



**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO  
SANCIONATORIO ROL D-067-2017, SEGUIDO EN  
CONTRA DE SOCIEDAD DE INGENIERÍA,  
CONSTRUCCIÓN Y MAQUINARIA SPA.**

**I. MARCO NORMATIVO APLICABLE.**

Este Fiscal Instructor ha tenido como marco normativo aplicable el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); la Ley 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 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 Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación; en la Resolución Exenta N° 82, de 18 de enero de 2019, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento; en la Resolución Exenta N° 1.300, de 11 de septiembre de 2019, que designa funcionario que indica en el segundo orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento; la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente, y sus modificaciones posteriores; la Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; y, la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

**II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACOR Y DEL**

**PROYECTO.**

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-067-2017, se inició con fecha 29 de agosto de 2017, en contra de Sociedad de Ingeniería, Construcción y Maquinaria SpA, Rut N° 79.730.570-7 (en adelante, "SICOMAQ" o "la Empresa"), titular del proyecto "Obras de Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas", ubicado en la comuna de Corral, Región de Los Ríos, y calificado ambientalmente favorable por la Resolución Exenta N° 66, de 1° de agosto de 2012, de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos (en adelante "RCA N° 66/2012").

2. Al respecto, resulta pertinente indicar que la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto referido, fue ingresada al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) con fecha 07 de abril de 2011, por parte del Ministerio de Obras Públicas (en adelante, "MOP"). Luego de la dictación a la RCA N° 66/2012, que calificó ambientalmente favorable la precitada DIA, mediante Oficio Ordinario N° 1250, de 25 de noviembre de 2016, el Director General de Obras Públicas, solicitó disponer el cambio de titularidad de la referida RCA desde el titular MOP al nuevo titular SICOMAQ, lo que se tuvo presente mediante Res. Ex. N° 98, de 20 de diciembre de 2016.

### III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA

#### INSTRUCCIÓN

3. Que, mediante Res. Ex. N° 1/Rol D-067-2017 (en adelante e indistintamente, "Formulación de Cargos" o "FdC"), de 29 de agosto de 2017, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-067-2017, con la formulación de cargos en contra de SICOMAQ.

4. Que, en la misma FdC, se solicitó al Superintendente medidas provisionales de seguridad y control, de aquellas establecidas en el literal a) del artículo 48 de la LO-SMA. Dicha solicitud, además, consta en Memorándum N° 545, de 30 de agosto de 2017, dirigida desde la entonces Fiscal Instructora del procedimiento, al Superintendente.

5. Que, mediante la Res. Ex. N° 998, de 07 de septiembre de 2017, el Superintendente del Medio Ambiente, ordenó la adopción de una serie de siguientes medidas provisionales.

6. Que, el día 12 de septiembre de 2017, la empresa presentó un escrito acreditando poder; y, el día 14 de septiembre de 2017, solicitó aumento de plazo, tanto para la presentación de un programa de cumplimiento como para descargos. En dicho escrito acompañó diversos anexos con el fin de acreditar la representación legal.

7. Que, mediante la Res. Ex. N°2/Rol D-067-2017, se resolvió, entre otros aspectos el aumento de plazo solicitado y se tuvo presente los poderes de Patricio Andrés Morandé Larrain y Héctor Mellado Ortega, para representar a SICOMAQ SpA. A su vez, no se tuvo por acreditado el poder de representación de Víctor González.

8. Que, la Empresa presentó el 26 de septiembre de 2017, un Programa de Cumplimiento (en adelante, "PdC") en el marco del procedimiento sancionatorio.

9. Que, el 03 de octubre de 2017, esta SMA recibe el Ord. N° 4788, de 29 de septiembre del mismo año, del Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante, "CMN"). En dicho ordinario, el CMN entrega antecedentes complementarios al Ord. N°2686 (ordinario mediante el cual se remitieron los antecedentes de la inspección efectuada por dicho organismo y se solicitó el inicio de un procedimiento sancionatorio).

10. Que, en base a los antecedentes remitidos por el CMN, esta SMA, mediante la Res. Ex. N°3/Rol D-067-2017, solicitó al CMN información relacionada a ciertos hechos infraccionales. A su vez, se suspendió el procedimiento sancionatorio hasta la recepción del pronunciamiento del CMN.

11. Que, mediante Memorándum D.S.C. N° 3.016, de 20 de octubre de 2017, la entonces Fiscal Instructora del procedimiento administrativo solicitó la adopción de nuevas medidas provisionales. Al respecto, con fecha 08 de noviembre de 2017, se dictó la Res. Ex. N° 1348, que ordenó la adopción de estas.

12. Que, el 23 de noviembre de 2017, la Dirección de Obras Portuarias de la Región de Los Ríos, presentó ante la SMA el Ord. Drop. XIV N°701, mediante el cual, se solicita reiniciar el procedimiento sancionatorio vigente en contra de la empresa constructora, debido al alto impacto social y patrimonial del proyecto.

13. Que, el 28 de noviembre de 2017, la empresa presentó antecedentes complementarios en relación a ciertos hechos infraccionales.

14. Que, el 03 de enero de 2018, el CMN presentó el Ord. N°6190, de 27 de diciembre de 2017, en respuesta a lo solicitado en Res. Ex. N° 3/Rol D-067-2017.

15. Que, mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-067-2017, de 21 de febrero de 2018, se procedió a reformular cargos, manteniendo las calificaciones de los cargos N°1 y N°4, y variando los cargos N°2 y N°3 tanto en la redacción de los mismos, como en su clasificación, pasando de infracciones leves a infracciones graves por incumplimiento de medidas para eliminar o minimizar los efectos del proyecto, según se establece en el artículo 36, numeral 2, letra e) de la LO-SMA.

16. Que, la empresa presentó el 22 de febrero de 2018, un informe denominado "Informe Consolidado de Antecedentes Complementarios a Ord CMN N° 6190/2017".

17. Que, en igual fecha, mediante memorándum D.S.C. N° 53/2018, se modificó la designación de Fiscal Suplente, nombrando a Daniel Garcés Paredes, para ejercer dichas funciones.

18. Que, la empresa presentó el 19 de marzo de 2018, una versión de Programa de Cumplimiento, el que fue observado mediante Res. Ex. N° 6 / Rol D-067-2017, de 12 de abril de 2018.

19. Que, la empresa presentó el 02 de mayo de 2018 una versión refundida de PdC, el que fuera observado por Res. Ex. N° 8 / Rol D-067-2017, de 15 de mayo de 2018, se realizaron nuevas observaciones al PdC refundido presentado.

20. Que, la Empresa, con fecha 31 de mayo de 2018, presentó un nuevo PdC refundido.

21. Que, con fecha 25 de junio de 2018, mediante memorándum D.S.C. N° 239/2018, se modificó la designación de Fiscal Titular y Suplente, nombrando a Daniel Garcés Paredes y a Catalina Uribarri Jaramillo, para ejercer dichas funciones, respectivamente.

22. Que, mediante Res. Ex. N° 11 / Rol D-067-2017, de 03 de julio de 2018, se rechazó el programa de cumplimiento presentado por la Empresa, en razón de no haberse dado cumplimiento a los requisitos de integridad y eficacia.

23. Que, con fecha 23 de julio de 2018, la empresa dedujo recurso de reposición contra la precitada resolución; en subsidio, dedujo recurso jerárquico.

24. Que, mediante Res. Ex. N° 12 / Rol D-067-2017, de 24 de julio de 2018, se resolvió suspender el procedimiento sancionatorio hasta la resolución de los recursos de reposición y jerárquicos precitados.

25. Que, a través de presentación de 26 de julio de 2018, Cecilia Urbina Benavides, solicita tener presente la delegación de poder otorgada por SICOMAQ, en el contexto del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-067-2017.

26. Que, mediante Res. Ex. N° 13/ Rol D-067-2017, de 30 de julio de 2018, se resolvió rechazar el recurso de reposición, en todas sus partes, y

elevantar los antecedentes al superior jerárquico para la resolución del respectivo recurso interpuesto en subsidio a la reposición. Adicionalmente, se tuvo por acreditada la personería de Cecilia Urbina Benavides, Mario Galindo Villarroel, Sebastián Vergara de la Rivera, Ángel Farrán Martínez y Pedro Bravo Vega, para que, actuando de manera conjunta o separada, representen a SICOMAQ en el procedimiento sancionatorio en curso.

27. Que, con fecha 08 de agosto de 2018, la empresa presentó un escrito en el cual solicitó al Superintendente del Medio Ambiente tener presente un conjunto de consideraciones relativas al recurso interpuesto.

28. Que, mediante Res. Ex. N° 371, de 15 de marzo de 2019, el Superintendente del Medio Ambiente resolvió rechazar el recurso jerárquico interpuesto, en subsidio, contra la Res. Ex. N° 11 / Rol D-067-2017.

29. Que, encontrándose dentro del plazo legal, la Empresa presentó descargos, solicitando en lo principal: i) absolver a la empresa de los cargos N° 1 a 4, del procedimiento; ii) en subsidio, recalificar la gravedad de los cargos N° 1 a 3, y aplicar la mínima sanción que en derecho corresponda; en el primer otrosí, solicita tener por acompañados los documentos remitidos en formato digital; y, en el segundo otrosí, tener presente que la empresa hará uso de los medios de prueba que franquea la ley.

30. Que, mediante Res. Ex. N° 14 / Rol D-067-2017, de 04 de abril de 2019, se procedió a levantar la suspensión decretada mediante Res. Ex. N° 12 / Rol D-067-2017. Adicionalmente, se tuvo presente los descargos de la empresa.

31. Que, mediante Resolución Exenta N° 1.012, de 19 de julio de 2019, esta Superintendencia declaró el cumplimiento de las medidas provisionales, ordenadas mediante las Resoluciones Exentas N° 998 y N° 1.348, ambas de 2017, respecto al proyecto "Obras de Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas", de SICOMAQ.

32. Que, mediante presentación de 27 de agosto de 2019, la Empresa solicitó tener presente una serie de consideraciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17, letra f), de la Ley N° 19.880, para ser tenidos en cuenta al momento de redactar la propuesta de resolución sancionatoria.

33. Que, mediante Res. Ex. N° 15 / Rol D-067-2017, de 10 de octubre de 2019, se decretó una diligencia probatoria consistente en requerir una serie de antecedentes a SICOMAQ.

34. Que, con fecha 16 de octubre de 2019, la Empresa dio respuesta al requerimiento de información precitado.

35. Que, mediante Res. Ex. N° 17 / Rol D-067-2017, de 28 de octubre de 2019, se decretó el cierre de la investigación.

#### IV. CARGOS FORMULADOS A TRAVÉS DE LA RES.

##### EX. N° 4/ROL D-067-2017.

36. Que, en base a los antecedentes y consideraciones expuestas en la Res. Ex. N° 4 / Rol D-067-2017, de 21 de febrero de 2018, se procedió a reformular cargos, manteniendo la redacción y clasificación de los cargos N°1 y N°4, y modificando la redacción y clasificación de la gravedad de los cargos N°2 y N°3, según lo descrito en la siguiente tabla:

Tabla N° 1 – Cargos Formulados mediante Res. Ex. N° 4 / Rol D-067-2017

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas	Clasificación
1.	<p>No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones:</p> <p>a) Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1, según se constata, por un lado, en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio, ambos de 2017 y, por otro, según se indicó en el informe de junio de 2017, anexo 3, cargado al sistema de seguimiento SMA por la empresa.</p> <p>b) Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno, según se constata en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio de 2017.</p> <p>c) No contar con supervisión permanente de arqueólogo, según se constata en la inspección de 6 de abril de 2017.</p>	<p>Considerando 5.6 RCA N°66/2012</p> <p><i>"(...) 5.6. En relación al artículo 11 sobre "Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural".</i></p> <p><i>Durante el proceso de evaluación se estableció que el diseño del proyecto no afectará el Monumento, ni los hallazgos registrados en el estudio patrimonial subacuático, como tampoco afectará sitios con valor Histórico.</i></p> <p><i>Esta Comisión, en virtud de estos antecedentes (detallados en el ICE), considera que el proyecto no alterará monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (...)"</i></p> <p><b>Declaración de Impacto Ambiental, 2.3.2.4. Obras de protección mediante la mínima intervención</b></p> <p><i>"(...) El principio de mínima intervención es de importancia trascendental. Toda manipulación de la obra implica riesgo, por tanto, hay que ceñirse a lo estrictamente necesario, asumiendo la degradación natural del paso del tiempo. Deben rechazarse los tratamientos en extremo intervencionistas que puedan agredir la integridad de la Fortificación. Se actuará lo mínimo que sea necesario para su conservación y protección, no incurriendo en tratamientos innecesarios o actuaciones que pongan en peligro la integridad de esta (transporte de maquinarias, instalación de faenas, tratamientos peligrosos, etc.). Se ha concordado con los expertos en Patrimonio de la División de Arquitectura (DA) de la Región, que las soluciones diseñadas, tomen distancia de las estructuras antiguas, que no toquen ninguna pieza de valor patrimonial, solo se recomendó trabajar sobre la pieza si presenta las patologías mencionadas llamadas "albuferas o las socavaciones en las bases de los muros" (...)"</i></p> <p><b>Declaración de Impacto Ambiental, 2.4.2.1. Propuesta de paisaje, pavimentos, mobiliario urbano e iluminación</b></p> <p><i>"(...) Desde el punto de vista del paisaje, el diseño pretende entregar a los muros del fuerte histórico, llamados del Surgidero, que presentan socavaciones, fisuras y grietas, según el levantamiento crítico de la estructura, una composición influenciada por la protección a los mismos. Dentro de la propuesta de diseño se estructuran obras de empalme entre estructuras nuevas y antiguas a nivel de fundaciones del Muro Histórico que se encuentra bajo agua y en algunas áreas con presencia de socavaciones. Siempre el criterio de diseño a aplicar es la mínima intervención, es decir alejarse del monumento y no tocar sus bases, el objetivo es poder reparar y con esto proteger de la</i></p>	<p>Grave, (Art. 36.2.e, LO-SMA)</p>

		<p>humedad y el oleaje mediante rellenos, explanadas y recorridos de paseo costero (...)."</p> <p><b>Declaración de Impacto Ambiental, 2.5.1 Comunicación a vecinos y autoridades, Características del Proyecto, pp. 38.</b></p> <p>"(...) El tercer tramo es de Playa Las Argollas (...) En este tramo el proyecto se distancia alrededor de 5 metros del fuerte (...)."</p> <p><b>Adenda 1, observación 7.</b></p> <p>"(...) 7. Se solicita al proponente aclarar cómo y por dónde se ingresarán los materiales de construcción a las obras del proyecto y el tipo de movimiento que realizarán las maquinarias dentro del área a utilizar, tanto en el emplazamiento del Monumento Histórico, como en el área marítima, ya que se podrían afectar los elementos y estructuras que forman parte del Monumento.</p> <p><i>Respuesta: Se aclara que el proyecto no intervendrá en ningún caso el emplazamiento mismo del fuerte, por lo que no se afectarán las estructuras y elementos del monumento (...)."</i></p> <p><b>Informe Consolidado de Evaluación, letra e.3)</b></p> <p>"(...) e.3 Remoción y retiro de cuñas inestables El proyecto realizará trabajos de remoción y retiro de cuñas inestables a lo largo del farellón del Fuerte Corral, previos a las obras de excavación o relleno. Dichas cuñas se encuentran ubicadas en el cerro que forman parte del talud natural sobre el cual se asienta el Fuerte, no formando parte de los muros. Estas cuñas se encuentran en una situación inestable actualmente por lo cual serán removidas para seguridad del personal y los usuarios posteriores del paseo costero. Las cuñas que han sido evaluados como cuerpos inestables corresponden a las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· Cuña en el TNJC (TALUD NORTE ZONA SAN JUAN DE LA CRUZ) (Ver detalles en Capítulo 2, numeral 2.5.7 de la DIA).</li> <li>· Cuña en el TEJC (TALUD ESTE ZONA SAN JUAN DE LA CRUZ) (Ver detalles en Capítulo 2, numeral 2.5.7 de la DIA) (...)"</li> </ul> <p><b>Adenda 1, observación 3.2 letra g)</b></p> <p>"(...) g) Se acoge la implementación de monitoreo arqueológico permanente, por un arqueólogo, durante las obras de limpieza, escarpe y excavación del proyecto, tanto en obras en tierras, como en las obras marítimas que se ejecuten en el proyecto. <i>Respuesta: Conforme (...)."</i></p>	
2.	Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos indicados en la	<p>RCA N° 66/2012, 4.1 Normas de emisión y otras normas ambientales, letra e)</p> <p>"(...) e) Ley 17.288/1970, del Ministerio de Educación, Legisla sobre Monumentos Nacionales; Modifica las Leyes</p>	<p>Grave, (Art. 36.2.e, LO-SMA)</p>

	<p>tabla N°2 de la presente resolución, sin haber notificado al Consejo de Monumentos Nacionales, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas, según se constató por un lado en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio de 2017, y por otro, en los informes cargados por la empresa al sistema de seguimiento SMA.</p>	<p>16.617 y 16.719; <i>Deroga el Decreto Ley 651, de 17 de octubre de 1925.</i>  <i>Se dará cumplimiento a esta normativa informando a los contratistas que lleven a cabo las obras marítimas y terrestres de la obligación de notificar inmediatamente cualquier hallazgo registrado durante las faenas de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 26° y 27° de la Ley. Ante dicha eventualidad, el proponente notificará por escrito al Consejo de Monumentos Nacionales (...)</i>"</p> <p><b>Declaración de Impacto Ambiental, 4.2.6 Medio Social Cultural, Ley N° 17.288</b></p> <p><i>(...) Durante la construcción de las obras se informará debidamente a los contratistas que lleven adelante los trabajos de las obras marítimas y terrestres la obligación de notificar inmediatamente cualquier hallazgo registrado durante las faenas de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 26° y 27° de la Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y en los artículos 20° y 23° de su Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas. Ante dicha eventualidad, el Titular notificará por escrito al Consejo de Monumentos Nacionales, para que este organismo disponga los procedimientos que estime pertinentes (...)</i>".</p>	
<p>3.</p>	<p><b>Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, en particular las siguientes:</b></p> <p>a.- Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto.</p> <p>b.- Recuperación selectiva del Componente 3, según se indicó en el anexo C de la Declaración de</p>	<p><b>RCA N° 66/2012, 4.1. Normas de emisión y otras normas ambientales, letra f)</b></p> <p><i>"(...) f) D.S. 484/1991, del Ministerio de Educación, Reglamento de la Ley N° 17.288, sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas.</i>  <i>Considerando los hallazgos realizados se ha identificado que se debe rescatar y trasladar el componente uno rasgo cuatro (piedra canchagua labrada, posiblemente componente de la base original del fuerte), por lo que el proponente procederá según lo establecido en el D. S. 484/90 (Art. 20 y 23) y dará aviso al CMN del momento del salvataje y traslado, el cual será realizado por un profesional competente (...)</i>".</p> <p><b>Adenda 2, observación 4.</b></p> <p><i>"(...) En relación al Artículo 11° del Reglamento del SEIA, sobre posibles efectos en sobre los sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural:  En el punto 3.2, letra c) del ICSARA 1, se consultó al proponente la siguiente observación: "Dado que se intervendrá el sector de playa La Argolla, se solicita realizar excavaciones ampliadas en esta área, con el objetivo de despejar y documentar las fundaciones del muro cortina y el área a impactar por el anfiteatro de hormigón que será instalado en este sector...". Esto, en base a las recomendaciones realizadas por el arqueólogo consultor que señala en Anexo C (pág. 102) de la DIA: "Realizar excavaciones y sondeos arqueológicos específicos en los sectores que se verán efectivamente afectados por las</i></p>	<p>Grave, (Art. 36.2.e, LO-SMA)</p>

<p><b>Impacto Ambiental.</b></p> <p>c.- <b>Excavación estratigráfica en sector de construcción de gradas en Playa La Argolla.</b></p> <p>d.- <b>Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés.</b></p> <p>e.- <b>Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6.</b></p>	<p><i>obras contempladas en el proyecto (y que deberán ser desafectadas) con el objetivo de caracterizar los depósitos culturales. La extensión y alcances de estas intervenciones arqueológicas deberán ser determinados por el Consejo de Monumentos Nacionales, en función de las superficies afectadas". Del mismo modo, se informó al proponente que, a partir de los análisis realizados a los materiales arqueológicos excavados y a los contextos asociados a éstos, el consultor en el mismo informe de Adenda 1 (pág. 89) señala que: "Efectivamente, durante los siglos XIX al XX, el exterior del Castillo junto a la cortina excavada pudo haber funcionado como un locus atractor de materiales culturales, fundamentalmente desechos generados in situ o en las áreas intramuro, lo que probablemente se relaciona con la configuración de esta área en el borde costero como un espacio relevante y privilegiado como sector de ingreso o salida desde el mar hacia tierra y viceversa". Todo lo anterior, junto a que las evidencias materiales se encuentran hasta un metro de profundidad, justifica la necesidad de caracterizar el área a impactar por las gradas que se construirán en la playa, la cual se extenderá por 75 metros de largo y 4 metros de ancho (pág. 38 de DIA) y con un volumen de excavación de 888 m3 (pág. 43 de DIA). A partir de la información cotejada, se solicita realizar una caracterización del área a impactar por la construcción de las gradas, dado que este sector será intervenido y aún no ha sido sondeado arqueológicamente. Esta excavación deberá ser realizada durante la presente evaluación, al igual que la entrega del informe preliminar de esta actividad para su visación por parte del órgano competente (Consejo de Monumentos Nacionales).</i></p> <p><i>Respuesta: Se acoge lo solicitado. En respuesta al rescate del área de gradas a construir por el Proyecto, se realizarán las siguientes actividades arqueológicas:</i></p> <p><i>La superficie a intervenir en la construcción de las gradas es de aproximadamente 300 m2 (75 m de largo por 4 m de ancho), de las cuales se realizará una excavación del 10% de esta área, estableciendo 30 m2, en unidades de 1 X 1 m2, separadas entre sí (en lo largo) cada 6 metros y en lo ancho disponiendo 1 unidad a cada lado, lo cual da 26 m2. Sobrando 4 m2 para posibles ampliaciones, en caso de aparecer rasgos significativos a rescatar. La excavación se realizará por capas naturales, bajando a su vez por niveles artificiales de 10 cm., excavando hasta por lo menos dos niveles estériles antes de terminar el sondeo y harneando todo el sedimento con malla de 4 ml. Esta actividad será solicitada por un arqueólogo titulado para poder ser autorizada por el CMN, a través del PAS 76 previa construcción del proyecto (...).</i></p> <p><b>Ord 465, 2 febrero 2017, Autoriza rescate arqueológico en el marco del proyecto "Protección Costera del Fuerte y Plaza de Corral", aprobado mediante RCA N°66/2012.</b></p> <p><i>"(...) En virtud de la revisión de los objetivos, metodología y plan de trabajo propuestas por Ud., este Consejo autoriza las intervenciones arqueológicas solicitadas, las cuales se sintetizan en la siguiente tabla:</i></p>	
---	---	--

Región: Los Ríos		Provincia: Valdivia		
Comuna: Cotral		Localidad: Playa de la Argolla		
Nombre Sitio:	Ubicación Sitio	Superficie total del sitio aprox.	Tipo de Excavación y/o intervención	Área total del sitio a excavar y/o intervenir:
	IJTM DATUM: WGS 84			
	Lat. N. Long. E.			
Playa La Argolla, inmediata a Fuerte de Corral (Castillo San Sebastián de La Cruz)	5591556 - 649603	Indeterminado	Excavación estratigráfica	30 m <sup>2</sup>
			Recolección superficial	300 m <sup>2</sup>
Rasgo # (subacuático)	5583427 - 634646		Reposicionamiento	
Recuperación selectiva Componente 3				

(...) Las labores de excavación estratigráfica se dirigen a la recuperación arqueológica del área a impactar por la construcción de las gradas del proyecto en playa La Argolla, la cual contempla una superficie total aproximada de 300 m2. (...)"

