siendo, por ende, equivalente a una empresa con capacidad económica reducida.

En virtud de lo señalado con anterioridad, y debido a que la capacidad económica es un factor de ajuste de la sanción específica, para el caso concreto, esta circunstancia será considerada como un factor que hace necesario moderar el componente de afectación de la sanción específica aplicada a la infracción.

43.7 En lo referente a **todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.**

Para el caso en cuestión, se considera como preponderante la vulneración del sistema de control ambiental. De acuerdo a los criterios de esta SMA, esta circunstancia se fundamenta en que la protección material del medio ambiente y de la salud de las personas, se encuentra basada en una serie de mecanismos administrativos formales, tales como, permisos de autoridad, reportes, obligaciones de entrega de información, entre otros. Todos estos mecanismos son el complemento necesario e indispensable de las normas ambientales sustantivas y sin las cuales la protección ambiental se volvería ilusoria, por carecer de herramientas concretas para llevar a la práctica su control. En atención a que estos mecanismos son necesarios para el funcionamiento del sistema de protección ambiental, su infracción obstaculiza el cumplimiento de sus fines y merma la confianza en su vigencia.

Así las cosas, la construcción del tranque y su operación en el tiempo, al haber sido, por un lado llevada a cabo sin previa evaluación técnica ni aprobación de la D.G.A., y por otro, no habiéndose sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental debiendo hacerlo, por tratarse de un proyecto o actividad señalado en el artículo 10 de la Ley 19.300, conforme a lo indicado en el Capítulo IX de este dictamen, constituyen una vulneración al funcionamiento del sistema de control ambiental.

El SEIA, en relación con los mecanismos de control ambiental, en este caso, es el único instrumento de gestión ambiental, que permite evaluar y hacerse cargo de la problemática ambiental y los efectos del proyecto construcción tranque de agua, esto se refleja, a modo ejemplar, en la nula evaluación de las consecuencias en las especies vegetales existentes en el área intervenida, así como las consecuencias de su operación en la disponibilidad del recurso hídrico, además de la falta de análisis respecto de la normativa aplicable al proyecto, y en específico en cuanto a la sensibilidad de los recursos ambientales involucrados, pues cabe atender, que el acuífero donde se ubica el tranque señalado que, conforme fuere expuesto, opera a plena capacidad ya desde el año 2009, es el acuífero Alhué, sector estero Alhué, declarado como Área de Restricción, según la Resolución D.G.A. (Toma de Razón) N° 183, de fecha 26 de mayo de 2008, y modificada por la Resolución D.G.A. (Toma de Razón) N° 224, de fecha 30 de septiembre de 2011, como se indicó en el punto 43.1 del presente dictamen.

En conclusión, esta circunstancia se considera como preponderante, y así será ponderada al momento de la determinación de la sanción aplicable al caso.



⁹ Fecha de consulta de situación tributaria de terceros 17 de diciembre de 2015.



Superintendencia
del Medio Ambiente
Gobierno de Chile

XII. PROPONE AL SUPERINTENDENTE

44. Sobre la base de lo visto y expuesto en el presente dictamen, y en virtud de lo establecido en el artículo 53 de la LO-SMA, a continuación se procede a proponer la sanción que a juicio de esta Fiscal Instructora corresponde aplicar: con respecto a la constatación de la infracción consistente en la construcción de tranque de acumulación de agua, cuya capacidad de almacenamiento es mayor a 50.000 metros cúbicos, sin contar con la Resolución de Calificación Ambiental, **se propone aplicar la sanción consistente en multa de veinte unidades tributarias anuales (20 UTA).**

45. Adicionalmente, se propone **requerir el ingreso de las obras ejecutadas objeto de la infracción constatada, al Sistema de Evaluación Ambiental de Impacto Ambiental conforme lo indica el artículo 3° letra i) de la LO-SMA.**



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

C.C.:

-División de Sanción y Cumplimiento

Rol N° D-049-2015