"(...) En cuanto a las labores subacuáticas, se contempla el traslado controlado del Rasgo 4 desde el sector obras marítimas del proyecto (...) Esta pieza será trasladada a un nuevo emplazamiento, fuera del sector a intervenir, para ser depositado sobre el fondo marino en condiciones similares (...)"

"(...) Finalmente, se efectuará la recuperación selectiva del componente 3 (...) En función de la eventual presencia de material arqueológico diagnóstico que pueda verse afectado por las obras, se procederá a su rescate mediante recolección superficial (...)"

**Adenda 1, observación 3.2, letra e)**

"(...) Se deberá registrar y proteger los elementos y rasgos identificados dentro del área del proyecto, implementando un buffer de protección para éstos, como Rasgos: 1, 2, 3, 5 y 6, y los restos detectados del antiguo muelle Francés; se deberá relocalizar el Rasgo 4 (bloque labrado) a un sector protegido de las obras del proyecto.

Respuesta: Con el fin de proteger el muelle francés encontrado en el estudio patrimonial subacuático relacionado con este proyecto, el Titular cubrirá con geotextil los restos sumergidos de este elemento, a fin de evitar su afectación por el proyecto, de esta manera se asegura la conservación sin intromisión de elementos disturbadores entre los restos, para asegurar reversibilidad de la intervención (...)"

**Adenda 2, observación 5**

"(...) 5.- Respecto al registro exhaustivo de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 antes del comienzo de las obras, y en consideración a la recomendación del Arqueólogo consultor (Anexo C, pág. 102, de DIA) que indica: "Efectuar una documentación exhaustiva de los rasgos y elementos presentes en el AID y All del proyecto"; y en pág. 55 del mismo documento: "A partir de la verificación de potenciales evidencias artefactuales y estructurales depositados en la superficie del fondo marino, se realizaron trabajos de documentación arqueológica mediante

		<p>técnicas convencionales no invasivas que consistieron en la aplicación de una ficha de registros de diseño específico, medición y dibujo submarino. Además, se realizaron tareas acuciosas de registro fotográfico...". Se solicita realizar un registro exhaustivo de los elementos antes citados, donde se integren las características de cada elemento en fichas individuales, contemplando los siguientes puntos: tipo de materialidad; medidas específicas; registro planimétrico; tipo de función; periodicidad; si son estructuras, su elevación y planta; técnicas constructivas; registro fotográfico y dibujos, entre otros. Este registro se deberá realizar antes del comienzo de las obras del proyecto.</p> <p>Respuesta: Se acoge lo solicitado. El Titular se compromete a proteger y registrar los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de forma exhaustiva por un arqueólogo o licenciado en arqueología antes del comienzo de las obras del proyecto, aplicando fichas de registro específicas para este tipo de bien, junto al registro técnico, planimétrico y fotográfico de cada uno de ellos (...)"</p>	
4.	<p>Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA) según se constató, por un lado, en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio, ambas de 2017, y por otro, en los informes cargados por la empresa al sistema de seguimiento SMA.</p>	<p><b>RCA N° 66/2012, 4.2. Permisos ambientales sectoriales, letras a), b) y e)</b></p> <p>"(...) a) Artículo N° 75: Permiso para realizar trabajos de conservación, reparación o restauración de Monumentos Histórico; para remover objetos que formen parte o pertenezcan a un Monumento Histórico, o hacer construcciones en sus alrededores; para destruir, transformar o reparar un Monumento Histórico fuere un lugar o sitio eriazado, a que se refieren los artículos 11 y 12 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales.</p> <p>Al proyecto le es aplicable dicho permiso ambiental sectorial debido a que se realizarán obras de protección y conservación de un Monumento Histórico.</p> <p>En relación a los contenidos técnicos y formales presentados por el proponente, cabe indicar que el Consejo de Monumentos Nacionales se pronunció conforme, de acuerdo a su Ord. N° 2796, de fecha 10 de Julio de 2012 (...)"</p> <p>"(...) b) Artículo N° 76: Permiso para hacer excavaciones de carácter o tipo arqueológico, antropológico, paleontológico o antropo-arqueológico, paleontológico o antropoarqueológico, a que se refieren los artículos 22 y 23 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos nacionales, y su reglamento sobre excavaciones y/o Prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, aprobado por D.S. 484190, del Ministerio de Educación.</p> <p>Al proyecto le es aplicable dicho permiso ambiental sectorial porque las obras de protección y conservación de un Monumento Histórico, pueden dejar al descubierto nuevos hallazgos.</p> <p>En relación a los contenidos técnicos y formales presentados por el proponente, cabe indicar que el Consejo de Monumentos Nacionales se pronunció conforme, de acuerdo a su Ord. N° 2796, de fecha 10 de Julio de 2012 (...)"</p> <p>"(...) e) Artículo N° 77: Permiso para hacer construcciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para</p>	<p>Leve (Art. 36.3, LO-SMA)</p>

		<p><i>ejecutar obras de reconstrucción o de mera conservación, a que se refiere el artículo 30 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales.</i></p> <p><i>Al proyecto le es aplicable dicho permiso ambiental sectorial debido a que el área de emplazamiento del proyecto ha sido declarada zona típica, y se realizarán obras de protección y conservación de un Monumento Histórico.</i></p> <p><i>En relación a los contenidos técnicos y formales presentados por el proponente, cabe indicar que el Consejo de Monumentos Nacionales se pronunció conforme, de acuerdo a su Ord. N° 2796, de fecha 10 de Julio de 2012 (...):</i></p>	
--	--	--	--

Fte: Elaboración propia en base a lo dispuesto por los Resuelvo I y II, de la Res. Ex. N° 4 / Rol D-067-2017

#### **V. VALOR PROBATORIO DE LOS ANTECEDENTES QUE CONSTAN EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.**

37. 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.

38. 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.<sup>1</sup>

39. La jurisprudencia ha añadido que la sana crítica implica un “[a]nálisis 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.”<sup>2</sup>

40. 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.

<sup>1</sup> Al respecto véase TAVOLARI, R., El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, p. 282.

<sup>2</sup> Corte Suprema, Rol 8654-2012, Sentencia de 24 de diciembre de 2012, considerando vigésimo segundo.

## VI. ANÁLISIS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIONES.

41. En esta sección, considerando los antecedentes y medios de pruebas incorporados al procedimiento, se analizará la configuración de cada una de las infracciones que se han imputado a la Empresa en el presente procedimiento sancionatorio. Para ello, se señalará, en primer término, las normas que se estimaron infringidas, para luego analizar los descargos y medios de pruebas presentados por el presunto infractor y, finalmente, se determinará si se configura la infracción imputada.

**A.1. Infracción N°1, letra a): “No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones: [...] a.- Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1, según se constata, por un lado, en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio, ambos de 2017 y, por otro, según se indicó en el informe de junio de 2017, anexo 3, cargado al sistema de seguimiento SMA por la empresa.” (Énfasis en original)**

**- Análisis de antecedentes considerados en la Formulación de Cargos respecto al sub-hecho infraccional**

42. En relación a este sub-hecho infraccional, la Reformulación de Cargos, consideró como normativa infringida el considerando 5.6. de la RCA N° 66/2012 –[d]urante el proceso de evaluación se estableció que el diseño del proyecto no afectará el Monumento, ni los hallazgos registrados en el estudio patrimonial subacuático, como tampoco afectará sitios con valor Histórico. [...] Esta Comisión, en virtud de estos antecedentes (detallados en el ICE), considera que el proyecto no alterará monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (...)–; el considerando 2.3.2.4, de la DIA –El principio de mínima intervención es de importancia trascendental. Toda manipulación de la obra implica riesgo, por tanto, hay que ceñirse a lo estrictamente necesario, asumiendo la degradación natural del paso del tiempo. Deben rechazarse los tratamientos en extremo intervencionistas que puedan agredir la integridad de la Fortificación. Se actuará lo mínimo que sea necesario para su conservación y protección, no incurriendo en tratamientos innecesarios o actuaciones que pongan en peligro la integridad de esta (transporte de maquinarias, instalación de faenas, tratamientos peligrosos, etc.). Se ha concordado con los expertos en Patrimonio de la División de Arquitectura (DA) de la Región, que las soluciones diseñadas, tomen distancia de las estructuras antiguas, que no toquen ninguna pieza de valor patrimonial, solo se recomendó trabajar sobre la pieza si presenta las patologías mencionadas llamadas “albuferas o las socavaciones en las bases de los muros”–; considerando 2.4.2.1., de la DIA –“[...] Dentro de la propuesta de diseño se estructuran obras de empalme entre estructuras nuevas y antiguas a nivel de fundaciones del Muro Histórico que se encuentra bajo agua y en algunas áreas con presencia de socavaciones. Siempre el criterio de diseño a aplicar es la mínima intervención, es decir alejarse del monumento y no tocar sus bases, el objetivo es poder reparar y con esto proteger de la humedad y el oleaje mediante rellenos, explanadas y recorridos de paseo costero (...)”; el considerando 2.5.1., de la DIA: “(...) El tercer tramo es de Playa Las Arqollas (...) En este tramo el proyecto se distancia alrededor de 5 metros del fuerte (...)”; y, la observación 7 de la Adenda 1 “(...) 7. Se solicita al proponente aclarar cómo y por dónde se ingresarán los materiales de construcción a las obras del proyecto y el tipo de movimiento que realizarán las maquinarias dentro del área a utilizar, tanto en el emplazamiento del Monumento Histórico, como en el área marítima, ya que se podrían afectar los elementos y estructuras que forman parte del Monumento. [...] Respuesta: Se aclara que el proyecto no intervendrá en ningún caso el emplazamiento mismo del fuerte, por lo que no se afectarán las estructuras y elementos del monumento (...)” (Énfasis agregados).

43. Por su parte, el sub-hecho infraccional imputado se basó en los siguientes antecedentes contenidos en el expediente administrativo: a) inspección de 6 de abril de 2017, por parte del CMN; b) inspección de 29 de julio de 2017, por parte de esta SMA; y, c) Informe de Seguimiento Ambiental #59209, correspondiente al mes de junio de 2017 - Anexo 3, según se expondrá a continuación:

44. Inspección de 06 de abril de 2017 (CMN): Se releva lo siguiente: *"Se constata que se genera la remoción de parte de la fundación del muro del castillo, en el sector de la pasarela 1 (...) que empalma con el acceso costero al túnel. Es posible observar un evidente daño del monumento a partir de las excavaciones realizadas para la instalación de pilotes y dados de fundación, pero no es posible observar la magnitud del daño debido a que dicha excavación se encuentra inundada de agua."*

45. Al respecto, el Informe de Actividades en Terreno asociado a la inspección ambiental precitada, expone que *"en asociación a las obras de Pasarela 1, se han efectuado excavaciones de 410 x 320 cm (...), la cual se encuentra en la entrada inferior del MH, correspondiente al acceso al túnel del Castillo, estando llena de agua por efectos de las mareas. [...] En la entrada del Castillo se consigna la instalación de 2 pilotes con sus correspondientes dados de cemento unidos, los cuales cubren buena parte de la excavación misma. Se observa material de muro de ladrillo anaranjado fuera del agujero en tierra. [...] Se constata que estas obras generaron el daño a la fundación del muro histórico en una superficie aproximada de 320x20 cms (...) producto del desprendimiento de material original de las fundaciones del muro. [...] Se constata que ante el evento no existió una paralización inmediata de las obras, debido a que la arqueóloga monitora no se encontraba en el lugar al momento de la excavación y es visible como el frente del muro fue dañado irreparablemente, ya que implica pérdida de la materialidad original de éste."* Por último, a nivel de conclusiones indica que se *"constata la afectación de las fundaciones originales del MH y ZT a partir de la excavación de 410x320 cm producto de la instalación de dos pilotes y su respectivo dado de hormigón para la construcción de la pasarela N°1. Además, en los alrededores, se constató la intervención de restos de ladrillos anaranjados correspondientes a las fundaciones originales del muro histórico."*

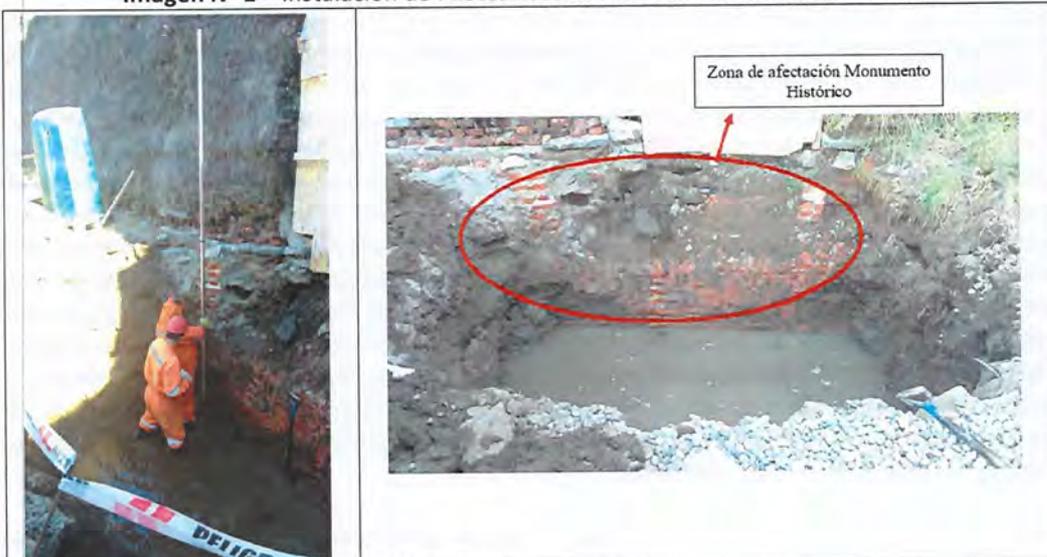
46. De lo anteriormente descrito, el CMN dejó constancia en su denuncia derivada a esta SMA, con fecha 22 de junio de 2017, a través de Ord. N° 2686, de 12 de junio de 2017.

47. Inspección de 19 de julio de 2017 (SMA): Se indica lo siguiente: *"En la entrada del túnel por la playa se constatan los trabajos de instalación de pilotes [...] Estos pilotes (los dos más cercanos a la entrada del túnel) ya se encuentran confinados en concreto, fijos al terreno mediante una estructura de concreto de aproximadamente 60 cm x 1.5 metros. [...] Esta estructura de concreto que sostiene los pilotes está actualmente ubicada a 25 cm de distancia del basamento del muro del monumento histórico. [...] En el borde superficial, en la primera fila de dicho muro, se pudo constatar erosión mecánica superficial. De acuerdo a lo señalado por Víctor González [profesional residente de SICOMAQ] dicha intervención fue producida a causa de la excavación cuyo objetivo era posicionar los pilotes centímetros más atrás con el objetivo de no seguir produciendo intervención en el muro. [...] De dicho basamento se puede observar la primera hilera de ladrillos con erosión. Las siguientes hileras más abajo no fue posible constatar erosión mecánica debido a que la zona estaba inundada y con presencia de sedimento."*

48. Informe de Seguimiento Ambiental #59209 - de 21 de junio de 2017. Anexo 3, Informe de Daño Patrimonial. Se indica que *"[e]l día 20 de marzo del 2017 se realizaron excavaciones frente a la puerta de acceso que conecta Playa la Argolla con el interior del túnel del Castillo San Sebastián de la Cruz de Corral, para la instalación de 2 pilotes 10 ¼ con anclaje en tasa de la Pasarela N°1 (pilotes N° 14 y 15), con el fin de construir una rampa de acceso destinada al tránsito de personas con movilidad reducida, esta rampa conectaría la pasarela*

con el túnel de acceso del Monumento Histórico. Inicialmente para la implementación de esta pasarela se contemplaba que estos pilotes se ubicaran dentro del pasillo del túnel del castillo, pero con el fin de reducir el impacto al monumento, se desplazaron hacia el exterior (...) Al ir realizando las excavaciones, se evidenciaron las bases de la cortina del muro del castillo generándose daño al Monumento Histórico. Es posible que estos basamentos hayan medido originalmente 2,30 m de largo por 30 cm de ancho, y al menos 2 m de profundidad (más de 20 hileras superpuestas de ladrillos). [...] **Al no contar con imágenes de la disposición original del basamento del muro del Monumento Histórico, suponemos que la afectación consistió en el desprendimiento parcial de las primeras 8 hileras de ladrillos (aprox.), las cuales estaban unidas con mortero de pega. [...] En las hileras inferiores, se produjo el raspado de los bordes de sus ladrillos, generándose la erosión del contorno en esta sección de la fundación (en al menos 5 hileras superpuestas)**” (énfasis agregado). La Empresa acompaña a este informe un set de fotografías que permiten observar la afectación al Monumento Histórico, como se aprecia a continuación:

Imagen N° 1 – Instalación de Pilotes Pasarela N° 1 en sector entrada a Túnel



Fte: Informe de Seguimiento Ambiental #59209, Anexo 3

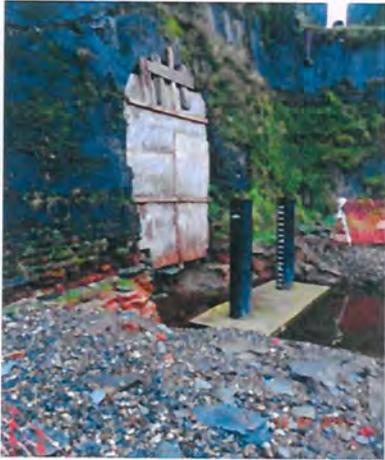
Imagen N° 2 – Instalación de Pilotes Pasarela N° 1 en sector entrada a Túnel



Fte: Informe de Seguimiento Ambiental #59209, Anexo 3

49. Lo anteriormente expuesto fue analizado y consta en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-5548-XIV-RCA-IA, el que contiene además fotografías obtenidas durante la inspección ambiental desarrollada por esta Superintendencia.

**Imagen N° 3 – Instalación de Pilotes Pasarela N° 1 en sector entrada a Túnel**

Registros			
			
Fotografía 7.	Fecha: 19/07/2017	Fotografía 8.	Fecha: 19/07/2017
Descripción medio de prueba: Playa La Argolla, trabajos de instalación de pilotes en la entrada del túnel.		Descripción medio de prueba: Playa La Argolla, pilotes instalados a 1,5. Metros de la entrada del túnel, zona de intervención.	

Fte: Informe Fiscalización Ambiental DFZ-2017-5548-XIV-RCA-IA

**Imagen N° 4 – Instalación de Pilotes Pasarela N° 1 en sector entrada a Túnel**

Registros			
			
Fotografía 9.	Fecha: 19/07/2017	Fotografía 10.	Fecha: 19/07/2017
Descripción medio de prueba: Sector de instalación de pilotes. Se observa sólo parte de la zona afectada del muro, ello atendido que el resto se encuentra inundado. A la fecha de la inspección ya se encuentran reubicados estos pilotes a una distancia de 25 cm de distancia del basamento del muro del monumento histórico.		Descripción medio de prueba: Se observa porción de muro afectado por la excavación de cubo, con el objetivo de la instalación de pilotes. La afectación quedó sumergida por el ingreso de agua de mar y sedimento.	

Fte: Informe Fiscalización Ambiental DFZ-2017-5548-XIV-RCA-IA

50. En base a lo expuesto, esta Superintendencia sostuvo en la Formulación de Cargos, por una parte, que la RCA N° 66/2012 estableció una obligación concreta de no afectación del Monumento Histórico Castillo San Sebastián de la Cruz de Corral, y por otra, que con ocasión de la excavación realizada por SICOMAQ (en una fecha en que era titular

de la RCA N° 66/2012) con fecha 20 de marzo de 2017, para la instalación de pilotes asociados a la Pasarela N° 1, específicamente en el Tramo 3 de las obras (Playa la Argolla)–, se generó la afectación a los basamentos del muro del Monumento referido.

- **Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.**

51. La Empresa sostiene, como primer argumento, que la alteración del muro del Monumento Histórico fue involuntaria, y obedecería a información parcial de línea de base, la que no le resultaría imputable a SICOMAQ, pues no participó del proceso de evaluación ambiental. Al respecto, indica que de acuerdo a la información contenida en el Anexo C de la DIA del proyecto (pp. 71 a 79), las fundaciones del muro se encontrarían a un metro de profundidad aproximadamente. Explica que *“para la instalación de los pilotes necesarios para soportar la Pasarela N°1, se debió remover la tierra que se encontraba delante del muro, justo a la altura del referido túnel, realizando excavaciones en una superficie de 410x230 cm, según el diseño original del proyecto.”* Además, manifiesta que al momento de realizar tales trabajos, no existían indicios que dieran cuenta que en dicho sector el muro presentaba, en sus fundaciones, un diseño diferente a los demás sectores de la fortificación, por lo que habría ejecutado trabajos de excavación en el entendimiento, de buena fe, que no resultaba posible afectar la zapata del muro, mientras no se llegara a un metro de profundidad.

52. En cuanto a lo anterior, durante la evaluación ambiental del proyecto se proyectó, en el sector de la Batería del Surgidero y Playa la Argolla, una pasarela recubierta de madera sostenida sobre pilotes metálicos la que (de acuerdo a los planos presentados en dicha instancia) se aproximaba a la zona del túnel que conecta el interior del Castillo San Sebastián de la Cruz (DIA, página 23, y Figuras 2-16 y 2-20). Sin perjuicio de lo anterior, la ubicación de los pilotes metálicos que la sostendrían, no quedó especificada en las distintas etapas de la referida evaluación. Con todo, de acuerdo a lo establecido en el Anexo C, de la DIA, se determinó la necesidad de realizar en el sector de playa la Argolla *“excavaciones ampliadas con miras a despejar y documentar las fundaciones de la cortina”*, en base a las excavaciones realizadas en las unidades 1-2 y 3-4. En efecto, el Ordinario CMN N° 4.788/2017, expone que dichas excavaciones *“permitieron documentar la presencia de las fundaciones exteriores de la cortina, las cuales se evidenciaron a partir de los 100 cms de profundidad, constituida de ladrillos y bloques de piedra labrada, ordenados en hilera siguiendo la línea del muro (E-W) y proyectándose de manera escalerada (N-S), ensanchándose hacia el exterior (...) Considerando que las unidades excavadas poseían dimensiones de 70x70 cm, no fue factible conocer el ancho total de las fundaciones, más de lo expuesto.”* (énfasis agregado).

53. Más aún, en el propio Anexo C de la DIA, se establece respecto a playa la Argolla la necesidad de *“implementar medidas de control como la fijación de una franja de seguridad o buffer”*, en base a que este sector *“representa un área de alta sensibilidad arqueológica [en que] sondeos subsuperficiales revelaron depósitos culturales continuos a lo largo de la terraza que alcanzan sobre un metro de potencia y expusieron las fundaciones de la cortina.”*

54. En relación a la instalación de los pilotes de la Pasarela N° 1, la afirmación de la Empresa respecto a que hubiera ejecutado ello de acuerdo al diseño original, se contrapone con lo indicado en el Anexo 3 del Informe de Seguimiento Ambiental #59209: *“[i]nicialmente para la implementación de esta pasarela se contemplaba que estos pilotes se ubicaran dentro del pasillo del túnel del castillo, pero con el fin de reducir el impacto al monumento, se desplazaron hacia el exterior.”* Con mayor detalle, el Informe de Seguimiento Ambiental #58395, correspondiente a abril de 2017, describe que *“[d]e acuerdo a lo planteado en las Especificaciones Técnicas Específicas (ETE) la realización de la obra “Construcción Protección*

Costera Fuerte y Plaza Corral” involucra la ejecución de varias perforaciones terrestres y subacuáticas. Es dentro de este contexto y siguiendo lo descrito en el ÍTEM 1 SUB ÍTEM 1.2 1.2.7 de las ante nombradas ETE (ANEXO 3) que trata de la “instalación de pilotes 10 ¾” con anclaje en tasa” de la Pasarela N°1 que se procedió a excavar frente a la puerta del fuerte donde construirá una rampa con una inclinación de un 9% destinada a facilitar el tránsito de personas con movilidad reducida. **De forma inicial la construcción de aquella pasarela contemplaba la instalación de dos pilotes dentro del pasillo que comunica con el interior del castillo. Sin embargo con el fin de reducir el impacto al monumento se proyectó instalarlas en el exterior [...]** Por esta razón se perforó una taza fuera del acceso al fuerte. Durante dicha intervención, efectuada con retroexcavadora, quedó expuesta parte de las bases del muro.” (énfasis agregado).

55. En otro orden de ideas, la Empresa presentó en noviembre de 2016, un Plan Integral de Supervisión, Intervención y Manejo Arqueológico Proyecto “Protección Costera del Fuerte y Plaza Corral” (en lo sucesivo, “Plan ISIMAR”), el que fue aprobado mediante Ord. N° 349, CMN, de 23 de enero de 2017, y cuyo objetivo era asegurar la protección de los elementos patrimoniales considerandos Monumentos Históricos y Monumentos Arqueológicos, bajo la protección de la Ley N° 17.288. Dicho plan, en relación a los trabajos de despeje y remoción del subsuelo en playa La Argolla expone que la “[e]xcavación deberá realizarse en forma controlada, con medidas preventivas a determinar en función de sondeos arqueológicos playa La Argolla. Especial atención se destinará a la posible presencia de rasgos estructurales: fundaciones de la cortina y otros.”

56. Por último, el Ordinario CMN N° 4.788/2017, viene a confirmar el razonamiento expresado hasta ahora, en los siguientes términos “a) Las intervenciones se ejecutaron el día 20 de marzo del 2017, de manera previa a la evaluación por parte del CMN de los resultados de la caracterización arqueológica de playa la Argolla, definido en PAS 76 y la correspondiente autorización de inicio de obras por parte de este organismo. [...] b) Si bien en los antecedentes presentados y evaluados en la declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto se da cuenta del trazado y proyección de la pasarela N° 1, no se incorpora planimetría de detalles ni especificaciones técnicas en que se exponga la solución constructiva planteada para los apoyos de dicha pasarela en el área de acceso al túnel, careciendo de información relativa a la construcción de dados de hormigón e hincado de pilotes. [...] Complementariamente cabe señalar que las mismas fueron ejecutadas sin haberse tramitado previamente los PAS 75 y 77, momento en el que correspondía evaluar las especificaciones técnicas y planimetría de detalles para la intervención del Monumento Nacional por parte de este Consejo. [...] Existiendo la documento de las fundaciones en la base del muro cortina en el marco de la línea base del proyecto, se evidencia que la intervención (excavación por maquinaria pesada), efectuada para la construcción del dado de hormigón en las afueras del túnel de acceso al fuerte, se emplaza a una distancia aproximada de 50 cm respecto a la línea del muro (...), sin haberse efectuado el adecuado cruce con el hallazgo, ocasionando daño tanto a un segmento del muro, como a las fundaciones [...] A esto cabe agregar que de acuerdo al análisis presentado en “Informe preliminar de caracterización arqueológica Playa la Argolla” que da cuenta de las labores arqueológicas desarrolladas entre los días 13 al 27 de febrero del 2017 (Ingreso CMN N° 2704 del 25.04.2017), se recomienda “la fijación de un buffer o franja de inclusión de 1m de ancho en torno a la cortina”, aspecto que tampoco fue considerado para la ejecución de estas labores.”<sup>3</sup> (Énfasis agregado).

<sup>3</sup> Cabe relevar que el precitado informe, que se basa en labores arqueológicas desarrolladas entre el 13 y 27 de febrero de 2017 (excavación sistemática de 30 unidades de 1 x 1 m, distribuidas en 3 transectas en Playa La Argolla), expone: “5.1.2 El muestreo dirigido realizado mediante pozos de sondeo (30 m<sup>2</sup>) no reveló rasgos arqueológicos estructurales en el sector. Si bien es cierto el despeje y documentación de las fundaciones de la cortina era uno de los objetivos específicos (OE3) de la investigación, las unidades más próximas al muro, correspondientes a la Transecta A, no alcanzaron a exponer los basamentos. No obstante, si los datos de la no presencia de estos elementos se combinan con la información ya disponible para Playa La Argolla (ARKA 2010), es posible inferir que por su inclinación y profundidad (aproximadamente ~1 m), las fundaciones de la cortina se proyectan en dirección horizontal aproximadamente 1 m del muro visible en dirección Norte, hacia la playa [...] 5.2.4 Si se toma en consideración los resultados de la caracterización de los depósitos de Playa La Argolla, la que no reportó la presencia de rasgos arqueológicos estructurales y se combina con los datos de los

57. En virtud de lo anterior, es posible sostener que SICOMAQ adoptó la decisión voluntaria de intervenir con máquina retroexcavadora un sector que, según sus propios dichos, no había sido considerado originalmente. Al mismo tiempo, el sector donde decidió intervenir –Playa la Argolla– fue objeto de medidas en la evaluación ambiental, precisamente con el objetivo de despejar y documentar las fundaciones de la cortina del Monumento Histórico, que finalmente fue afectada por la instalación de los pilotes metálicos. Por lo tanto, aun cuando durante la evaluación ambiental del proyecto se estimó que las fundaciones del muro se encontraban aproximadamente a 1 metro de profundidad (en dos sectores asociados al muro del Monumento Histórico), lo cierto es que la evaluación ambiental no consideró en ningún momento la instalación de pilotes metálicos en el sector que SICOMAQ decidió intervenir con medios mecánicos invasivos<sup>4</sup>, por lo que el desconocimiento respecto a la profundidad de las fundaciones en dicho sector (25 centímetros aproximadamente, según lo informado por la Empresa) no permite exonerarle del hecho imputado.

58. Por último, cabe indicar que los Planos OM09, 28 de 46, Planta General y Detalle, del Anexo B, que refiere la Empresa para fundamentar este primer descargo, dan cuenta de la ubicación de los pozos de sondeo excavados durante la evaluación ambiental del proyecto (P1-2 y P3-4), y del sector intervenido para la instalación de pilotes, sin que aporte elementos adicionales que permitan arribar a una conclusión distinta a la expresada en los párrafos anteriores, esto es, que la Empresa decidió intervenir un sector no contemplado durante la evaluación ambiental, ni en el diseño original del proyecto, afectando las fundaciones del Monumento Histórico.

59. Luego, como segundo argumento, la Empresa expone que *“actuó inmediatamente ante el hallazgo y desplazó, previa autorización del inspector fiscal de la obra, la ubicación de los pilotes más cercanos al muro, con el fin de evitar cualquier posible alteración o afectación de su fundación”*. Al efecto, indica que *“conforme al proyecto original, los pilotes metálicos que sostienen la Pasarela N° 1 que se ubican más cerca del muro, se ubicarían a una distancia aproximada de 1,36 metros, medidos desde el eje del piloteo al muro, sin embargo, como consecuencia de haberse detectado la presencia de fundaciones a una profundidad inferior, los pilotes y sus dados, fueron desplazados alrededor de 50 centímetros en dirección al mar, con el fin de no impactar tales fundaciones...”*, lo que funda en 5 planos que adjunta en el Anexo B de sus descargos. Adicionalmente, expone *“la afectación que se produjo a las fundaciones del muro, producto de las labores de excavación, sólo tuvo sólo un carácter superficial y no compromete su estructura”*, según lo expuesto en el informe “Fundaciones muro albañilería (zona de acceso al túnel). Evaluación del estado de conservación actual, diagnóstico de estabilidad estructural y propuesta de conservación”, de 2017. Por último, agrega que la paralización de las obras, impide volver a cubrir las fundaciones con tierra u otro sedimento, dejando las bases expuestas a la acción mecánica de las mareas, generando una condición de riesgos para estas.

60. En relación a esta argumentación, cabe advertir que corresponden a alegaciones que se vinculan tanto a la conducta adoptada por la Empresa luego de generada la afectación al Monumento Histórico y a la magnitud de la alteración producida y sus efectos respecto a la estabilidad estructural del mismo, sin que tenga mérito para desvirtuar el cargo imputado, por lo que se estará a lo que se desarrollará en las secciones siguientes de este dictamen.

---

*sondeos arqueológicos y despeje de fundaciones de la cortina realizados en 2010 (ÀRKA 2010), es posible postular que manteniéndose un buffer o franja de exclusión de 1 m de ancho en torno al muro continuo debiera ser posible evitar impactos sobre estas estructuras.” (énfasis agregado).*

<sup>4</sup> Cabe advertir que en el Informe de Seguimiento de abril de 2017, la propia empresa expone que luego de la afectación al Monumento Histórico *“estableció nuevas medidas de protección adicionales y la evaluación del cambio en la técnica del hincado de pilotes por una menos invasiva”*.

61. Como tercer argumento, SICOMAQ expone “no resulta aplicable a la construcción de la Pasarela N° 1, la distancia mínima de alrededor de 5 metros de distancia respecto del fuerte, regulada en el Punto 2.5.1 (p. 38) de la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto aprobada por la RCA 66/2012”. Al respecto, indica que la separación de 5 metros referida en dicho numeral, aplicaría exclusivamente al “Tramo 3, Playa la Argolla”, y específicamente a la obra principal de ese tramo –correspondiente al anfiteatro de hormigón armado, que el proyecto ha previsto una separación de alrededor de 5 metros respecto del fuerte, y no respecto de las estructuras de madera (Pasarela N° 1) que conectan el Tramo 3 con el Tramo 2 del proyecto (Batería del Surgidero). Por otra parte, expone que: “el diseño de la Pasarela N°1 considera un acercamiento al Fuerte, precisamente con el objeto de permitir un acceso desde el paseo peatonal al túnel de acceso al Castillo. Es entonces, lógicamente imposible, y contrario al objeto mismo del proyecto en tal sector, pretender que la Pasarela N°1 se mantenga a una distancia de alrededor 5 metros del muro si la finalidad precisa de su construcción, y los planos del proyecto dan cuenta de ello, es conectar el acceso histórico del Fuerte a la playa con el paseo peatonal.”

62. Al respecto, cabe advertir que resulta efectivo lo indicado por la Empresa, en relación a que no resulta aplicable a la Pasarela N° 1, la mantención de 5 metros del muro cortina del Monumento Histórico<sup>5</sup>, lo que determina la inexactitud de una de las normas consideradas como infringidas con ocasión de los hechos en análisis (numeral 2.5.1. de la DIA). Con todo, y como ya se expresó previamente, la ubicación específica de los pilotes metálicos que sostendrían la pasarela, no quedó especificada durante la evaluación ambiental, tomando la Empresa la decisión de instalarlos en el sector aledaño al muro del Monumento Histórico, por lo que este argumento no tiene el mérito de desvirtuar el cargo imputado.

63. Como cuarto argumento, la Empresa expone que se encuentra en permanente comunicación con el CMN, para que, en conjunto, se determine la mejor forma de proceder, siempre resguardando la integridad del Monumento Histórico. Al respecto, remite una serie de antecedentes vinculados con las acciones que ha emprendido, ante el CMN, para desarrollar intervenciones arqueológicas del sector, así como informes asociados a la afectación producida.

64. Al respecto, cabe advertir que las acciones a que hace referencia la Empresa son posteriores a la comisión del hecho imputado y, por lo tanto, carecen de mérito para alterar las conclusiones expresadas en relación a la configuración del hecho infraccional, sin perjuicio de que las mismas podrán ser ponderadas en la sección de circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, en la medida que resulten pertinentes.

**A.2. Infracción N°1, letra b): “No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones: [...] b.- Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno, según se constata en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio de 2017.”**

<sup>5</sup> En efecto, el considerando 3.3. de la RCA N° 66/2012, establece que el Tramo 3 –Playa Las Argollas– “se desarrollará bordeando todo el muro cortina del Monumento Histórico (75 m de longitud) el paseo disminuye su ancho sin variar la cota precedente y se aleja unos metros de la pared vertical que ofrece el Fuerte (...).” Sin perjuicio de ello, al observar los antecedentes de la evaluación ambiental, se advierte que el distanciamiento de 5 metros, si bien se refiere al Tramo 3, no es menos cierto, que de acuerdo a todos los planos y figuras presentados en dicha instancia se ve como la Pasarela N° 1 en dicho sector se aproxima hacia la zona del túnel que conecta la Playa Las Argollas con el interior del Monumento Histórico (Figura 2-20 y 2-21 de la DIA; Plano 85-11188-G104 Planta General ubicación de Socavaciones y cuñas, Anexo C de la DIA; Figura 10, Adenda 1; entre otros).

65. En relación a este sub-hecho infraccional, la Reformulación de Cargos consideró como normativa infringida el Informe Consolidado de Evaluación, letra e.3), que estableció como obligación, la siguiente: “(...) **e.3 Remoción y retiro de cuñas inestables** [...] *El proyecto realizará trabajos de remoción y retiro de cuñas inestables a lo largo del farellón del Fuerte Corral, previos a las obras de excavación o relleno. Dichas cuñas se encuentran ubicadas en el cerro que forman parte del talud natural sobre el cual se asienta el Fuerte, no formando parte de los muros. Estas cuñas se encuentran en una situación inestable actualmente por lo cual serán removidas para seguridad del personal y los usuarios posteriores del paseo costero. Las cuñas que han sido evaluados como cuerpos inestables corresponden a las siguientes: [...] Cuña en el TNJC (TALUD NORTE ZONA SAN JUAN DE LA CRUZ) (Ver detalles en Capítulo 2, numeral 2.5.7 de la DIA). [...] Cuña en el TEJC (TALUD ESTE ZONA SAN JUAN DE LA CRUZ) (Ver detalles en Capítulo 2, numeral 2.5.7 de la DIA) (...)*”<sup>6</sup>

66. Por su parte, el sub-hecho infraccional imputado se basó en los siguientes antecedentes contenidos en el expediente administrativo: a) inspección de 6 de abril de 2017, por parte del CMN; y, b) inspección de 29 de julio de 2017, por parte de esta SMA.

67. Inspección de 06 de abril de 2017 (CMN): Al respecto, el Informe de Actividades en Terreno levantado por el CMN, expone que “*se evidencia la alta cantidad de vegetación en los muros históricos, lo cual dificulta la visibilidad del estado del mismo, referido principalmente a la presencia de cuñas (desprendimientos de tierra desde el interior) que están asentadas en el muro. Estas cuñas están consignadas en el proyecto para ser removidas antes del inicio de las obras por posible peligro de desprendimiento hacia los visitantes. [...] Pese a ello, se sugiere efectuar el despeje de vegetación de los muros con metodología adecuada, propuesta por un conservador o restaurador de muros históricos, de tal modo que el despeje no impacte el muro y permita visibilizar los trabajos que se requieran para su mantención. [...] Se considera que luego de la remoción de la flora superficial se podrá hacer una evaluación de la firmeza de las cuñas en virtud de definir la metodología adecuada para la remoción de éstas, ya que la faena puede significar un riesgo en la conservación y medidas de resguardo del Castillo.*”

68. De lo anteriormente descrito, el CMN dejó constancia en su denuncia derivada a esta SMA, con fecha 22 de junio de 2017, a través de Ord. N° 2686, de 12 de junio de 2017.

69. Inspección de 19 de julio de 2017 (SMA): Se indica lo siguiente: “*El recorrido continúa hacia la identificación de las cuñas del muro. Se constató la existencia de dos cuñas (TNJC, talud norte zona San Juan de la Cruz y TEJC, talud este zona San Juan de la Cruz), sin intervención por parte de la empresa. En la cuña TNJC se pudo constatar el desprendimiento del material, de no más de dos carretillas (0.08 metros cúbicos aproximadamente) de material acumulado.*”

70. Lo anteriormente expuesto fue analizado y consta en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-5548-XIV-RCA-IA, el que contiene además fotografías obtenidas durante la inspección ambiental desarrollada por esta Superintendencia en que se constata la presencia de las cuñas de referencia, no obstante haberse dado inicio a las obras de excavación y relleno, según se aprecia en las siguientes fotografías:

<sup>6</sup> Se advierte que la referencia específica del ICE corresponde al numeral 1.10.1.2 Fase de Construcción de la Obra.

Imagen N° 5 – Identificación de cuñas TNCJ y TEJC



Fte: Informe Fiscalización Ambiental DFZ-2017-5548-XIV-RCA-IA

71. En base a lo expuesto, esta Superintendencia sostuvo en la Formulación de Cargos, por una parte, que durante la evaluación ambiental se estableció una obligación de remover y retirar 2 cuñas inestables identificadas como Talud Norte San Juan de la Cruz (TNSJ) y Talud Este San Juan de la Cruz (TEJC), de manera previa a las obras de excavación o relleno consideradas en el proyecto, lo que no habría sido ejecutado por la Empresa.

- **Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.**

72. Como primer argumento de sus descargos, la Empresa expone que no existe lesividad en la infracción imputada dado que no se ha comprometido el objeto de protección de la medida de remoción de cuñas, que corresponde a garantizar la seguridad de las personas que deben transitar por el sector, correspondiendo estos a trabajadores y futuros usuarios del paseo. En relación a ello, expone que *“resulta imposible una afectación de los futuros usuarios del paseo costero precisamente porque las obras no se encuentran terminadas, y, por tanto, están cerradas al acceso público”,* y respecto a los trabajadores *“con anterioridad a la paralización de los trabajos se alcanzaron a realizar escasas actividades en el sector, las cuales, no obstante ejecutarse en forma previa a la remoción de las cuñas contaron con otras medidas protección [sic] que permitieron garantizar la seguridad de los trabajadores frente a posibles deslizamientos de tierra.”*

73. En relación a lo anterior, cabe advertir que durante la evaluación ambiental se definió específicamente un momento determinado en que debía ejecutarse la acción de remoción de las cuñas *–previo a las obras de excavación o relleno–*, en atención a la inestabilidad de las mismas, y en tanto ellas no se han removido antes de dicho hito, las alegaciones planteadas por la Empresa en este punto, no tienen mérito para desvirtuar los hechos imputados. Al respecto, consta en el expediente administrativo que las primeras actividades de excavación o relleno fueron ejecutadas por la Empresa, entre los meses de octubre y noviembre de 2016. En efecto, es posible advertir que en la prueba aportada por la Empresa (Informe Mensual N°1 MOP Rev 00, Noviembre de 2016, por la que SICOMAQ da cuenta del estado de avance de las obras) consta que las actividades de relleno y excavación del protección se iniciaron en el mes de octubre/noviembre de 2016, indicándose: *“2.- Avance de obra [...] 2.1.- Plan de Avance [...] A. Obras Ejecutadas y en Ejecución [...] Se inician trabajos de relleno estructural en explanada [...] Se ejecuta excavación en Sector Batería de San Juan”.*

74. Sin perjuicio de lo expresado previamente, las alegaciones referidas a los efectos derivados de la omisión imputada, serán ponderadas en las secciones pertinentes de ese Dictamen.

75. Luego, como segundo argumento, la Empresa plantea que el CMN autorizó la remoción de las cuñas en octubre de 2018 (Ord. N° 4.009, de 05 de octubre de 2018), otorgando el correspondiente PAS, por lo que habría existido una imposibilidad jurídica para haberlas removido con anterioridad a ello, sin cometer una infracción. Hace presente que este PAS fue solicitado en una primera oportunidad, con fecha 26 de mayo de 2017, y en una segunda, y en forma específica para la remoción de las cuñas TNJC y TEJC, con fecha 25 de septiembre de 2018 (ingreso CMN N° 6390). Agrega que *“resulta contradictorio que por una parte se reproche a SICOMAQ no remover las cuñas, y a la vez se le formulen cargos por no contar con el PAS 75 (actual 131), pues la principal razón por la que no se había realizado lo primero, fue precisamente por no contar con dicha autorización”*. Por último, expone que la remoción de las cuñas TNJC y TEJC no ha podido ejecutarse, hasta la fecha de presentación de los descargos, por encontrarse paralizadas las obras de construcción del Proyecto, en virtud de las Resoluciones Exentas N° 477, de 21 de junio de 2018, y N° 848, de 28 de noviembre de 2018.

76. En relación a lo anteriormente expuesto, cabe advertir que la Empresa estaba obligada a realizar las acciones de remoción de las cuñas, precisamente antes de dar inicio de las obras de excavación y relleno, y que, efectivamente, para la realización de tal acción, requería contar previamente con el denominado PAS 75 (actual 131), el que debía tramitarse con posterioridad a la obtención de la RCA N° 66/2012, y antes de emprender las actividades que, con ocasión del proyecto, requerían la obtención de los mismos

77. En este sentido, cabe advertir que una vez que SICOMAQ tomó el control de la actividad operativa y ambiental del proyecto, pasó a ser responsable del mismo, asumiendo el conjunto de las obligaciones establecidas en la RCA N° 66/2012, entre las que se encontraba la remoción de las cuñas TNJC y TEJC antes de dar inicio a las obras de excavación y relleno. Al respecto, la Empresa decidió dar inicio a la ejecución de estas actividades, no habiendo ni siquiera comenzado con la tramitación del respectivo PAS, por lo que resulta a lo menos curioso que argumente que el principal motivo para no haber cumplido su obligación, es el impedimento jurídico generado por sus propias omisiones. Más aún, y como se precisará en el respectivo cargo 4, la Empresa se mantuvo desarrollando una serie de obras para las se requería la obtención de variados PAS sectoriales mixtos (para las actividades de conservación, reparación o restauración de monumentos históricos; para hacer excavaciones de carácter arqueológico; y, por implicar el desarrollo de obras ubicadas en zona típica), sin que la falta de la tramitación íntegra de estos hubiera significado un impedimento para el desarrollo de las mismas. En efecto, las actividades del proyecto se iniciaron con fecha 25 de octubre de 2016, según lo declarado en el Sistema de Resoluciones de Calificación Ambiental (en adelante, SRCA) dispuesto por esta SMA, fecha que es coincidente con la suscripción del Acta de Entrega en terreno, mientras la tramitación del PAS 131, específicamente para la remoción de las cuñas, comenzó con fecha 25 de septiembre de 2018. En consecuencia, este argumento será desestimado, en tanto no resulta plausible que SICOMAQ se beneficie a partir de sus propias omisiones, en tanto si había una imposibilidad jurídica para la remoción de las cuñas, fue debido a la falta de tramitación oportuna del permiso o por no haber retrasado el inicio de ejecución de las obras de excavación y relleno hasta que se obtuviera el mismo.

78. Por último, en relación a las razones que habrían determinado que, a la fecha de presentación de los descargos, no se haya ejecutado aún la remoción de las cuñas en base a la paralización del proyecto, no tiene mérito para desvirtuar el cargo imputado, debiendo estarse a lo que se exponga en la sección de análisis de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

**A.3. Infracción N°1, letra c): “No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones: [...] c.- No contar con supervisión permanente de arqueólogo, según se constata en la inspección de 6 de abril de 2017.**

**- Análisis de antecedentes considerados en la Formulación de Cargos respecto al sub-hecho infraccional**

79. En relación a este sub-hecho infraccional, la FdC original, no modificada en este punto por la Reformulación de Cargos, consideró como normativa infringida la Adenda 1, observación 3.2. –Respecto al componente arqueológico–, en cuya letra g), se estableció “[s]e acoge la implementación de monitoreo arqueológico permanente, por un arqueólogo, durante las obras de limpieza, escarpe y excavación del proyecto, tanto en obras en tierras, como en las obras marítimas que se ejecuten en el proyecto”, frente a lo que la Empresa expuso su conformidad.

80. Al respecto, cabe advertir que el origen de esta obligación se encuentra en el Anexo C, de la DIA del proyecto en análisis, la cual en diversos pasajes expone la necesidad de desarrollar este tipo de monitoreo, atendida la línea base patrimonial identificada respecto al componente arqueológico: “Para el sector costero de playa La Argolla: Se recomiendan (...) implementar medidas de control como la fijación de una franja de seguridad o buffer apropiado en torno a los restos estructurales identificados y monitoreos arqueológicos permanentes”; “7.1 Hallazgos Terrestres [...] Considerar la supervisión arqueológica permanente durante los trabajos que impliquen la limpieza y despeje de la cubierta vegetal e intervenciones del subsuelo”. Es en base a tales antecedentes que el CMN, durante la evaluación ambiental del proyecto, emitió el Ord. N° 2733, de 20 de mayo de 2011, dispuso acoger el monitoreo arqueológico permanente en los términos en que se recogió en la Adenda N° 1, y respecto de lo que el titular original del proyecto, manifestó su conformidad.

81. Por su parte, el sub-hecho infraccional imputado se basó en lo dispuesto en el Acta de inspección de 6 de abril de 2017, por parte del CMN, la que indica: “[s]e constata que durante el desarrollo de las obras se lleva a cabo un monitoreo arqueológico, sin embargo en virtud de los hechos, se entiende que no se lleva a cabo de manera permanente. Además, ante la ausencia en los frentes de trabajo de la profesional no existe un arqueólogo suplente para llevar a cabo dicha labor.”

82. En relación a lo anterior, el Informe de Actividades en Terreno asociado a esta fiscalización, a propósito de los daños a la fundación del Monumento Histórico, por las obras de instalación de pilotes cercanos a la entrada al túnel, consigna que “[s]e constata que ante el evento no existió una paralización inmediata de las obras, debido a que la arqueóloga monitora no se encontraba en el lugar al momento de la excavación...”. Adicionalmente, se expone que en la reunión previa a la inspección ambiental, en que se encontraba la arqueóloga contratada por la Empresa, junto a personal de SICOMAQ y el Fiscal de Obras, “se hace mención respecto al manejo de hallazgos subacuáticos al momento de realizar la instalación de pilotes en taza (pasarela 2), los cuales son extraídos por personal de la empresa sin dar aviso por escrito al CMN. La arqueóloga monitora no habría estado presente al momento del hallazgo.” En base a lo anterior, el Informe en comento, concluye que “[d]urante las labores de fiscalización se pudo constatar la inexistencia tanto de un monitoreo arqueológico permanente en tierra como en agua durante las obras de construcción del proyecto, pese a que dicha labor fue una recomendación realizada por el titular en la DIA del proyecto (páginas 11 y 102 Anexo C: Línea de Patrimonio Cultural) y acogida por este Consejo a partir de Ord. CMN N° 2733/2011, punto 7, haciendo especial hincapié en su realización tanto en obras en tierra como marítimas.”

83. Lo anteriormente expuesto fue analizado y consta en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-5548-XIV-RCA-IA.

- **Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.**

84. Como primer argumento, la Empresa expone que “ha cumplido en todo momento con la implementación del monitoreo arqueológico permanente de las obras de limpieza, escarpe y excavación del proyecto, mediante un arqueólogo”, lo que se demostraría con los contratos de trabajo, finiquitos y CV de los diferentes arqueólogos que han prestado servicios en forma ininterrumpida y desde el inicio de las obras a SICOMAQ.

85. Al respecto, la Empresa presenta los contratos celebrados por SICOMAQ con 5 arqueólogos, los cuales habrían ejecutado labores de monitoreo arqueológico, según se pasa a describir en la siguiente tabla:

**Tabla N° 2 – Arqueólogos contratados por SICOMAQ**

Profesional	Períodos	Asistencia y Labores
Julia Potocnjak	24.10.2016 – 31.10.2016 31.10.2016 – 31.12.2016 31.12.2016 – 30.04.2017	Asesora de Arqueología L-V : 8.30-13.00; 14.30-18.00 S : 8.00-13.30
Verónica Reyes	20.04.2017 - sin indicar fecha de término	Servicio de Monitoreo Arqueológico Plan ISIMAR ítem 08 (20 días hábiles mensuales)
Nicole Fuenzalida	01.05.2017 – 31.05.2017 31.05.2017 – 31.07.2017 31.07.2017 – 22.02.2018	Asesora de Arqueología L-V : 8.30-13.00; 14.30-19.00
Jacqueline Moreno	20.04.2017 – 31.05.2017 31.05.2017 – 31.07.2017 31.07.2017 – término de obras	Asesora de Arqueología L-V : 8.30-13.00; 14.30-19.00
Ítalo Borlando	01.02.2018 – 28.02.2018	Asesora de Arqueología L-V : 8.00-13.00; 14.30-18.30

Fte: Elaboración propia, en base a Anexo B.3, de los Descargos presentados por SicomAQ.

86. Al respecto, cabe advertir que para efectos de la configuración del sub-hecho infraccional en análisis, se ha de estar a lo acontecido antes de la fecha en que se constató el mismo, es decir, con anterioridad al 06 de abril de 2017 (esto es, mientras estaba contratada, únicamente, la Sra. Julia Potocnjak), por lo que los contratos con nuevos arqueólogos celebrados con posterioridad a dicha fecha, podrán ser considerados en relación a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

87. En relación al contrato vigente con la arqueóloga al momento de haberse cometido la infracción imputada –Potocnjak–, se advierte que el mismo solo referencia de manera general las actividades que ella desarrollaría con ocasión del proyecto, correspondiendo ésta a *Asesora de Arqueología*, sin que se dé cuenta de labores específicas, más allá de concurrir diariamente al trabajo y dar cumplimiento estricto de la jornada de trabajo, así como desempeñar las labores que le encomienden los jefes directos, técnicos y ejecutivos de la Empresa.

88. Con todo, con ocasión de la fiscalización ambiental efectuada por el personal del Consejo de Monumentos Nacionales, con fecha 06 de abril de 2017, se consignó que respecto de determinadas labores efectuadas durante el mes de marzo de 2017, tanto en tierra (excavación para los pilotes para la Pasarela N° 1), como subacuáticas

(instalación de pilotes en taza para la Pasarela N° 2), la arqueóloga no estaba presente, y que ante la ausencia en los frentes de trabajo de la profesional no existía un arqueólogo suplente para llevar a cabo dicha labor. Tal afirmación, se realizó en el contexto de la reunión previa a las actividades de fiscalización, y durante la actividad de fiscalización, la cual se encuentra firmada por parte de la arqueóloga referida.

89. En consecuencia, de la existencia de contratos de asesoría arqueológica que abarcan el período en el cual se produjo el sub-hecho infraccional, no se sigue necesariamente la ejecución de un monitoreo arqueológico permanente durante las labores de limpieza, escarpe y excavación, en tanto precisamente en actividades referidas a este último punto se constató que la arqueóloga no estaba presente al momento de ejecución de las mismas, ni había un arqueólogo suplente que cumpliera dicho rol.

90. Luego, como segundo argumento, la Empresa expone que "(...) *lo que se comprometió fue un monitoreo arqueológico permanente de las obras de limpieza, escarpe y excavación, realizado por un arqueólogo, es decir un monitoreo constante durante todo el desarrollo de las obras, realizado por un profesional calificado para tales propósitos, mas no un monitoreo que garantizara la presencia continua e ininterrumpida del arqueólogo en las faenas, incluso en aquellos momentos en que no se realizaban trabajos de limpieza, escarpe o excavación* (énfasis agregado).

91. Al respecto, y como se ha indicado previamente, la imputación del sub-hecho infraccional en análisis fue no contar con un monitoreo arqueológico permanente, fundado en que en al menos en el desarrollo de dos actividades de excavación (terrestre y subacuática), la arqueóloga designada no se encontraba presente, ni existía un arqueólogo suplente que la cubriera, en circunstancias que durante la evaluación ambiental del proyecto quedó establecido el compromiso de monitoreo arqueológico permanente. En este sentido, el cargo no supone de manera alguna una exigencia mayor a la establecida durante la evaluación ambiental, sino que se limita a imputar que la misma no ha sido ejecutada de manera íntegra según el propio contenido de la obligación ambiental, por lo que este argumento será desestimado.

92. A mayor abundamiento, el Plan ISIMAR, define que "[l]a Supervisión Arqueológica está orientada a controlar y mitigar los efectos perjudiciales sobre Patrimonio Arqueológico y PCS durante las etapas de construcción del Proyecto, y garantizar la recuperación de información científica relevante de potenciales hallazgos no previstos, tanto en el medio terrestre como marino", incluyendo como actividades de dicha Supervisión, "los monitoreos arqueológicos permanentes en tierra por arqueólogos/as durante las obras". Similar indicación, se fija en relación a obras marítimas, en que se indica que la supervisión se hará en "forma permanente por un arqueólogo/a en superficie, profesional que contará con la asesoría permanente de un arqueólogo/a especializado en arqueología subacuática." De lo anterior, se desprende con meridiana claridad que, durante las actividades de limpieza, escarpe o excavación, debía existir un arqueólogo en todo momento, supervisando la ejecución de estas obras, a fin de poder lograr el objetivo de protección sobre el patrimonio arqueológico, patrimonio cultural subacuático y eventuales hallazgos no previstos.

93. Luego, como tercer argumento, la Empresa indica que "(...) *en cumplimiento de tal exigencia de monitoreo, SICOMAQ ha impartido instrucciones a sus trabajadores y establecido procedimientos internos que prohíben la realización de trabajos que impliquen limpieza, excavación o escarpe sin la presencia del arqueólogo contratado para la realización del monitoreo arqueológico de las obras, por lo que, aún en aquellos eventos en que existió ausencia temporal del arqueólogo a cargo (producto de sus periodos de descanso, y antes de abril de 2017), no se puede entender que ha existido un incumplimiento de esta exigencia.*" En relación a ello, adjunta una "Lista de Chequeo Ambiental" que incluye aspectos arqueológicos, y

una serie de documentos en que consta el llenado de dicha planilla durante el mes de marzo de 2017.

94. En relación a los antecedentes que expone la Empresa, cabe indicar que los mismos, en el punto *“Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”*, identifica 3 sub-ítem que el capataz a cargo debe llenar, entre los que se encuentran: *“Se informa a la encargada de arqueología notificando inmediatamente cualquier hallazgo arqueológico registrado durante las faenas”*, *“En caso de hallazgo arqueológico por excavación, se detiene faena para dar aviso”* y *“Se recuerda diariamente a los trabajadores de la cuadrilla que se está interviniendo un Monumento Nacional y su entorno directo”*. Al respecto, la información que se consigna en las respectivas planillas no tiene mérito para desvirtuar el cargo, en atención que no dice relación alguna con la efectividad de la presencia de la arqueóloga durante las labores de escarpe, limpieza o excavación, sino más bien relacionado con las acciones posteriores a un hallazgo encontrado durante actividades del proyecto (por ejemplo, durante una excavación), entre los que precisamente se encuentra la notificación a la encargada de arqueología, dando cabida a que ella pudiera no estar presente durante dichas actividades (de ahí que se requiera su aviso).

95. Adicionalmente, cabe expresar que resulta evidente que la arqueóloga contratada ha de tener períodos de descanso dentro de su jornada laboral, y dado que para el desarrollo de determinadas actividades del proyecto se requería la presencia de ella, la Empresa debió haber ajustado la ejecución de las mismas a períodos en que hubiese estado presente, excluyendo períodos de descanso, enfermedad u ausencias eventuales.

96. Por otra parte, como cuarto argumento, la Empresa indica que *“[p]ara cumplir del perfil del arqueólogo requerido en el Anexo Complementario, SICOMAQ rechazó propuestas que contemplaban un monitoreo, que a su juicio no cumplía con el requisito de ser permanente (...) pues los servicios de monitoreo arqueológico permanentes ofrecidos por esta empresa, no garantizaban la presencia permanente en la obra del arqueólogo encargado del monitoreo permanente, sino sólo la presencia del mismo cada vez que ella fuera requerida producto de una contingencia [...] Lo anterior es relevante para la interpretación y entendimiento de la exigencia de monitoreo arqueológico permanente, pues no puede obviarse que incluso una empresa especialista en la materia, entiende y ofrece en consecuencia sus servicios de monitoreo arqueológico permanente, considerando solo una presencia periódica y eventual del arqueólogo encargado en las obras.”*

97. Al respecto, cabe advertir que la adecuada interpretación de las normas establecidas en la RCA, se ha de realizar en base al tenor de la propia evaluación ambiental del proyecto que, en este caso, definió la presencia de un monitoreo arqueológico permanente durante todas las actividades de escarpe, limpieza y excavación, lo que como se ha visto, fue incumplido en al menos dos oportunidades por parte de la Empresa.

98. En relación a lo anterior, la Real Academia de la Lengua Española, define *“permanente”* como *“que permanece”*, y a su vez, el verbo permanecer, como *“mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad”* o *“estar en algún sitio durante cierto tiempo”*<sup>7</sup>. Al respecto, la propia exigencia ambiental define el ámbito espacio-temporal en que debía ejecutarse el monitoreo arqueológico, correspondiendo a todo el tiempo en que se ejecutaran las actividades de limpieza, escarpe y excavación.

99. A mayor abundamiento, SICOMAQ plantea que ARKA entendió por un monitoreo arqueológico permanente solo una *“presencia periódica y eventual del arqueólogo encargado en las obras”*, lo que se fundaría en la cotización presentada por

<sup>7</sup> En <http://www.rae.es/>, sitio web visitado con fecha 19 de julio de 2019.

esta. Al respecto, de la revisión de tal antecedente solo es posible advertir que ARKA presentó una cotización por "Monitoreos arqueológicos permanentes durante las obras", identificando un valor por día, y con facturación mensual, sin indicarse el carácter eventual o contingente que SICOMAQ expone, por lo que la conclusión planteada por la Empresa no resulta plausible. Más aún, preciso es recordar que la obligación consiste en contar con monitoreo arqueológico permanente, durante las obras de escarpe, limpieza y excavación, por lo que la cotización presentada por ARKA –por días– no sería incompatible con el cumplimiento de la misma, en la medida que quedaran abarcados el total de días en que se ejecutaran dichas actividades, los que podrían ser continuos o no.

100. Con todo, resulta al menos curioso que la Empresa refiera que su análisis de propuestas de servicio de monitoreo arqueológico permanente se basara en el Anexo Complementario del contrato de obra pública del proyecto en comento, en tanto precisamente este instrumento establece en relación a la materia en análisis, la necesidad de permanencia en obra del arqueólogo asesor de manera permanente, en los siguientes términos: "6.1. [...] Dirección de las Obras [...] Se deberá disponer del siguiente personal como mínimo: [...] Profesional Asesor de Arqueología Subacuática; profesional Arqueólogo acreditado con Certificado de Título o mediante fotocopia legalizada ante Notario, especialista en arqueología subacuática, cuya función será Profesional Asesor de Arqueología Subacuática con 1 (un) año de experiencia obligatoria comprobada en arqueología subacuática, cuya permanencia en obra será puntual y durante la ejecución de las faenas indicadas en las zonas detalladas en la RCA. [...] 01 Profesional Asesor de Arqueología; Profesional Arqueólogo, acreditado con Certificado de Título o mediante fotocopia legalizada ante Notario, cuya función será ser el Profesional Asesor de Arqueología con 2 (dos) años de experiencia obligatoria comprobada en arqueología, cuya permanencia en obra será 100% obligatoria desde la entrega de terreno y hasta el término de las obras."

101. Por último, la Empresa plantea que con posterioridad a la fiscalización de 6 de abril de 2017, "fueron reforzadas las actividades de monitoreo arqueológico (...) contratando un arqueólogo adicional, de modo de garantizar que durante el tiempo de descanso de uno, el otro pudiera estar presente en las obras y viceversa", lo que no tiene mérito para desvirtuar el cargo imputado, en razón de corresponder a acciones realizadas con posterioridad al hecho infraccional imputado.

- **Determinación de la configuración de la infracción.**

102. En virtud de lo expuesto, y atendido a que las alegaciones del titular no logran desvirtuar el hecho constatado ni su calificación jurídica, se entiende por probada y configurada la infracción de los sub-hechos infraccionales 1.a, 1.b. y 1.c.

**B. Infracción N°2: "Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos indicados en la tabla N°2 de la presente resolución, sin haber notificado al Consejo de Monumentos Nacionales, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas, según se constató por un lado en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio de 2017, y por otro, en los informes cargados por la empresa al sistema de seguimiento SMA."**

- **Análisis de antecedentes considerados en la reformulación de Cargos respecto al hecho infraccional**

103. En relación a este hecho infraccional, la Reformulación de Cargos, consideró como normativa infringida el considerando 4.1., letra e), de la

RCA N° 66/2012, que dispone: "(...) e) Ley 17.288/1970, del Ministerio de Educación, Legisla sobre Monumentos Nacionales; Modifica las Leyes 16.617 y 16.719; Deroga el Decreto Ley 651, de 17 de octubre de 1925. [...] Se dará cumplimiento a esta normativa informando a los contratistas que lleven a cabo las obras marítimas y terrestres de la obligación de notificar inmediatamente cualquier hallazgo registrado durante las faenas de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 26° y 27° de la Ley. Ante dicha eventualidad, el proponente notificará por escrito al Consejo de Monumentos Nacionales (...)" y, el numeral 4.2.6. de la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto, que establece: [d]urante la construcción de las obras se informará debidamente a los contratistas que lleven adelante los trabajos de las obras marítimas y terrestres la obligación de notificar inmediatamente cualquier hallazgo registrado durante las faenas de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 26° y 27° de la Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y en los artículos 20° y 23° de su Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas. Ante dicha eventualidad, el Titular notificará por escrito al Consejo de Monumentos Nacionales, para que este organismo disponga los procedimientos que estime pertinentes (...)"

104. Por su parte, el hecho infraccional imputado se basó en una serie de antecedentes, identificados de manera previa a la Formulación de Cargos original, así como en base a información remitida por el CMN con posterioridad a esta, lo que motivó su Reformulación, a través de la Res. Ex. N° 4 / Rol D-067-2017, en la que se imputó haber hallado, recolectado y mantenido en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas, una serie de hallazgos no previstos, correspondiendo estos a los siguientes:

Tabla N° 3 – Hallazgos sobre los que versa el Cargo N° 2

Denominación	Cantidad	Obra asociada
NCA 1	1 estructura	Tramo 4, Frente 1, Pasarela 3
NCA 1A	1	Tramo 4, Frente 1, Pasarela 3
NCA1b	1	Tramo 4, Frente 1, Pasarela 3
NCA 2	1	Tramo 4, Frente 1, Pasarela 3
NCA 3	indeterminado	Tramo 4, Frente 1, Pasarela 3
NCA3a	41	Tramo 4, frente 1
NCA4	81	Tramo 2, Frente 3, Pasarela 1, Pilote 24
NCA4a	89	Tramo 2, Frente 3, Pasarela 1, Pilote 22 y 23
NCA5	8	Tramo 2, Frente 3, pasarela 1, entrada al túnel del fuerte (Pilotes 14 y 15)
NCA6	7	Tramo 4, Frente 4, Pasarela 2, Muro Estribo
NCA7	3	Tramo 4, Frente 1, pasarela 3
NCA8	9	Tramo 4, Frente 4, Pasarela 2, pilar 6 y 7
NCA9	4	Tramo 4, Frente 4, Pasarela 2, pilar 8
NCA9a	1	Tramo 4, Frente 4, Pasarela 2, pilar 7 y 8
NCA10	8	Sin información
NCA11	40	Tramo 4, Frente 1, Pasarela 3
NCA12	3	Sin información
NCA13	2	Sin información

Fte: Res. Ex. N° 4 / Rol D-067-2017, Reformulación de Cargos (el que se basa a su vez en el Ord. N° 6.190/2017, CMN). Se advierte que la sigla NCA corresponde a "Nuevo Contexto Arqueológico".

105. En efecto, la Reformulación de Cargos, refiere a lo consignado en las Actas de Inspección de 06 de abril y 19 de julio de 2017, en los

informes de seguimiento cargados por la Empresa, y en los Ordinarios N° 2.686/2017, N° 4.788/2017 y N° 6.190/2017, todos del CMN, cuyo contenido se expondrá a continuación:

106. Inspección de 06 de abril de 2017 (CMN): Se releva lo siguiente: *“No se ve una correcta identificación, georreferenciación y conservación de las piezas. Frente a este último punto, se hace necesario contemplar instalaciones más óptimas para el depósito temporal de las colecciones patrimoniales, considerando que las condiciones del entorno no son las adecuadas, encontrándose en una bodega en contacto directo con la humedad del suelo y sin un embalaje correcto [...] [s]e constata que hubo hallazgo arqueológico sin dar aviso oportuno al Consejo de Monumentos Nacionales (...) esta eventualidad fue observada en más de un frente de trabajo: Sector de la pasarela 2 (frente 4): Retiro de botija de cerámica subacuática ante la instalación de un pilote mediante el empleo de taza. [...] Pasarela 3 (frente 3): Remoción de fragmento de muro no identificado [...] [s]e constata que se aplican de medidas de conservación in situ, no realizadas por un conservador para los rasgos identificados como NCA1 y NCA3”*. En relación a la misma actividad de Inspección, en su Informe de Actividades en Terreno, el CMN indica que *“[d]urante la visita de terreno llega el arqueólogo Diego Carabias<sup>8</sup>, con el fin de manifestar su preocupación por el incumplimiento del Plan ISIMAR ante el protocolo de hallazgos arqueológicos”, que “[s]e constata la existencia de una bodega destinada al depósito de materiales arqueológicos recolectados durante el transcurso de las obras, tanto en el marco del monitoreo arqueológico como por personal de la empresa [...] se efectuó la recolección de material arqueológico sin previo aviso al CMN [...] Paralelamente, se constata el mal estado de conservación y almacenaje de los restos, esto en virtud de que no se efectuó una correcta identificación de las piezas en el almacenaje (procedencia, fecha de obtención, ficha de registro). Se constata que las piezas tampoco tienen un registro de su geo-referenciación para poder señalar su lugar de contexto. [...] las condiciones del entorno no son las adecuadas, encontrándose en una bodega en contacto directo con la humedad del suelo y junto a otros materiales de construcción.”* Al respecto, consigna las siguientes fotografías:

Imagen N° 5 – Depósito Materiales Arqueológicos (abril 2017)



Fte: Informe de Actividades en Terreno, CMN, 06 de abril de 2017

<sup>8</sup> En el Informe de Actividades en Terreno, se indica que el Sr. Carabias es Arqueólogo y Gerente de ARKA Ltda., empresa contratada por SICOMAQ, para los servicios de manejo arqueológico de los elementos patrimoniales presentes en el área de influencia del Proyecto, según la Empresa expone en sus descargos.

Imagen N° 6 – Materiales Arqueológicos en depósito (abril 2017)



Fte: Informe de Actividades en Terreno, CMN, 06 de abril de 2017

Imagen N° 7 – Materiales arqueológicos en depósito



Fte: Informe de Actividades en Terreno, CMN, 06 de abril de 2017

107. De lo anteriormente descrito, el CMN dejó constancia en el Ord. N° 2686, de 12 de junio de 2017, el que en términos generales expone: (i) Se constata la recolección de material arqueológico en sector de Playa La Argolla, sin autorización del CMN, por parte de la monitora arqueológica, lo que habría quedado en evidencia tanto a partir de las actividades de fiscalización del proyecto (Informe de terreno, CMN, de 08 de marzo y 06 de abril, de 2017), y en el ingreso CMN N° 3126, de 11 de mayo de 2017 “Propuesta Manejo Arqueológico Restos subacuáticos Pilotes 20, 21, 22 y 23 Cercanos Área Hallazgos No previstos (Botijas), Proyecto Protección Costera Fuerte y Plaza Corral”. Estos hallazgos se depositaron en una bodega, sin realizar un debido registro y sin medidas de conservación adecuadas, lo que conlleva deterioro y daño a las piezas; y, (ii) Se constatan tres nuevos hallazgos arqueológicos en el tramo 4, no detectadas en la

Línea de Base del proyecto, NCA-1, NCA-2 y NCA-3, correspondientes a una estructura rectangular fabricada en lajas de roca canchagua y mortero de pega, un trozo de riel de 48 cm y un conjunto de ladrillos, respectivamente. Estos hallazgos, no fueron informados al CMN. Además, se intervino el hallazgo NCA-1 que fue sellado con malla geotextil y luego cubierto con rocas para proseguir con las obras del proyecto, lo que no fue autorizado por el CMN. Lo anterior, fundado en el Informe de Terreno, CMN, de 08 de marzo de 2017, y en el Informe Trimestral de Supervisión Arqueológica.

108. Inspección de 19 de julio de 2017 (SMA): Se indica lo siguiente: *“Estación 1 Bodega: [...] material arqueológico está a cargo de la arqueóloga Jacqueline Moreno, profesional de tiempo completo trabajando para SICOMAQ desde abril de 2017, quien indica que desde ese mismo mes que comenzó a trabajar, se están realizando las labores correspondientes al registro. Dicho registro, se compone de una caracterización del sitio donde se encontró el material, fecha, tipo de material y otros antecedentes que ayudan a su clasificación según los requerimientos del lugar de destino (Museo UACH). Además los materiales ya registrados se encontraban dentro de bolsas transparentes. [...] Al momento de la inspección aún faltaban materiales por registrar, trabajo que de acuerdo a la arqueóloga Moreno, estaba en proceso. [...] Dentro de los materiales en bodega, se pudo constatar fundamentalmente restos de botijas y fragmentos de muros de distintos tamaños.”*

109. En relación a esta fiscalización, el Informe de Fiscalización DFZ-2017-5548 -XIV-RCA-IA, da cuenta de la situación actualizada a la fecha de la misma, según se puede apreciar en las fotografías consignadas:

Imagen N° 8 - Materiales arqueológicos en bodega (julio 2017)



Fte: Informe de Fiscalización DFZ-2017-5548 -XIV-RCA-IA

110. Ordinario CMN N° 4.788/2017: Dicho antecedente es remitido por el CMN, con posterioridad a la Formulación de Cargos original, de la misma institución. En relación a este cargo, expone que *“a partir de la evaluación de los informes de material arqueológico, este Consejo toma conocimiento de la recolección no autorizada de un total de 298 elementos arqueológicos (...), en una práctica implementada de manera persistente durante las labores de monitoreo ejecutados entre los meses de octubre de 2016 y marzo de 2017. [...] En el marco de las obras de instalación de los pilotes 22, 23 y 24 para la pasarela 1, se efectuó la recolección de 170 restos materiales. Así también, en el marco de las obras del Tramo 4, frente 1, se recuperó un total de 86 elementos arqueológicos, aspectos que hace evidente que los mismos no correspondían a hallazgos de carácter aislado, por lo que su recolección sin la aplicación de una metodología y registro adecuado, ocasionó la pérdida irrecuperable de la información contextual*

del sitio arqueológico.” Agrega, que adicionalmente a lo anterior, los hallazgos NCA-1 y NCA-3 habrían sido sellados (cubiertos con malla geotextil y posteriormente cubiertos con rocas) por parte de la empresa para poder continuar con las obras del proyecto. Estos hallazgos no habrían sido informados al CMN, ni fueron objeto de una adecuada metodología para un óptimo levantamiento de información de manera previa a su sellado, y a su vez, destaca, que las obras del proyecto impedirían el acceso para futuras investigaciones, perdiendo con ello información científica de relevancia. Por otra parte, respecto al hallazgo NCA-2, indica que si bien, no consta su sellado, la empresa no ha informado cuáles habrían sido las medidas implementadas respecto a dicho hallazgo. Asimismo, expone que en el informe de seguimiento del mes de abril, se habría revelado la ausencia de dicho hallazgo, indicando que este podría haber sido tapado por un relleno para conformar el piso para el tránsito de la maquinaria. El CMN indica que dichas acciones, habrían ocasionado la pérdida irrecuperable de información contextual del sitio arqueológico y del valor científico que el mismo conlleva.

111. Ordinario CMN N° 6.190/2017: Este antecedente fue remitido por el CMN, con posterioridad a la Formulación de Cargos original, en respuesta a la Res. Ex. N°3/Rol D-067-2017, que solicitó a dicho organismo un informe de análisis de los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3.

112. Al respecto, el CMN indica en el Oficio de referencia, que las intervenciones de los hallazgos denominados NCA-1 a NCA-13 habrían afectado una superficie entre 340 a 1.100 m<sup>2</sup> en los Tramos 2 y 4, con una alteración de 299 elementos arqueológicos muebles y dos elementos inmuebles. De los restos arqueológicos intervenidos, unos 108 materiales proceden del Tramo 4 del proyecto y unos 178 elementos, del Tramo 2, en ambos casos de sectores acotados, por lo que respecto de estos hallazgos, sería posible establecer una relación espacial y posiblemente contextual; respecto a los 13 elementos restantes, se desconocía su procedencia. Agrega, que los materiales culturales recolectados corresponden a restos cerámicos, metal y loza, que permiten ser atribuidos tanto a momentos de ocupación colonial y alemana, como también, a la industria siderúrgica, manifestando limitantes para determinar mayores acercamientos respecto a la singularidad, posible antigüedad y valor cultural y científico, debido precisamente a la pérdida del contexto arqueológico producto de las obras sobre estos bienes. Expone, que esta situación implicaría según indica el CMN, una pérdida irrecuperable de información contextual del sitio y su valor científico. Agrega que *“si bien la mayor parte de estos elementos han sido almacenados en las bodegas de la empresa SICOMAQ, estos fueron recuperados y/o sellados, sin un debido registro arqueológico, elemento fundamental para el conocimiento arqueológico y que permite establecer su cronología, funcionalidad y singularidad, entre otros aspectos.”*

113. En cuanto a los hallazgos objeto de la consulta realizada por esta SMA, expuso lo siguiente: a) hallazgo NCA-1, estructura de forma rectangular, compuesta de muros de espesor entre 40 y 60 cm, manufacturados en piedra laja con mortero de pega de composición indeterminada; el CMN indica que si bien no es posible adscribir la estructura a un período o funcionalidad específica fue factible descartar su correspondencia con los trabajos de restauración de Montandón y también con el período de la industria siderúrgica del siglo XX. Se indica que la piedra laja, es un elemento constructivo de amplio espectro temporal en Valdivia, por ende, puede remontar su origen, tanto entre 1645 a 1767, como también a la época de ocupación alemana a mediados de siglo XIX. Aunque, según información de especialista, podría corresponder a la época colonial; b) hallazgo NCA-2, coincide con los materiales constructivos empleados por la industria siderúrgica que existió en el lugar durante el siglo XX; c) hallazgo NCA-3, dado lo acotado de su registro y el amplio espectro de uso de ladrillos en el continuo ocupacional del fuerte, no sería posible de determinar alguna relación temporal.

114. En base a lo anteriormente expuesto, la Reformulación de Cargos, releva que en atención a lo establecido en el artículo 21 de la Ley N°

17.288, “por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antro-po-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional”. De este modo, los nuevos hallazgos encontrados por la Empresa, son monumentos arqueológicos, en tanto se trata de piezas con vestigios de ocupación humana, que existen en un contexto arqueológico, es decir, que no están siendo utilizados por una sociedad viva o en funcionamiento, con el fin por el cual fueron creados<sup>9</sup>.

115. Por último, la Reformulación de Cargos tuvo en consideración diversos informes de seguimiento remitidos por la Empresa, entre los que destaca el informe de seguimiento de agosto de 2017 (Código SSA #61344), por el que se entrega un consolidado de la caracterización de los hallazgos arqueológicos no previstos, recuperados en el monitoreo arqueológico terrestre hasta marzo de 2017. A su vez, se expone que entre los meses de abril a julio de 2017, la empresa realizó la sistematización de los datos recolectados, asesorada por dos arqueólogas. Este procedimiento, incluyó un diagnóstico, inventario, ficha de registro, embolsado y etiquetado de materiales, según un protocolo de fichado de hallazgos no previstos<sup>10</sup>. En base a tal sistematización de materiales, se generaron 36 unidades de recuperación (ID), las que contemplan desde 1 a 88 objetos, siendo el material con mayor abundancia, fragmentos cerámicos, los que habrían sido encontrados entre el 06 de enero de 2017 y el 20 de marzo de 2017<sup>(11)</sup> según lo expuesto en su Anexo 2, sin perjuicio que los hallazgos no previstos fueron recolectados desde octubre de 2016.

116. Adicionalmente, en el mismo informe (anexo 1), se indica que “fuera del material documentado y sistematizado dispuesto en bodega, existieron 3 Hallazgos Arqueológicos no previstos, identificados y “sellados” por Julia Potocnjak (Potocnjak 2017) estos son: NCA1, NCA2 y NCA3.”

117. En base a lo anteriormente expuesto, esta SMA imputó el hallazgo y recolección de elementos arqueológicos (299 elementos arqueológicos muebles y dos elementos inmuebles), sin haber notificado al Consejo de Monumentos Nacionales, manteniendo estos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas.

- **Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.**

118. La Empresa, expone como único argumento, que habría actuado bajo el convencimiento que el profesional experto contratado (sobre quien presenta los contratos de trabajo para desarrollar estas actividades) “representaría la necesidad de cumplir con las exigencias que se estiman infringidas”. Al efecto, indica que mantuvo “de forma permanente en sus instalaciones un profesional con aptitudes idóneas para efectuar un resguardo de los descubrimientos de elementos protegidos mediante la regulación de Monumentos Nacionales aplicables al proyecto [...] En este orden de ideas, como puede observarse de los informes de monitoreo arqueológico, correspondientes a octubre de 2016 - enero de 2017 y febrero - abril de 2017 (...) la gestión del ámbito arqueológico involucrado en el Proyecto no fue una materia que no

<sup>9</sup> Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Monumentos Nacionales pertenecientes al Patrimonio Cultural en el SEIA.

<sup>10</sup> Este protocolo corresponde al anexo N°2 del informe de seguimiento de julio de 2017. Las fichas de registro arqueológico, corresponden a una adaptación de la ficha SITUS (patrimonio arqueológico), elaborada por el Centro Nacional de Conservación y Restauración de DIBAM, el Consejo de Monumentos Nacionales y el área de Patrimonio del Sistema Nacional de Coordinación de Información Territorial para establecer los estándares mínimos de registro del patrimonio arqueológico.

<sup>11</sup> Al respecto, cabe precisar que el 06-01-2017, corresponde a la fecha que la Empresa pudo determinar para uno de los hallazgos, sin perjuicio que respecto a una serie de hallazgos no estableció una fecha específica. Con todo, el Informe Consolidado de Antecedentes Complementarios a Ord. CMN N° 6190, expone que “El material arqueológico recuperado en las actividades de monitoreo realizadas entre los meses de octubre 2016 a marzo de 2017 a cargo de la arqueóloga Julia Potocnjak (Anexo 1), corresponde a un total de 298 elementos muebles”.

haya despertado la preocupación y alerta de mi representada, sino que, por el contrario, su resguardo fue un aspecto primordial a la hora de asumir la titularidad de este.” Agrega, que “implementó el programa de supervisión arqueológica de conformidad a lo indicado en las Especificaciones Técnicas Especiales para el Proyecto “Protección Costera del Fuerte y Plaza Corral (...)”. En base a lo anterior, sostiene que “existió la constante preocupación de que las tareas de terreno resguardaran el material arqueológico cuya identificación no se efectuó en la línea base del proyecto. En efecto, los informes dan cuenta de la gestión arqueológica desplegada para identificar oportunamente los hallazgos encontrados, como también la implementación de medidas tendientes a proteger y resguardar el contexto histórico- patrimonial de éstos.”

119. Respecto a este argumento, cabe advertir que el conjunto de acciones orientadas a cumplir con la normativa infringida, no tienen el mérito de desvirtuar la configuración del hecho infraccional que efectivamente se produjo. Al respecto, se debe dejar asentado que la Empresa será responsable por los hechos de sus dependientes, en tanto recae en ella el control de los mismos. En relación a ello, cabe indicar que cualquier otra conclusión implicaría la imposibilidad de hacer responsable del incumplimiento de obligaciones ambientales al titular de una Resolución de Calificación Ambiental, en tanto la ejecución de prácticamente cualquier proyecto autorizado a través de este instrumento, se materializa a través de la contratación de trabajadores internos o externos de la Empresa. En consecuencia, este argumento será desestimado.

120. Más aún, la Empresa releva como una de dichas acciones la implementación del Plan ISIMAR (exigido por las Especificaciones Técnicas Especiales, que adjunta), en circunstancias que el mismo expone, en relación a esta materia, lo siguiente: “3.5.4. El Plan de Contingencia busca permitir reaccionar en forma oportuna y apropiada ante hallazgos no previstos localizados tanto en tierra como en agua durante la etapa de construcción del Proyecto. Como primera medida, el arqueólogo/a cargo de los monitoreos, deberá notificar inmediatamente al Contratista e IFO y solicitar la suspensión provisoria y traslado del frente de trabajo. Queda estrictamente prohibido intervenir el sector de forma alguna, sin la autorización explícita de la IFO. [...] 3.5.5. De registrarse un hallazgo no previsto se comunicará oportunamente al CMN. En función de las características del hallazgo no previsto, se propondrá a la autoridad el mejor procedimiento a seguir. Cuando la preservación in situ no resulte una alternativa viable, se deberán evaluar medidas de mitigación que reduzcan el impacto, por ejemplo, a través de acciones de microrroteo, traslado y reposicionamiento de elementos, rescate arqueológico, entre otros.” En estas circunstancias, aun cuando la Empresa expone que implementó el respectivo Plan ISIMAR, el mismo consigna explícitamente parte de las obligaciones que este cargo imputó como infringidas, en base a lo constatado en las actividades de inspección ambiental, y a la información reportada por el titular y analizada por el CMN.

- **Determinación de la configuración de la infracción.**

121. En virtud de lo expuesto, y atendido a que las alegaciones del titular no logran desvirtuar el hecho constatado ni su calificación jurídica, se entiende por probada y configurada la infracción del hecho infraccional N° 2.

**C. Infracción N°3: “Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, en particular las siguientes]:”**

**C.1. Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto.**

- **Análisis de antecedentes considerados en la reformulación de Cargos respecto al sub-hecho infraccional**

122. En relación a este sub-hecho infraccional, la Reformulación de Cargos, consideró como normativa infringida el considerando 4.1., Normas de emisión y otras normas ambientales, letra f), que dispone: “D.S. 484/1991, del Ministerio de Educación, Reglamento de la Ley N° 17.288, sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas.[...] Considerando los hallazgos realizados se ha identificado que se debe rescatar y trasladar el componente uno rasgo cuatro (piedra canchagua labrada, posiblemente componente de la base original del fuerte), por lo que el proponente procederá según lo establecido en el D. S. 484/90 (Art. 20 y 23) y dará aviso al CMN del momento del salvataje y traslado, el cual será realizado por un profesional competente (...);” la Adenda 1, observación 3.2, letra e), que dispone que “(...) se deberá relocalizar el Rasgo 4 (bloque labrado) a un sector protegido de las obras del proyecto; y, el Ordinario CMN N° 465, de 02 de febrero de 2017, que dispone “(...) En cuanto a las labores subacuáticas, se contempla el traslado controlado del Rasgo 4 desde el sector obras marítimas del proyecto (...) Esta pieza será trasladada a un nuevo emplazamiento, fuera del sector a intervenir, para ser depositado sobre el fondo marino en condiciones similares (...)”

123. Por su parte, el sub-hecho infraccional imputado se basó en una serie de antecedentes, identificados de manera previa a la Formulación de Cargos original, así como en base a información remitida por el CMN con posterioridad a esta, según se expondrá a continuación.

124. Inspección de 06 de abril de 2017 (CMN): Se releva lo siguiente: “[s]e constata que se está a la espera de la respuesta por parte del CMN de la solicitud de rescate y traslado del componente 1 rasgo 4”. Asociada a la misma actividad de inspección ambiental, el Informe de Actividades en Terreno, concluye que “[s]e interviene la Playa La Argolla sin autorización del CMN, a pesar de encontrarse en el sitio labores arqueológicas pendientes, correspondientes a la excavación estratigráfica y recolección de material en superficie, recuperación selectiva de restos asociados al componente 3 y traslado del rasgo 4:” De lo anteriormente descrito, el CMN dejó constancia en su denuncia derivada a esta SMA, con fecha 22 de junio de 2017, a través de Ord. N° 2686, de 12 de junio de 2017.

125. Inspección de 19 de julio de 2017 (SMA): En ella, se expone que “[l]a arqueóloga Moreno indica que aún falta el reposicionamiento del Rasgo PCS 4, correspondiente a un bitón.”

126. Ordinario CMN N° 4.788/2017: Por intermedio de este antecedente remitido a esta SMA con posterioridad a la formulación de cargos, el CMN informa que “el emplazamiento documentado para el rasgo 4, coincide con el enrocado asociado a pasarela 2, del tramo 4, ya ejecutado. Hasta el momento no se ha dado cuenta de la implementación de las labores de traslado del rasgo 4 (...)”.

127. En base a lo anteriormente expuesto, la Reformulación de cargos imputa que el traslado del rasgo 4, no fue ejecutado de manera previa a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4, del Proyecto, la cual corresponde a las obras marítimas que pudiera haber afectado al mismo, con ocasión del proyecto.

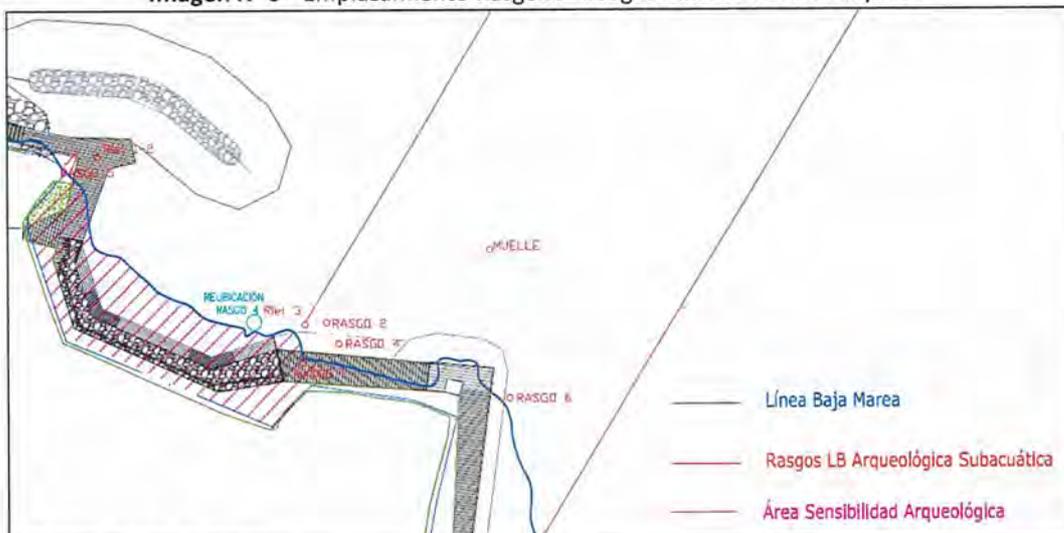
- **Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.**

128. Como primer argumento, la Empresa expone que solicitó diligentemente y en la oportunidad debida los permisos para realizar el traslado del Rasgo 4, y luego ejecutó la acción tan pronto como le fue materialmente posible. Al respecto, da cuenta de la contratación de los servicios prestados por la empresa de arqueología marítima ARKA, en cuya orden de compra de 12 de octubre de 2016, se advierte como actividad a desarrollar la reubicación del Rasgo N° 4. Agrega, que con fecha 12 de diciembre de 2016, ARKA solicitó, a través de ingreso CMN N° 8686, autorización al Consejo de Monumentos Nacionales para realizar labores de intervención y manejo arqueológico, entre las cuales se encontraba el traslado del Rasgo 4, lo habría sido autorizado mediante Ord. CMN N° 465, de 02 de febrero de 2017, autorizándose el reposicionamiento subacuático del Rasgo 4. Finalmente, expone que una vez que se encontraron preparados todos los elementos técnicos, así como la disponibilidad del personal necesario para llevar a cabo dicha tarea, se realizó el traslado controlado del Rasgo 4, con fecha 29 de marzo de 2017, lo que se expone en el Informe de Actividades de Manejo de Patrimonio Cultural Subacuático.

129. En relación a lo expuesto, cabe advertir que el cargo en comento refiere a no haber ejecutado el reposicionamiento del Rasgo 4 (bloque tallado de forma rectangular, con base que podría corresponder a un bitón de amarre de embarcaciones), de manera anterior a las obras de construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4, lo que resultaba del todo necesario en atención al objetivo de protección de la estructura, la que se pudiera haber visto afectada por la ejecución de dichas obras. Al respecto, consta que las obras de enrocado asociado a la Pasarela N° 2 del Tramo 4, comenzaron en febrero de 2017, por lo que no resulta relevante para efectos de la configuración del hecho infraccional si con posterioridad al inicio de ejecución de estas obras del proyecto, se ejecutó el reposicionamiento como afirma la Empresa (sin perjuicio de su ponderación en relación a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA y, concretamente, con las medidas correctivas adoptadas por el titular con posterioridad a la comisión de la infracción).

130. Al respecto, consta en el *layout* del proyecto, que las obras de enrocado asociadas a la Pasarela N° 2, coinciden con la ubicación del Rasgo N° 4, según se puede apreciar en las siguientes imágenes:

Imagen N° 9 - Emplazamiento Rasgo N° 4 según Línea Base del Proyecto



Fte. Anexo C, DIA, p. 99.

131. A su turno, en cuanto a que el reposicionamiento se realizó con posterioridad a la obtención del permiso otorgado mediante Ord. N° 465, de 02 de febrero de 2017, y una vez estuvieron dispuestos los elementos técnicos y personal adecuado, se advierte que ello no tiene mérito para desvirtuar el cargo. En efecto, la Empresa debió

haber evitado ejecutar las obras de enrocado asociado a la Pasarela N° 2, hasta después de haber trasladado el rasgo 4, bajo las condiciones establecidas en la evaluación ambiental y después de haber obtenido la respectiva autorización sectorial, en atención al objetivo de protección vinculado a la exigencia ambiental.

132. Con todo, la Empresa expone que el Informe de Actividades de Manejo de Patrimonio Cultural Subacuático de noviembre de 2017 (en adelante “Informe ARKA REF. INF015/2017”) da cuenta del reposicionamiento del rasgo 4 realizado con fecha 29 de marzo de 2017. En dicho informe, es posible advertir el desarrollo de actividades en relación al mismo que permiten sustentar el referido cargo.

133. En efecto, en el precitado Informe, se explicita que *“en febrero se procedió con los trabajos de preparación y construcción del enrocado en el Frente N°4. Esto tuvo como consecuencia que durante la segunda temporada de campo realizada el 29 de marzo de 2017, el Rasgo 4 se verificó desplazado algunos metros al norte y en posición invertida, por fuera del enrocado construido”* (énfasis agregado). Por otra parte, las fotografías acompañadas en el Informe ARKA REF. INF015/2017 dan cuenta de la ubicación del Rasgo 4, en diciembre de 2016, y en la fecha en que se procedió al traslado (29 de marzo de 2017). En esta última, se puede apreciar que las actividades de enrocado asociadas a la Pasarela N° 2, fueron ejecutadas de manera previa al reposicionamiento del elemento arqueológico referencia en el cargo, según se aprecia a continuación:

**Imagen N° 10** - Rasgo 4 documentado durante la temporada de campo de diciembre de 2016



Fte: Informe ARKA REF. INF015/2017, Figura 4-2.

Imagen N° 11 - Preparación de la maniobra de traslado controlado del Rasgo, marzo de 2017



Fte: Informe ARKA REF. INF015/2017, Figura 4-15.

Imagen N° 12 - Nueva posición del Rasgo 4



Fte: Informe ARKA REF. INF015/2017, Figura 4-15.

134. Luego, como segundo argumento, expone que en todo momento se ha garantizado la integridad del Rasgo 4, no existiendo afectación del mismo. Al respecto, indica que la SMA, en la Res. Ex. N° 11 / Rol D-067-2017 (por la que se rechazó el PdC presentado por la Empresa), habría indicado en base al Informe ARKA REF. INF015/2017 de la Empresa ARKA, que se habría afectado el Rasgo 4 por un “*desplazamiento reversible*”, atribuyéndose a las actividades de enrocado construido. Agrega que la afirmación del Informe no es concluyente ni comprobable, pues no expresa las razones por las que aseveraría ello, ni detalla las causas por las que estimaría que dichas obras habrían generado tal efecto. Al respecto, indica

que es posible sostener que el desplazamiento podría deberse al oleaje de la zona, y que las actividades que habría ejecutado la Empresa se habrían restringido a obras en tierra y no en el mar. Para afirmar lo anterior, indica que *“en el año 2011, cuando se determinó la línea de base del Proyecto, se marcó la posición de los 6 Rasgos, y que en el año 2016 (es decir, cuando recién se iniciaban las labores de mi representada, y aún no se intervenía el sector en específico) se procedió a relocalizarlos, constatándose que 2 de ellos no podían encontrarse en sus posiciones originales (Rasgos 1 y 2), y que el Rasgo 4 se encontraba invertido y ligeramente desplazado de su sector original, sin que hubiese existido intervención de SICOMAQ en el área”*. En línea con esto, indica que en los Informes de Avance Físico y Financieros de las obras que se remitieron al MOP, se puede advertir que las obras ejecutadas en el sector de la Pasarela N°2, cercano a donde se ubicaba el Rasgo 4, solo comenzaron su avance en febrero del año 2017, y con mayor intensidad en los meses de marzo y abril de dicho año, es decir, posteriormente a que se constatará que el Rasgo 4 se encontraba invertido y ligeramente desplazado, lo cual vendría a confirmar que ello no sucedió por la ejecución de obras de Sicomaq. Por último, indica que en los planos que constan en el Anexo F de la Declaración de Impacto Ambiental, específicamente en aquellos relativos al Tramo N° 4 donde se ubica la Pasarela N°2, se ubicaban significativamente alejadas de la posición que la línea de base determinó para el Rasgo 4, por lo que difícilmente la ejecución de ellas tuvo impacto en su desplazamiento, lo que constataría en la Figura 4-15 del Informe ARKA REF. INF015/2017

135. En primer término, este argumento contiene una afirmación contradictoria en relación a sus propios descargos y pruebas presentadas durante el procedimiento sancionatorio. En efecto, consta que el traslado controlado del Rasgo 4, acaeció con fecha 29 de marzo de 2017, por lo que no es efectivo que se haya realizado en diciembre de 2016.

136. Por otra parte, según los Informes de Avance Físico y Financieros de la Empresa que referencia la Empresa, las obras de enrocado asociadas a la Pasarela N° 2, comenzaron en febrero de 2017, esto es, antes que el traslado del Rasgo 4, según toda la prueba aportada al procedimiento.

137. Con todo este Fiscal Instructor hace presente que la Empresa, en su argumentación, pretende desvirtuar las conclusiones del Informe ARKA REF. INF015/2017 relacionadas con el desplazamiento del Rasgo 4 derivada de las actividades de enrocado de la Pasarela N° 2, atribuyendo dicho desplazamiento a razones de índole natural, agregando que habría ocurrido de manera previa a la intervención de la Empresa. En efecto, SICOMAQ sostiene en sus descargos que durante la actividad de campo de diciembre de 2016 se habría percatado *“que el Rasgo 4 se encontraba invertido y ligeramente desplazado de su sector original, sin que hubiese existido intervención de SICOMAQ en el área”*. Con todo, la cronología de hechos, según describe la Empresa contratada para el desarrollo de actividades arqueológico-marítimas, y que es consistente con las actividades que SICOMAQ informó al MOP como desarrolladas, es la siguiente: *“el traslado controlado del Rasgo 4 fue realizado el 29 de marzo de 2017 por el equipo de especialistas, incluyendo una Conservadora. El rasgo se presentaba ligeramente desplazado de su posición original registrada en la temporada de campo de diciembre de 2016 [...] durante la segunda temporada de campo realizada el 29 de marzo de 2017, el Rasgo 4 se verificó desplazado algunos metros al norte y en posición invertida, por fuera del enrocado construido”*. En consecuencia, de acuerdo al Informe ARKA REF. INF015/2017, la temporalidad del desplazamiento, se sustenta en base a una comparación entre el lugar en que se encontraba el Rasgo 4 al momento de iniciar su reposicionamiento (marzo de 2017) y la actividad de campo desarrollada meses previos a la intervención de ese sector (diciembre de 2016), y no –como pretende sostener la Empresa– en una comparación con la posición del Rasgo durante la determinación de la Línea Base del Proyecto, por lo que el argumento resulta del todo improcedente. Por último, la referencia en los Descargos a la figura 4-15 del Informe ARKA REF. INF015/2017, muestra el inicio de la actividad de reposicionamiento con fecha 29 de marzo de

2017, pudiendo apreciarse que las actividades de enrocado ya habían sido ejecutadas previamente, precisamente en el sector en que se encontraba el Rasgo N° 4 originalmente.

138. Por último, en cuanto a los Planos del Tramo 4 acompañados por la Empresa (y que coinciden con los planos acompañados a la DIA de la evaluación ambiental del proyecto, en su Anexo F), no se advierte en estos la posición del Rasgo 4, por lo que es posible validar la conclusión de la Empresa respecto a que las obras de la Pasarela N° 2 se ubicaban significativamente alejadas de este. Lo anterior, se aprecia en la siguiente figura:

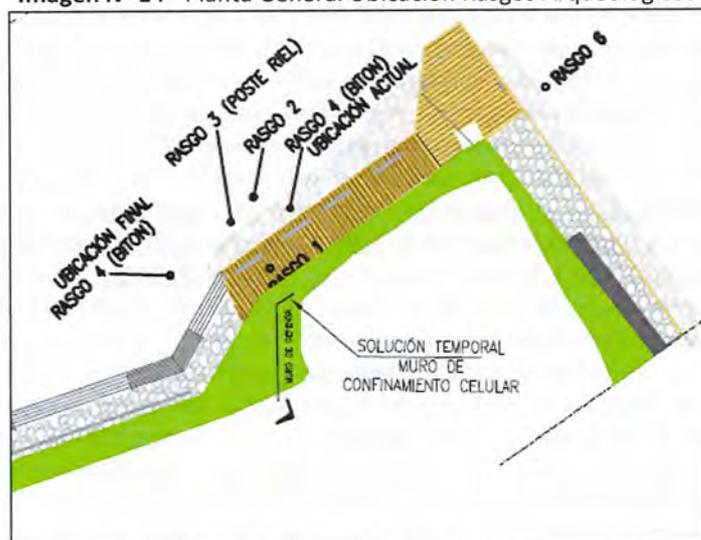
Imagen N° 13 - Planta general de Arquitectura Perfiles generales Tramo 4



Fte: Plano 85-11188-A106 (Anexo D, Descargos).

139. Más aún, en la información contenida en la evaluación ambiental (Anexo C, de la DIA), si existe planimetría que permite sostener a coincidencia del emplazamiento entre las obras del Enrocado asociado a la Pasarela N° 2, del Tramo 4, y la ubicación del Rasgo N° 4, según se aprecia en la siguiente figura:

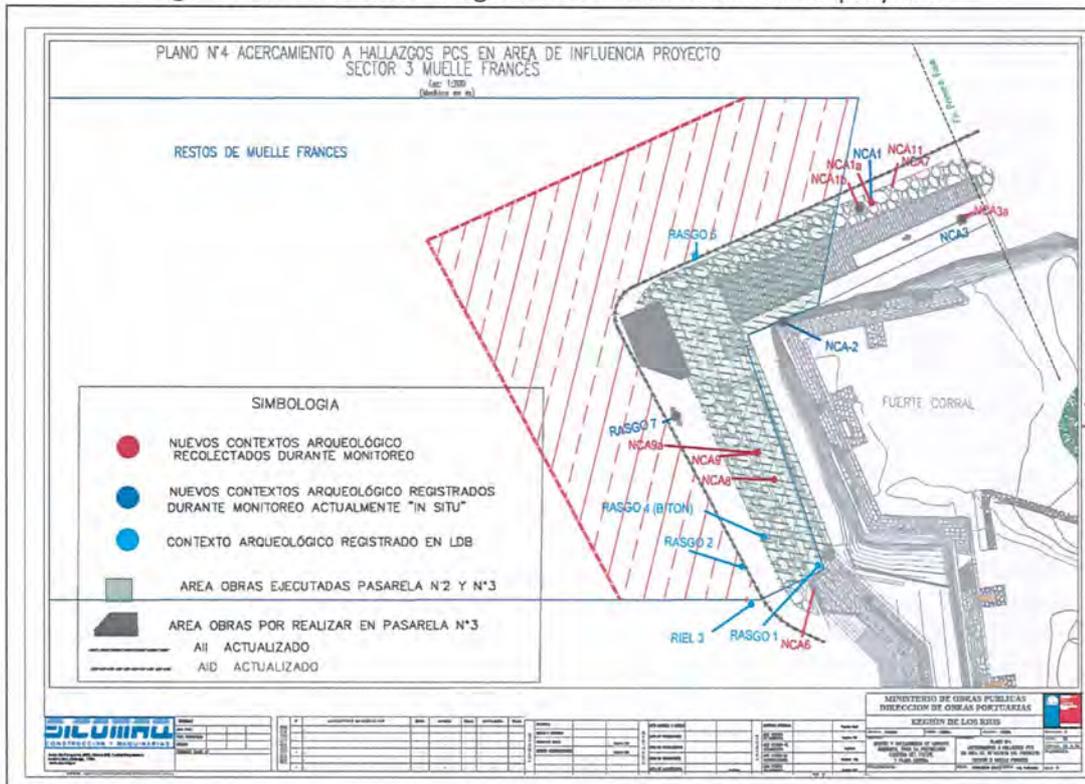
Imagen N° 14 - Planta General Ubicación Rasgos Arqueológicos.



Fte: Detalle Plano 85-11188-G105 (Anexo C, DIA).

140. Lo anterior, se confirma además en base a información acompañada al escrito de 27 de agosto de 2019, por parte de la Empresa. En concreto, el “Informe de Antecedentes Aclaraciones de Área de Influencia del Proyecto, Sector Muelle Francés”, se puede apreciar con meridiana claridad, que parte de las obras ejecutadas por el Proyecto, en relación a la Pasarela N° 2, coincide con el emplazamiento original del Rasgo N° 4 – Áreas Obras Ejecutadas Pasarela N° 2 y 3, en verde, en la imagen N° 15–, por lo que no resulta efectivo lo planteado por la Empresa en cuanto a un supuesto alejamiento significativo entre la posición del Rasgo 4 y las obras que fueron ejecutadas por el proyecto.

**Imagen N° 15 - Ubicación Rasgo N° 4 en relación a obras del proyecto**



Fte: Informe de Antecedentes Aclaraciones de Área de Influencia del Proyecto, Sector Muelle Francés, p. 10. Anexo 4, Documento 2, acompañado a Escrito Téngase Presente de 27 de agosto de 2019.

141. Por último, en presentación de 27 de agosto de 2019, la Empresa remite Carta de ARKA, de 21 de marzo de 2019, por la que aporta precisiones sobre el contenido Informe de Actividades de Manejo de Patrimonio Cultural Subacuático (PCS) Proyecto “Protección Costera del Fuerte y Plaza de Corral”.

142. Al respecto, el escrito conductor de esta presentación indica que “(...) tal como se expuso en los descargos presentados por SICOMAQ, a través de la Resolución Exenta N° 11/D-067-2017, por medio de la cual se rechazó el PdC presentado en este procedimiento, la SMA erróneamente indicó sobre este hecho imputado, que se habría afectado el Rasgo N°4 por un “desplazamiento reversible”, el cual sería atribuido por la mencionada resolución al inicio de las obras de enrocado, que habrían generado una interacción con el Rasgo N°4, causando así su desplazamiento algunos metros al norte, en posición invertida, por fuera del enrocado construido. Ello se basaría en lo señalado por la empresa ARKA, en su informe denominado “Informe de actividades de Manejo de Patrimonio Cultural Subacuático (PCS).”

143. En cuanto a dicha afirmación, en primer término, cabe indicar que la Resolución Exenta N° 11 / D-067-2017, concluyó que: *“a) el traslado del rasgo 4 se realizó con posterioridad al inicio de ejecución de las obras; b) que el inicio de las obras de enrocado generó una interacción con el rasgo 4, que implicó su desplazamiento previo a su traslado; c) que esta interacción correspondería a una afectación del rasgo 4 (según la propia terminología empleada en la Tabla 5-1), dada por un desplazamiento reversible; y, d) que el informe no descarta, una eventual afectación a la materialidad del rasgo 4, al indicar que el rasgo no tiene “alteraciones relevantes” con respecto a su situación original, sin identificar qué alteraciones “no relevantes” habría, ni explicitar los criterios para descartar la relevancia de éstas.”*<sup>12</sup> En relación a ello, cabe indicar que esta Superintendencia no atribuyó efectos sobre el rasgo 4 asociados a la infracción, sino más bien, identificó, en base a la propios antecedentes aportados por la Empresa, las deficiencias en el descarte de efectos negativos que intentó sustentar en dicha etapa procedimental respecto a este sub-hecho infraccional.<sup>13</sup> Así las cosas, resulta manifiestamente improcedente atribuir a esta Superintendencia una calificación de efectos de manera anticipada a este acto administrativo decisorio, descontextualizando un pronunciamiento en una etapa procedimental totalmente diversa (evaluación del PdC).

144. Con todo, ARKA ha complementado lo indicado en su Informe, exponiendo: *“En primer lugar, en el punto 4.1.2 del informe en referencia (ARKA 2017: 32) se establece que a partir de la inspección realizada en diciembre de 2016 fue posible relocalizar el Rasgo 4, así como los Rasgos 5 y 6, y determinar que este se hallaba en una posición prácticamente idéntica a la que se había observado en 2010. No es posible descartar que el rasgo se hallara ligeramente rotado sobre sí mismo [...] Por su parte, en el punto 4.3.1, se indica que en la inspección realizada en marzo de 2017 se determinó que existía un ligero desplazamiento del Rasgo 4 con respecto a su posición en diciembre de 2016 [...] Por otra parte, en el punto 4.4.2 se señala específicamente que en la inspección de marzo de 2017 el Rasgo 4 se verificó desplazado algunos metros al norte y en posición invertida.”* Concluye, lo siguiente: *“1) Que en diciembre de 2016 este se hallaba en una posición prácticamente idéntica a la observada en 2010, sin poder descartarse una rotación sobre sí mismo, por lo que se empleó el concepto de no presentar “alteraciones relevantes [...] 2) Que se registró un ligero desplazamiento espacial del rasgo algunos metros al norte y cambio de posición (erguida versus posición invertida) entre la inspección de marzo de 2017 y la realizada en diciembre de 2016. A partir de la inspección de carácter visual en marzo de 2017 no se identificaron deterioros evidentes ni alteraciones sobre la materialidad del Rasgo 4. Considerando que este rasgo ya se encontraba previamente en condición descontextualizada, su desplazamiento algunos metros al norte y su nueva posición invertida, su afectación fue considerada reversible. Cabe destacar que no se empleó el concepto de alteración relevante o no relevante para calificar esta situación, como erróneamente se interpreta en el punto 58° la Res. Ex. N° 11 de la Superintendencia del Medio Ambiente.”* (Énfasis agregado).

145. En primer término, cabe advertir que la posible rotación del Rasgo 4, sobre sí mismo, que expone la empresa ARKA, plantea una hipótesis de algo que *“no podría descartarse”* haber ocurrido entre 2010 y diciembre de 2016 (fecha de la actividad de campo desarrollada de manera previa a la actividad de enrocado de la Pasarela N° 2 y del reposicionamiento del Rasgo 4), por lo que no tiene mérito para desvirtuar el cargo en comento, en atención a que el mismo se refiere a no haber ejecutado el traslado antes de las actividades del enrocado de la Pasarela N° 2.

146. Más aún, la propia Carta de ARKA, que viene a precisar aspectos del Informe ARKA REF. INFO15/2017, indica que *“(...) a partir de la inspección realizada en diciembre de 2016 fue posible relocalizar el Rasgo 4 (...) y determinar que este se hallaba en una posición prácticamente idéntica a la que se había observado en 2010.”* Lo anterior,

<sup>12</sup> Res. Ex. N° 11 / D-067-2017. Considerando 58°.

<sup>13</sup> Res. Ex. N° 11 / D-067-2017. Considerandos 69 y 77, que refieren explícitamente a este hecho infraccional.

se contraponen con lo expuesto en los descargos de la Empresa que teoriza sobre un eventual desplazamiento del Rasgo N° 4, entre la actividad de diciembre de 2016 y marzo de 2017, debido al oleaje de la zona. En efecto, no resulta plausible que en un período de 6 años (entre 2010 y 2016) el Rasgo se hubiera mantenido en una posición “*prácticamente idéntica*”, pero en un período de 3 meses el oleaje lo hubiese desplazado unos metros al norte, máxime si no se cuenta con ningún antecedente en el procedimiento que de cuenta de algún evento natural de relevancia que pudiera haber tenido dicho efecto. Por el contrario, existen antecedentes que acreditan: a) que las obras de enrocado de la Pasarela N° 2 fueron ejecutadas en febrero de 2017 en el sector en que se encontraba originalmente emplazado el Rasgo N° 4, y que solo en marzo de 2017 se ejecutó la actividad de reposicionamiento de éste; y, b) que el desplazamiento del Rasgo detectado en febrero de 2017, fue producto de las actividades de enrocado, según el Informe ARKA REF. INF015/2017, sobre la que la Carta de 21 de marzo de 2019 de ARKA no entrega precisiones de ningún tipo.

147. En cuanto a lo que concluye la Empresa en su escrito de 27 de agosto de 2019, en atención a la Carta de ARKA de precisiones al Informe ARKA REF. INF015/2017 —a saber: *el rasgo 4 se encontraba descontextualizado en forma previa al año 2010, y que por lo mismo su desplazamiento y cambio de posición no tiene mayor importancia para este sancionatorio; destacar que, en relación a la materialidad del rasgo 4, no se identificaron alteraciones ni deterioros; el concepto “afectación no relevante” no fue utilizado para referir a la materialidad del rasgo 4 en marzo de 2017; la única alteración del rasgo 4 observada en marzo de 2017 fue su desplazamiento y cambio de posición*—, se estará a lo que se desarrollará en las secciones siguientes de este dictamen, en tanto no tiene mérito para influir en la configuración del sub-hecho infraccional, al referir a elementos relacionados con una eventual afectación al Rasgo.

**C.2. Recuperación selectiva del Componente 3, según se indicó en el anexo C de la Declaración de Impacto Ambiental.**

– ***Análisis de antecedentes considerados en la reformulación de Cargos respecto al sub-hecho infraccional***

148. En relación a este sub-hecho infraccional, la Reformulación de Cargos, consideró como normativa infringida el Anexo C de la DIA, que propuso: “[p]ara el Componente 3 y dado que se trata de hallazgos aislados de material arqueológico artefactual o restos discretos de estructuras desintegradas, con depositación de carácter superficial y baja densidad, representando hallazgos de bajo potencial arqueológico y científico, y que se verán directa o indirectamente afectados por el proyecto, se recomienda: [...] La documentación exhaustiva y recuperación selectiva de estos elementos dispersos en el AID y All del proyecto a través de recolección superficial sistemática”; y el Ordinario CNM N° 465, de 02 de febrero 2017, que dispone que: “(...) se efectuará la recuperación selectiva del componente 3 (...) En función de la eventual presencia de material arqueológico diagnóstico que pueda verse afectado por las obras, se procederá a su rescate mediante recolección superficial (...)”

149. Por su parte, el sub-hecho infraccional imputado se basó en una serie de antecedentes, identificados de manera previa a la Formulación de Cargos original, así como en base a información remitida por el CMN con posterioridad a esta, según se expondrá a continuación.

150. Inspección de 06 de abril de 2017 (CMN): el Informe de Actividades en Terreno, asociado a esta inspección, concluye que “[s]e interviene la Playa La Argolla sin autorización del CMN, a pesar de encontrarse en el sitio labores arqueológicas pendientes, correspondientes a la excavación estratigráfica y recolección de material en superficie, recuperación selectiva de restos asociados al componente 3 y traslado del rasgo 4.”

151. Ord. CMN N° 6190/2017, indica que *“los hallazgos NCA-4, NCA-4A, NCA-8, NCA-9, fueron intervenidos en el marco de las obras de la pasarela 1, Tramo 2, considerando que sus emplazamientos coinciden con el Componente 3, para el cual se definieron medidas en el marco del Permiso Ambiental Sectorial N° 76.”*

152. En virtud de los antecedentes anteriores, esta Superintendencia formuló cargos por no haber realizado la recuperación selectiva del Componente 3, de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto.

- ***Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.***

153. Como primer argumento, la Empresa expone que *“[l]a Superintendencia efectuó una errónea interpretación de la exigencia que estima infringida, contrariando los antecedentes que constan en la evaluación ambiental”*. En primer término, remite al Anexo C de la DIA del proyecto que identifica el Componente 3, y la medida que a su respecto comprometió la Empresa, en los mismos términos de la norma considerada como imputada en la respectiva Formulación de Cargos. Agrega, que *“cuando se solicitó la autorización al Consejo de Monumentos Nacionales para llevar a cabo la recuperación selectiva del componente 3, dicho órgano señaló en su Ord. 465 de 2017 (citado por la Superintendencia para fundar el presente cargo) que la actividad contemplaba la inspección arqueológica subacuática de la escollera proyectada en el sector obras marítimas, y que en función de la eventual presencia de material arqueológico diagnóstico que pueda verse afectado por las obras, se procederá a su rescate mediante recolección superficial e ingreso a la Unidad de Conservación para su tratamiento.”* De lo anterior, desprende que el CMN habría dado operatividad a la exigencia estableciendo dos condiciones: su existencia y la posibilidad de afectación a su respecto.

154. Al respecto, cabe advertir que durante la evaluación ambiental, se determinó que el Componente 3 representaba hallazgos de bajo potencial arqueológico y científico, teniendo en consideración, entre otros aspectos, el estado en que se encontraban: *hallazgos aislados de material arqueológico artefactual o restos discretos de estructuras desintegradas, con depositación de carácter superficial y baja densidad*. Con todo, el propio titular presentó, respecto de este componente, como medida de mitigación de los efectos asociados al desarrollo del proyecto, lo siguiente: *“Se sugiere la documentación exhaustiva y recuperación selectiva de estos elementos dispersos en el AID y All del proyecto a través de recolección superficial sistemática.”*

155. Adicional a esta medida, la evaluación ambiental consideró que *“las obras de enrocado o escollera del nuevo layout [alternativa de trazado presentado en la evaluación ambiental] se proyectan más allá de las áreas cubiertas arqueológicamente durante la inspección realizada, se sugiere: Completar la inspección arqueológica subacuática del área de influencia del nuevo layout”*, lo cual resulta relevante en relación a las alegaciones de la Empresa. Al respecto, resulta pertinente dejar establecido que en el Anexo C de la DIA se da cuenta de dos *layout* del proyecto, un original y otro actualizado, lo que determinó la modificación del área de influencia directa e indirecta del proyecto, en los siguientes términos: *“Finalmente, cabe consignar que considerando que las obras de la escollera en el nuevo layout propuesto se extienden más allá del All del trazado original y que sirviera para definir los límites de la cobertura arqueológica aplicada, se hace recomendable realizar una nueva prospección de estos sectores.”*

156. Continuando con el argumento de la Empresa, esta afirma que el Ord. CMN N° 465/2017, mediante el cual se autorizó el rescate arqueológico del Proyecto, habría establecido dos condiciones para hacer exigible la obligación

ambiental dispuesta en la evaluación ambiental. Ello no resulta efectivo por las razones que se pasarán a expresar en los siguientes considerandos:

157. En primer término, el artículo 24, inciso final, de la Ley 19.300, establece que el titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva. En relación a lo anterior, la Contraloría General de la República ha establecido que si se desea reemplazar una medida de mitigación establecida en la evaluación ambiental de un proyecto, deberá reemplazarse a través de los medios que franquea la ley, correspondiendo este a la modificación de la respectiva RCA, lo que no ha sido realizado en este caso<sup>14</sup>. En el caso concreto, cabe advertir que durante la evaluación ambiental se identificó la relevancia limitada de estos hallazgos y, teniendo en cuenta ello, se determinó la necesidad de desarrollar una **documentación exhaustiva y recuperación selectiva de este Componente, a través de la recolección superficial sistemática**, lo que debía ejecutarse antes del comienzo de las obras (según lo expuesto en la Adenda N° 2, respuesta N° 1).

158. Luego, el Ord. CMN N° 465/2017, se basa en lo definido en el Plan ISIMAR, como indica en su primera parte. Al respecto, este Plan indica como acciones a ser desarrolladas en el sector de obras marítimas, cuatro acciones diferenciadas según los elementos del Patrimonio Cultural Subacuático localizado en ese sector. Al respecto, reitera el contenido de la obligación ambiental respecto del Componente 3, y releva la exigencia de ampliar la cobertura arqueológica (a través de inspección arqueológica subacuática del área de influencia del *layout* del proyecto sometido a evaluación ambiental). Ambas obligaciones, son una transcripción prácticamente literal de las dos obligaciones que se establecieron en el Anexo C de la DIA del proyecto, respecto a dos aspectos totalmente diversos: Componente 3, por una parte, y el sector que debía prospectarse por la incorporación del desarrollo de la actividad de escollera o enrocado.

159. Al respecto, el Ord. CMN N° 465/2017, dispuso lo siguiente: *“se efectuará la recuperación selectiva del componente 3, correspondiente a material arqueológico disperso sobre el fondo marino, a lo largo de todo el sector inmediato a la Playa La Argolla, tanto en el ambiente intermareal como en el submareal. Se contempla la inspección arqueológica subacuática de la escollera proyectada en el sector obras marítimas. En función de la eventual presencia de material arqueológico diagnóstico que pueda verse afectado por las obras, se procederá a su rescate mediante recolección superficial (...)”*.

160. En base a lo anteriormente expuesto, el referido Ordinario estableció dos obligaciones diferenciadas respecto a dos sectores diversos, en línea con lo establecido en la evaluación ambiental, y el Plan ISIMAR presentado por SICOMAQ, sin que sea posible sostener que la presencia de material arqueológico diagnóstico pudiera determinar la exigibilidad respecto a la recuperación selectiva del componente 3, en tanto dicha condicionante se refiere al sector de la escollera proyectada en el sector de obras marítimas. En efecto, de la lectura del Ord. CMN N° 465/2017, se advierte, por una parte, una obligación aplicable, genéricamente, a todo el sector inmediato a Playa La Argolla, y por otra, una obligación específica en un sector concreto (en donde se emplazaría la escollera), consistente en inspección arqueológica con una eventual recolección selectiva en función de la existencia de material diagnóstico. En consecuencia, el argumento de la Empresa será desestimado.

161. Como segundo argumento, La Empresa indica que *“cumplió con la exigencia que se estima infringida, en los términos expresados en el Anexo C de la Declaración de Impacto Ambiental, y en la autorización otorgada por el Consejo de*

<sup>14</sup> Ver Dictamen CGR N° 80.276, de 26 de diciembre de 2012.

Monumentos Nacionales para realizar dicha gestión". Al respecto, indica que la recuperación selectiva ya se habría realizado en la temporada de campo de diciembre de 2016, según constaría en el Informe de ARKA acompañado en el Anexo D de sus descargos que expondría que en dicha fecha, la franja submareal fue inspeccionada mediante operaciones de buceo arqueológico y reconocida mediante recorridos pedestres durante la baja marea, concluyéndose que "la prospección no reportó material cultural diagnóstico, verificándose solo fragmentos de reducido tamaño de cerámica alfarera - correspondiente a tejas y botijas- intensamente afectadas por la abrasión marina. En función de lo anterior, la recolección superficial del material, programada para la segunda temporada de campo, no fue realizada" (énfasis agregado). Sostiene que, en tanto no hubiera presencia de material arqueológico diagnóstico, no se hacía exigible la recuperación selectiva del Componente 3.

162. Al respecto, se precisa que este argumento será desestimado, en atención a que la razón que esgrime la Empresa para no haber desarrollado la "recolección superficial" del Componente 3 –correspondiente a una supuesta condición de exigibilidad establecida por el CMN–, ha sido descartada previamente. En línea con lo anterior, la acción ejecutada por la Empresa, que consistiría en una inspección arqueológica cuyo resultado fue la no identificación de material arqueológico diagnóstico, no corresponde al desarrollo de la exigencia ambiental establecida respecto al componente 3. En consecuencia, el argumento no tiene mérito para controvertir el sub-hecho infraccional en análisis.

### C.3. Excavación estratigráfica en sector de construcción de gradas en Playa La Argolla.

#### - **Análisis de antecedentes considerados en la reformulación de Cargos respecto al sub-hecho infraccional**

163. En relación a este sub-hecho infraccional, la Reformulación de Cargos, consideró como normativa infringida la Adenda 2, observación N° 4, la que dispone: "(...) En relación al Artículo 11º del Reglamento del SEIA, sobre posibles efectos en sobre los sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural: [...] En el punto 3.2, letra c) del ICSARA 1, se consultó al proponente la siguiente observación: "Dado que se intervendrá el sector de playa La Argolla, se solicita realizar excavaciones ampliadas en esta área, con el objetivo de despejar y documentar las fundaciones del muro cortina y el área a impactar por el anfiteatro de hormigón que será instalado en este sector...". Esto, en base a las recomendaciones realizadas por el arqueólogo consultor que señala en Anexo C (pág. 102) de la DIA: "Realizar excavaciones y sondeos arqueológicos específicos en los sectores que se verán efectivamente afectados por las obras contempladas en el proyecto (y que deberán ser desahfectados) con el objetivo de caracterizar los depósitos culturales. La extensión y alcances de estas intervenciones arqueológicas deberán ser determinados por el Consejo de Monumentos Nacionales, en función de las superficies afectadas". Del mismo modo, se informó al proponente que, a partir de los análisis realizados a los materiales arqueológicos excavados y a los contextos asociados a éstos, el consultor en el mismo informe de Adenda 1 (pág. 89) señala que: "Efectivamente, durante los siglos XIX al XX, el exterior del Castillo junto a la cortina excavada pudo haber funcionado como un locus atractor de materiales culturales, fundamentalmente desechos generados in situ o en las áreas intramuro, lo que probablemente se relaciona con la configuración de esta área en el borde costero como un espacio relevante y privilegiado como sector de ingreso o salida desde el mar hacia tierra y viceversa". Todo lo anterior, junto a que las evidencias materiales se encuentran hasta un metro de profundidad, justifica la necesidad de caracterizar el área a impactar por las gradas que se construirán en la playa, la cual se extenderá por 75 metros de largo y 4 metros de ancho (pág. 38 de DIA) y con un volumen de excavación de 888 m<sup>3</sup> (pág. 43 de DIA). A partir de la información cotejada, se solicita realizar una caracterización del área a impactar por la construcción de las gradas, dado que este sector será intervenido y aún no ha sido sondeado

arqueológicamente. Esta excavación deberá ser realizada durante la presente evaluación, al igual que la entrega del informe preliminar de esta actividad para su visación por parte del órgano competente (Consejo de Monumentos Nacionales). [...] **Respuesta:** Se acoge lo solicitado. En respuesta al rescate del área de gradas a construir por el Proyecto, se realizarán las siguientes actividades arqueológicas: [...] La superficie a intervenir en la construcción de las gradas es de aproximadamente 300 m (75 m de largo por 4 m de ancho), de los cuales se realizará una excavación del 10% de esta área, estableciendo 30 m<sup>2</sup>, en unidades de 1 X 1 m<sup>2</sup>, separadas entre sí (en lo largo) cada 6 metros y en lo ancho disponiendo 1 unidad a cada lado, lo cual da 26 m<sup>2</sup>. Sobrando 4 m<sup>2</sup> para posibles ampliaciones, en caso de aparecer rasgos significativos a rescatar. La excavación se realizará por capas naturales, bajando a su vez por niveles artificiales de 10 cm., excavando hasta por lo menos dos niveles estériles antes de terminar el sondeo y harneando todo el sedimento con malla de 4 ml. Esta actividad será solicitada por un arqueólogo titulado para poder ser autorizada por el CMN, a través del PAS 76 previa construcción del proyecto (...); y, el Ord. N° 465, de 02 de febrero de 2017, que dispone que: "(...) Las labores de excavación estratigráfica se dirigen a la recuperación arqueológica del área a impactar por la construcción de las gradas del proyecto en playa La Argolla, la cual contempla una superficie total aproximada de 300 m<sup>2</sup>. (...)"

164. Por su parte, el sub-hecho infraccional imputado se basó en una serie de antecedentes, identificados de manera previa a la Formulación de Cargos original, así como en base a información remitida por el CMN con posterioridad a esta, según se expone a continuación.

165. Inspección de 06 de abril de 2017 (CMN): Se releva lo siguiente: "[s]e constata la presencia de pozos de sondeo abiertos en el sector de Playa La Argolla, los cuales se encuentran llenos de agua [...] Se constata que se realizan las excavaciones en el sector de playa La Argolla tal como es indicado.". Asociada a la misma actividad de inspección ambiental, el Informe de Actividades en Terreno, indica que "[e]n Playa la Argolla (tramo 3) se evidencia la presencia de los pozos de sondeo (autorizados mediante ORD. CMN N° 465 del 02.02.2017 aún al descubierto, los cuales por efecto de las lluvias se encuentran cubiertos de agua. [...] La Empresa manifiesta la urgencia de liberar el área aledaña a la Playa La Argolla para la confección de un rompeolas con forma de anfiteatro. Esta corresponde al área en donde se emplazaron los 30 pozos de 1 m x 1 m, autorizados mediante ORD. CMN N° 465/2017. No obstante, hasta el momento no se ha efectuado ingreso del informe ejecutivo de dichas labores arqueológicas y en consecuencia no existe la aprobación de las mismas por el CMN [...] [s]e interviene la Playa La Argolla sin autorización del CMN, a pesar de encontrarse en el sitio labores arqueológicas pendientes (excavación estratigráfica y recolección de material en superficie, recuperación selectiva de restos asociados al componente 3 y traslado del rasgo 4)." De lo anteriormente descrito, el CMN dejó constancia en su denuncia derivada a esta SMA, con fecha 22 de junio de 2017, a través de Ord. N° 2686, de 12 de junio de 2017.

166. Inspección de 19 de julio de 2017 (SMA): En el acta respectiva se da cuenta que "(...) se recorre playa la Argolla, en donde se pueden observar al menos 13 excavaciones en donde además se habría realizado recolección superficial de material arqueológico. Se constató la existencia de excavaciones abiertas sin presencia visible de agua en su interior, que de acuerdo a lo informado por la arqueóloga Moreno, se debe a una solicitud de ampliación de las unidades existentes, autorización que aún está pendiente."

167. En base a lo anterior, la Reformulación de Cargos, imputó como infracción que no se había ejecutado la excavación estratigráfica en el sector de construcción de gradas en Playa La Argolla, de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto.

- **Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.**

168. La Empresa expone que en la Resolución Exenta N° 11/D-067-2017, por medio de la cual se rechazó el PdC, la SMA adujo que el incumplimiento por parte de SICOMAQ se fundaba en haber realizado esta acción entre el 13 y 27 de febrero de 2017 en circunstancias que la construcción del proyecto se habría iniciado con fecha 25 de octubre de 2016, es decir, se habría realizado la acción comprometida posteriormente a la iniciación de la ejecución del proyecto. Luego, expone que dio inicio al cumplimiento de la exigencia que se estima infringida con anterioridad al inicio de las obras del Proyecto en el sector, actuando con la debida diligencia, en base a lo siguiente: (i) El sector de las gradas no habría sido intervenido en forma alguna por obras o actividades del Proyecto, correspondiendo este al único sector sobre el que recae la medida, por lo que el incumplimiento sería meramente formal, sin decir relación con el objeto de protección de la medida. Al respecto, acompaña un video en que se demuestra la falta de intervención de dicho sector; (ii) La exigencia se circunscribiría únicamente al área de 300 m<sup>2</sup> ubicada en el sector de las gradas en la Playa La Argolla, lo que no habría ocurrido hasta la fecha de suspensión de las faenas. Al respecto, adjunto cronograma de las obras; y, (iii) Se habría otorgado un nuevo permiso para la realización de un rescate arqueológico más amplio que el comprometido en la RCA en el Sector Playa de la Argolla (Ord. CMN N° 3942/2018), lo que se habría ejecutado totalmente, según estaría acreditado en Informe Ejecutivo Excavaciones Etapa de Rescate Arqueológico Playa de la Argolla", de febrero de 2019, elaborado por las arqueólogas Fernanda Meneses y Verónica Reyes.

169. En primer término, cabe advertir que lo expresado en la Res. Ex. N° 11 / Rol D-067-2017, se contextualiza en el ámbito de la evaluación del PdC presentado –y, específicamente, respecto a la información para la determinación de efectos por parte de la Empresa–, que corresponde a una etapa procedimental totalmente diversa a esta instancia, por lo que esta alegación resulta del todo improcedente.

170. Luego, este Fiscal Instructor, en base a las alegaciones de la Empresa, respecto a este sub-hecho infraccional, ha podido determinar lo siguiente:

171. En primer lugar, resulta efectivo lo indicado por la Empresa: la medida en comento, tiene su justificación respecto al área a impactar por las gradas que se construirán en la playa, la cual se extenderían por 75 metros de largo y 4 metros de ancho (Adenda N° 2, como parte de las observaciones del CMN), lo que además es reiterado en el Ord. CMN N° 465/2017, que autorizó el rescate arqueológico respecto de determinados "rasgos", "componentes" y "sectores" asociados al proyecto, que indica "[l]as labores de excavación estratigráfica se dirigen a la recuperación arqueológica del área a impactar por la construcción de las gradas del proyecto en playa La Argolla". Por otra parte, de la documentación acompañada a sus descargos es posible sostener que, efectivamente, el sector en que se emplazarán las gradas en Playa La Argolla, no ha sido intervenido, salvo en lo que se refiere específicamente a las excavaciones estratigráficas autorizadas por el CMN. En efecto, la falta de intervención de playa La Argolla, en el sector en que específicamente se emplazarán las gradas del anfiteatro de hormigón, se acredita en base a los siguientes antecedentes: a) video acompañado en el Anexo D de sus descargos; b) y cronograma de actividades acompañados en el Anexo D de sus descargos, los que son consistentes, en esta materia, con lo informes remitidos al MOP entre noviembre de 2016 y abril de 2017, en los que se indica un 0% de avance respecto a la construcción de las gradas del paseo costero; y, c) en la propia inspección de 06 de abril de 2017 y el respectivo Informe de Actividades en Terreno, en que el CMN, relevó que "[s]e constata la presencia de pozos de sondeo abiertos en el sector de Playa La Argolla, los cuales se encuentran llenos de agua [...] Se constata que se realizan las excavaciones en el sector de playa La Argolla tal como es indicado. [...] La Empresa manifiesta la urgencia de liberar el área adyacente a la Playa La Argolla para la confección de un rompeolas con

*forma de anfiteatro. Esta corresponde al área en dónde se emplazaron los 30 pozos de 1 m x 1 m, autorizados mediante ORD. CMN N° 465/2017.”*

172. En base a lo anteriormente expuesto, queda en evidencia que la Empresa no intervino el sector en que debía desarrollarse la excavación estratigráfica, que resulta coincidente con el emplazamiento del anfiteatro de hormigón con gradas proyectado en Playa La Argolla, a pesar de haber intervenido otros sectores de Playa La Argolla, como fue abordado en el cargo N° 1, sub-hecho infraccional a).

173. Con todo, el sub-hecho infraccional imputado se basó en la comprensión que la medida debía ser ejecutada de manera previa al “*inicio de ejecución de las obras del proyecto*”, lo que como ya ha sido advertido en secciones previas, ocurrió con fecha 25 de octubre de 2016. Al respecto, se advierte que la Reformulación de Cargos incurrió en un error respecto a la fecha en que debía ejecutarse la medida de excavación estratigráfica, en tanto en la propia evaluación ambiental del proyecto, se estableció que esta se realizaría “*en la primera etapa de ejecución y previo a la intervención del sector en comento*” (énfasis agregado; Adenda 2, observaciones N° 4, último párrafo).

174. En base a lo anteriormente expuesto, es posible sostener que la obligación establecida en la evaluación ambiental fue realizar la excavación estratigráfica en el sector correspondiente a los 300 metros cuadrados en que se emplazaría el anfiteatro de hormigón, de manera previa a la intervención de ese sector en específico, y no de manera previa al inicio de la ejecución de las obras del proyecto, como fue imputado en el sub-hecho infraccional. A su turno, ha resultado acreditado que dicho sector no ha sido intervenido, en tanto las obras de construcción del anfiteatro de hormigón no se habían iniciado al momento de formular cargos, salvo en lo que respecta precisamente a las excavaciones estratigráficas. Lo anterior, resulta consistente con lo constatado por el CMN En consecuencia, este Fiscal Instructor propondrá la absolución del presente sub-hecho infraccional.

175. Por último, en cuanto a la autorización para desarrollar actividades de excavaciones ampliadas y el grado de ejecución de estas, que expone la Empresa en sus descargos, dable es precisar que al no constituir antecedentes que se relacionen con la configuración del hecho infraccional, no serán ponderadas, sin perjuicio de su eventual análisis en relación a otros hechos o sub-hechos infraccionales.

176. En relación a la presentación de 27 de agosto de 2019, en la cual se reitera lo expresado en los descargos por la Empresa, además de dar cuenta de los resultados de las excavaciones en un sector más amplio que lo establecido en la RCA, dada la propuesta de absolución de este sub-hecho infraccional no resulta pertinente pronunciarse sobre el contenido de los antecedentes acompañados en relación al mismo.

#### C.4. Cubrir con geotextil los restos del Muelle

Francés,

- ***Análisis de antecedentes considerados en la reformulación de Cargos respecto al sub-hecho infraccional***

177. En relación a este sub-hecho infraccional, la Reformulación de Cargos, consideró como normativa infringida lo consignado en la Adenda 1, observación 3.2, letra e), que indica: “(…) *Se deberá registrar y proteger los elementos y rasgos identificados dentro del área del proyecto, implementando un buffer de protección para éstos, como Rasgos: 1, 2, 3, 5 y 6, y los restos detectados del antiguo muelle Francés […]* **Respuesta:** […] *Con el*

*fin de proteger el muelle francés encontrado en el estudio patrimonial subacuático relacionado con este proyecto, el Titular cubrirá con geotextil los restos sumergidos de este elemento, a fin de evitar su afectación por el proyecto, de esta manera se asegura la conservación sin intromisión de elementos disturbadores entre los restos, para asegurar reversibilidad de la intervención (...)*”.

178. Por su parte, el sub-hecho infraccional imputado se basó en una serie de antecedentes, identificados de manera previa a la Formulación de Cargos original, así como en base a información remitida por el CMN con posterioridad a esta, según se expondrá a continuación.

179. Inspección de 06 de abril de 2017 (CMN): En el respectivo Informe de Actividades en Terreno, se destaca que “(...) *que si bien no existe movimiento de tierra en la pasarela 2 (tramo 4), existen algunos movimientos de roca en el lecho marino con el fin de confeccionar el paso peatonal (18 H 634644EM 5583308N). Frente a lo anterior, se solicita el envío de un KMZ donde se dé cuenta de los rasgos subacuáticos en relación a las obras del proyecto, con el fin de evitar que se genere algún tipo de daño por proximidad.*” De lo anteriormente descrito, el CMN dejó constancia en su denuncia derivada a esta SMA, con fecha 22 de junio de 2017, a través de Ord. N° 2686, de 12 de junio de 2017, en que además agrega que los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 “*se realizaron en el sector en donde fue identificado el Muelle Francés (Componente 2), estructura arqueológica reconocida en la Línea de Base del proyecto, la cual debía ser **registrada y protegida** [...] A partir de lo anterior, se evidencia la intervención del Componente 2, el cual debió haber quedado protegido para no ser intervenido por las labores del proyecto.*”

180. Ordinario CMN N° 4.788/2017: Se expone que “*a partir de la evaluación de los antecedentes presentados por el titular, se evidencia lo siguiente (ver kmz adjunto): [...] El polígono definido para el Muelle Francés identificado en el estudio patrimonial subacuático, coincide con las obras de las pasarelas 2 y 3, tramo 4, coincidiendo con los hallazgos identificados en el área del proyecto NCA-1, NCA-1 a, NCA-1 b, NCA-2, NCA-8, NCA-9, NCA-9 a; - Los Rasgos Riel 1, y 2, se emplazan a 1 m del pilote 29, pasarela 1; - El Rasgo Riel 3, se emplaza a 3,27 m del empedrado pasarela 2. [...] En atención a lo expuesto y de acuerdo a lo establecido en el punto 5.6 de la RCA del proyecto, donde se señala que el mismo no afectará el Monumento, ni los hallazgos registrados en el estudio patrimonial subacuático, además de la definición durante la evaluación ambiental de la protección de los elementos y rasgos identificados dentro del área del proyecto, implementando buffer de protección para estos, como rasgos 1, 2, 3, 5 y 6 y los restos detectados del antiguo Muelle Francés (...) este Consejo constata el incumplimiento de las medidas de protección definida para los componentes arqueológicos identificados en la línea de base del proyecto...*”

181. Ord. CMN N° 6.190/2017: Este antecedente da cuenta que “*los denominados rasgos NCA-1, NCA-1 a, NCA-1 b, NCA-2, NCA-8, NCA-9 y NCA-9 a, fueron intervenidos en el marco de las obras de las pasarelas 2 y 3, Tramo 4, cuyo emplazamiento coincide con el polígono definido para el Muelle Francés (Componente 2).*”

182. En atención a lo anterior, y de la información de seguimiento ambiental reportada por la Empresa, la Reformulación de Cargos sostuvo que no era posible concluir que la empresa hubiera cubierto con geotextil el Muelle Francés, de manera previa a la ejecución de las obras del proyecto.

– **Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.**

183. En relación a este sub-hecho infraccional la Empresa sostiene como primer argumento, que existiría una inconsistencia entre las exigencias

ambientales de la RCA con el proyecto licitado y adjudicado por el MOP. Al respecto, aduce la falta de experiencia en instrumentos de gestión ambiental, lo que habría llevado a entender que debía cumplir con los criterios que el MOP había diseñado para la licitación de la obra, y que dentro de las Bases de Licitación no se encontraba el desarrollo de esta medida, según se apreciaría en la Memoria Explicativa del proyecto, y en la Resolución DROP XIV (TR) N° 006. Agrega que estaría impedida de cumplir con la exigencia sin que previamente se modifique el contrato con el MOP.

184. En relación a estas alegaciones, cabe indicar que las supuestas inconsistencias entre las obras que incluían el proyecto licitado por el MOP (Licitación Pública 1271-57-LR15, Protección Costera de la Plaza y Fuerte Corral) y el contenido de la RCA, corresponde a una cuestión que debe resolver SICOMAP con el MOP, sin que tenga mérito para alterar el contenido de las obligaciones establecidas durante la evaluación ambiental del proyecto de cuya RCA Empresa es titular. En efecto, el inciso final, del artículo 24 de la Ley N° 19.300, dispone que “[e]l titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva”.

185. En cuanto a la imposibilidad de cumplir con la exigencia hasta modificar el contrato con el MOP, se advierte que desde el momento en que la Empresa inició la ejecución de las obras, debió haber arbitrado todos los medios legales con que contaba (entre otros, modificaciones de obras o aumentos de contrato de los establecidos en el D.S. MOP N° 75/2004, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas) para que, junto con desarrollar el proyecto licitado, pudiera dar cumplimiento a cada una de las obligaciones ambientales establecidas en la Evaluación Ambiental del proyecto.

186. A mayor abundamiento, se hace presente que en los antecedentes que refiere la empresa –Memoria Explicativa del proyecto como la Resolución DROP XIV (TR) N° 006 (adjudicación de licitación pública)–, se indica que dentro de los documentos integrantes de la licitación del proyecto se encuentran las “Especificaciones Técnicas Especiales” (en adelante, “ETE”) y las “Aclaraciones y Respuestas a Consultas Contenidas”, en los que se da cuenta que *“todas las acciones que se ejecuten durante construcción del presente Contrato quedarán sujetas a las medidas, condiciones y exigencias establecidas en dicha RCA y su cumplimiento será una obligación que forma parte de las Bases del Contrato, de igual forma que lo dispuesto en la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), Adendas e Informe Consolidado de Evaluación.”*

187. En base a todo lo expuesto, la presente alegación será desestimada, en tanto SICOMAP como titular de la RCA del proyecto, debió haber ejecutado la instalación de geotextil en el sector del Muelle Francés antes del inicio de ejecución de las obras del proyecto, para evitar su afectación, sin que lo hubiera realizado.

188. Como segundo argumento, expone que habría existido un impedimento jurídico para cumplir con la exigencia, ya que no se había otorgado el PAS necesario para ello, cuestión que se habría subsanado en marzo de 2019 con la dictación del Ord. CMN N° 907/2019. Indica que ello se llevará a cabo *“una vez que se haya redefinido el área de influencia del Muelle Francés y se haya propuesto la forma de implementación de la instalación del geotextil, y ello haya sido declarado conforme por el CMN.”*

189. Al respecto, esta alegación será desestimada, en tanto una vez que SICOMAP tomó el control de la actividad operativa y ambiental del proyecto, pasó a ser responsable del mismo, asumiendo el conjunto de las obligaciones establecidas en la RCA N° 66/2012, entre las que se encontraba cubrir con geotextil el muelle francés antes del inicio de ejecución de las obras. Al respecto, la Empresa decidió dar inicio a la ejecución de las obras, sin haber comenzado con la tramitación del respectivo PAS, por lo que de

existir tal impedimento jurídico fue en base a sus propias omisiones, sin que pueda tener mérito para desvirtuar el cargo.

190. A mayor abundamiento, en la ETE a que hace referencia SICOMAQ, y que formó parte del proceso licitatorio, se especificó que “[s]erá responsabilidad de la empresa contratista, tramitar la aprobación de los siguientes Permisos ambientales y sectoriales ante los servicios e instituciones correspondientes, previo al inicio de las obras”, por lo que la Empresa siempre tuvo conocimiento de la obligación que pesaba a su respecto, antes del inicio de ejecución de las obras.

191. Ahora bien, la presentación de SICOMAQ, de fecha 27 de agosto de 2019, en relación a este sub-hecho infraccional, da cuenta de una serie de antecedentes vinculados a la tramitación sectorial para la instalación del geotextil en el muelle francés: Carta ingresada al CMN, con fecha 13 de mayo de 2019, por el que se adjuntó “Informe de Antecedentes Aclaraciones de Área de Influencia del Proyecto, Sector Muelle Francés; Carta de SICOMAQ, de 04 de julio de 2019, por la que remite metodología para protección física *in situ* de un área del sitio Muelle Francés, de Terramar Arqueología; y, 2 planos en que consta el sector de obras pendientes de ejecutar y el sector específico en que se cubrirá con geotextil. Respecto a estos antecedentes, y al haberse determinado que la tramitación del PAS comenzó con posterioridad al inicio de la ejecución de las obras del proyecto no tiene mérito para desvirtuar el sub-hecho infraccional imputado, los mismos no serán considerados en esta sección, sin perjuicio de su ponderación en la sección correspondiente de este Dictamen.

#### C.5. Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

##### - **Análisis de antecedentes considerados en la reformulación de Cargos respecto al sub-hecho infraccional**

192. En relación a este sub-hecho infraccional, la Reformulación de Cargos, consideró como normativa infringida lo establecido en la observación N° 5, de la Adenda 2, que establece: “(...) 5.- Respecto al registro exhaustivo de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 antes del comienzo de las obras, y en consideración a la recomendación del Arqueólogo consultor (Anexo C, pág. 102, de DIA) que indica: “Efectuar una documentación exhaustiva de los rasgos y elementos presentes en el AID y All del proyecto”; y en pág. 55 del mismo documento: “A partir de la verificación de potenciales evidencias artefactuales y estructurales depositados en la superficie del fondo marino, se realizaron trabajos de documentación arqueológica mediante técnicas convencionales no invasivas que consistieron en la aplicación de una ficha de registros de diseño específico, medición y dibujo submarino. Además, se realizaron tareas acuciosas de registro fotográfico...”. Se solicita realizar un registro exhaustivo de los elementos antes citados, donde se integren las características de cada elemento en fichas individuales, contemplando los siguientes puntos: tipo de materialidad; medidas específicas; registro planimétrico; tipo de función; periodicidad; si son estructuras, su elevación y planta; técnicas constructivas; registro fotográfico y dibujos, entre otros. Este registro se deberá realizar antes del comienzo de las obras del proyecto. [...] **Respuesta:** Se acoge lo solicitado. El Titular se compromete a proteger y registrar los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de forma exhaustiva por un arqueólogo o licenciado en arqueología antes del comienzo de las obras del proyecto, aplicando fichas de registro específicas para este tipo de bien, junto al registro técnico, planimétrico y fotográfico de cada uno de ellos (...).”

193. Por su parte, el sub-hecho infraccional imputado se basó en una serie de antecedentes, identificados de manera previa a la Formulación de Cargos original, así como en base a información remitida por el CMN con posterioridad a esta, según se expondrá a continuación:

194. Inspección de 06 de abril de 2017 (CMN): En el respectivo Informe de Actividades en Terreno, se destaca que "(...) que si bien no existe movimiento de tierra en la pasarela 2 (tramo 4), existen algunos movimientos de roca en el lecho marino con el fin de confeccionar el paso peatonal (18 H 634644EM 5583308N). Frente a lo anterior, se solicita el envío de un KMZ donde se dé cuenta de los rasgos subacuáticos en relación a las obras del proyecto, con el fin de evitar que se genere algún tipo de daño por proximidad." De lo anteriormente descrito, el CMN dejó constancia en su denuncia derivada a esta SMA, con fecha 22 de junio de 2017, a través de Ord. N° 2686, de 12 de junio de 2017.

195. Ordinario CMN N° 4.788/2017: Se expone que "a partir de la evaluación de los antecedentes presentados por el titular, se evidencia lo siguiente (ver kmz adjunto): El emplazamiento del Rasgo 1, coincide con las obras de la pasarela 2, Tramo 4, ya ejecutadas; El Rasgo 2 se emplaza a una distancia aproximada de 4,6 m del enrocado asociado a la pasarela 2, del tramo 4, ya ejecutada; El emplazamiento documentado para el rasgo 4, coincide con el enrocado asociado a pasarela 2, del tramo 4, ya ejecutada. Hasta el momento no se ha dado cuenta de la implementación de las labores de traslado del Rasgo 4, definido en el Pas N° 76; El Rasgo 5, se emplaza a 1,7 m del punto más cercano de las obras de la pasarela 1, tramo 2, en ejecución; - El emplazamiento del Rasgo 6 se ubica a 0,7 m del enrocado asociado a pasarela 2, del tramo 4, ya ejecutada; - El Rasgo Riel 3, se emplaza a 3,27 m del empedrado pasarela 2. [...] En atención a lo expuesto y de acuerdo a lo establecido en el punto 5.6 de la RCA del proyecto, donde se señala que el mismo no afectará el Monumento, ni los hallazgos registrados en el estudio patrimonial subacuático, además de la definición durante la evaluación ambiental de la protección de los elementos y rasgos identificados dentro del área del proyecto, implementando buffer de protección para estos, como rasgos 1, 2, 3, 5 y 6 (...) este Consejo constata el incumplimiento de las medidas de protección definida para los componentes arqueológicos identificados en la línea de base del proyecto..."

196. En atención a lo anterior, y de la información de seguimiento ambiental reportada por la Empresa, la Reformulación de Cargos estimó que no era posible concluir que se hubiera realizado documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, antes de haber iniciado las obras del proyecto. Al respecto, la precitada resolución indicó que solo constaría la documentación de los "nuevos hallazgos", pero no la documentación exhaustiva, determinada en el ICSARA 2, respecto a los rasgos 1 al 6.

- **Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.**

197. En relación a este sub-hecho infraccional la Empresa sostiene como único argumento, que la "documentación exhaustiva de los rasgos 1 a 6 se realizó durante la inspección arqueológica subacuática que llevó a cabo la empresa ARKA, mediante una inspección visual con buzos arqueológicos, un levantamiento geofísico mediante técnicas de teledetección acústica, identificándose los rasgos asociados a la playa La Argolla. Tal como consta en el informe de ARKA ya citado, la inspección arqueológica de la zona intermareal y zona submareal somera durante la temporada de campo de diciembre de 2016 permitió la relocalización y documentación exhaustiva de la mayoría de los rasgos arqueológicos localizados en Playa La Argolla y definidos como Componente 1. De este modo, los Rasgos 4 a 6 fueron relocalizados con éxito, sin presentar alteraciones relevantes con respecto a su situación registrada en 2010. Sin embargo, los Rasgos 1 y 2, correspondientes a improntas en la roca cancagua, no lograron ser relocalizados debido a la presencia de una densa acumulación de rocas en el sector. Las fichas correspondientes a los registros de los Rasgos recién señalados se acompañaron como anexo en el informe en

comento, las cuales cumplen con los parámetros de la exigencia detallada en la Adenda N° 2, observación 5.”

198. Respecto a esta alegación, se advierte que la Empresa habría realizado, entre el 15 y 20 de diciembre de 2016, una serie de actividades de trabajo arqueológico de manejo de Patrimonio Cultural Subacuático, entra las que se cuentan prospección geofísica marina, busque arqueológico e inspección arqueológica costera. Respecto a esa última actividad, el informe ARKA REF. INFO15/2017, expone que “[p]ara la documentación de los elementos de PCS se emplearon fichas de registro de diseño específico. Además, se realizaron tareas de registro fotográfico de alta resolución de los rasgos arqueológicos localizados en la zona intermareal para generar modelos fotogramétricos, para lo cual se empleó una cámara Réflex Canon 5D Mark II”. Dichas actividades, si bien no fueron precisadas en los Informes de Seguimiento Ambiental que se tuvieron a la vista de la Reformulación de Cargos, son consistentes con la Orden de Compra N° X146-27075, de 12 de octubre de 2016, que dispuso dentro de los trabajos contratados la “[d]etección, documentación, señalización y protección de los elementos patrimoniales que se encuentren próximos a las obras” y a la referencia contenida en el primer Informe Trimestral de Supervisión Arqueológica (de octubre de 2016 a enero de 2017), que indica que “durante la semana del 12 de diciembre pasado el equipo de arqueología subacuática de Arka Consultores efectuó un estudio no intrusivo de los sectores submareales e intermareales pertenecientes al área del proyecto. Este se tradujo en la evaluación de los rasgos.”

199. En base a las estas actividades desarrolladas en diciembre de 2016, se levantaron una serie de Fichas de Registro asociado a elementos del Patrimonio Cultural Subacuático, las que se contienen en el Anexo 3, del Informe ARKA REF. INFO15/2017. Las precitadas fichas, contienen información asociado a su ubicación, estado de conservación, registro planimétrico, descripción general, dimensiones, asignación funcional y cronológica, registro fotográfico y dibujos (solo respecto a los rasgos 4, 5 y 6, es posible apreciar fotografías actualizadas de temporada de campo 2016 y dibujos). Por último, es posible advertir que se generó una Ficha de Registro del Componente 2, al cual se asoció el “Rasgo 3” (Poste Riel)<sup>15</sup>, en que se describe el mismo, indicando su ubicación, planimetría y fotografía asociado a éste.

200. De lo anteriormente expuesto queda de manifiesto que la documentación arqueológica realizada respecto de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, se ejecutó durante la campaña de diciembre de 2016, esto es, con posterioridad al inicio de las obras del proyecto (25 de octubre de 2016), que fue el hito en que la evaluación ambiental dispuso en que ésta se realizaría, por lo que la alegación de la Empresa respecto a la efectividad de haber ejecutado la precitada actividad será desestimada por no tener mérito para desvirtuar este sub-hecho infraccional.

- **Determinación de la configuración de la infracción.**

201. En razón de lo expuesto, las alegaciones de la empresa y medios probatorios que constan en el presente procedimiento no logran desvirtuar el hecho constatado ni su calificación jurídica, en aquella parte referida a “Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, en particular las siguientes: a) Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto; b) Recuperación selectiva del Componente 3, según se indicó en el anexo C de la Declaración de Impacto Ambiental; d) Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés; y, e) Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6”.

<sup>15</sup> Según nomenclatura utilizada en Plano 85-11188-G105- Planta General Ubicación Rasgos Arqueológicos, del Anexo C, de la DIA del proyecto.

202. Por su parte, las alegaciones de la empresa y medios de prueba que constan en el procedimiento sí logran desvirtuar aquella parte de la imputación referida al *"Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, en particular las siguientes: c) Excavación estratigráfica en sector de construcción de gradas en Playa La Argolla"*. Por lo tanto, se entiende probada y configurada parcialmente la infracción.

**D. Infracción N°4: *"Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA) según se constató, por un lado, en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio, ambas de 2017, y por otro, en los informes cargados por la empresa al sistema de seguimiento SMA."***

- ***Análisis de antecedentes considerados en la reformulación de Cargos respecto al sub-hecho infraccional***

203. En relación a este hecho infraccional, la Reformulación de Cargos, consideró como normativa infringida el considerando 4.2, de la RCA N° 66/2012, en sus letras a), b) y e), que dispone: *"(...) a) Artículo N° 75: Permiso para realizar trabajos de conservación, reparación o restauración de Monumentos Histórico; para remover objetos que formen parte o pertenezcan a un Monumento Histórico, o hacer construcciones en sus alrededores; para destruir, transformar o reparar un Monumento Histórico fuere un lugar o sitio eriazó, a que se refieren los artículos 11 y 12 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales. Al proyecto le es aplicable dicho permiso ambiental sectorial debido a que se realizarán obras de protección y conservación de un Monumento Histórico. En relación a los contenidos técnicos y formales presentados por el proponente, cabe indicar que el Consejo de Monumentos Nacionales se pronunció conforme, de acuerdo a su Ord. N° 2796, de fecha 10 de Julio de 2012 [...] b) Artículo N° 76: Permiso para hacer excavaciones de carácter o tipo arqueológico, antropológico, paleontológico o antropo-arqueológico, paleontológico o antropoarqueológico, a que se refieren los artículos 22 y 23 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos nacionales, y su reglamento sobre excavaciones y/o Prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, aprobado por D.S. 484190, del Ministerio de Educación. Al proyecto le es aplicable dicho permiso ambiental sectorial porque las obras de protección y conservación de un Monumento Histórico, pueden dejar al descubierto nuevos hallazgos. En relación a los contenidos técnicos y formales presentados por el proponente, cabe indicar que el Consejo de Monumentos Nacionales se pronunció conforme, de acuerdo a su Ord. N° 2796, de fecha 10 de Julio de 2012 [...] e) Artículo N° 77: Permiso para hacer construcciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para ejecutar obras de reconstrucción o de mera conservación, a que se refiere el artículo 30 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales. Al proyecto le es aplicable dicho permiso ambiental sectorial debido a que el área de emplazamiento del proyecto ha sido declarada zona típica, y se realizarán obras de protección y conservación de un Monumento Histórico. En relación a los contenidos técnicos y formales presentados por el proponente, cabe indicar que el Consejo de Monumentos Nacionales se pronunció conforme, de acuerdo a su Ord. N° 2796, de fecha 10 de Julio de 2012 (...)"*.

204. Por su parte, el hecho infraccional imputado se basó en una serie de antecedentes, ente los que destacan los siguientes:

205. Ord. CMN N° 2686, de 12 de junio de 2017: Por intermedio del presente documento, el CMN denunció lo siguiente: *"Intervención al MH y ZT*

*sin haber tramitado con anterioridad ante este Consejo los Permisos Ambientales N° 75 y 77, pese a que los PAS fueron otorgados por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos, siguiendo lo informado por este Consejo en el Ord. N° 2796 del 16.09.2012, en el cual se estipula que estos deberán ser tramitados antes el CMN una vez aprobada la DIA. Pese a lo anterior, se dio inicio de las obras del proyecto con fecha 25.10.2016, de acuerdo a la información disponible en plataforma online SMA-OS de la Superintendencia del Medio Ambiente, sin contar con autorización de este organismo para efectuar labores en el MH y ZT. [...] Se constata que se tramita el Permiso Ambiental Sectorial N° 76 posterior al inicio de las obras, lo que se verifica en la plataforma online SMA-OS de la Superintendencia del Medio Ambiente, en donde se expone que la construcción del proyecto se inició el 25.10.2016, mientras que los antecedentes para realizar excavaciones arqueológicas fueron ingresados el 12.12.2016 (Ingreso CMN N° 8686/2016), y el permiso fue otorgado a través de Ord. CMN N° 465 del 02.02.2017.”*

206. Informe DFZ-2017-5548-XIV-RCA-IA: Da cuenta del examen de gabinete de la División de Fiscalización de esta SMA, exponiendo que de acuerdo a la plataforma dispuesta por la SMA, las obras del proyecto se habrían iniciado con fecha 25 de octubre del año 2016. Por su parte, constata que la tramitación del PAS 132 (ex PAS 76), se inició mediante ingreso de 12 de diciembre de 2016, siendo autorizado mediante Ord. CMN N° 465, de 02 de febrero de 2017; a su turno, constata que con fecha 26 de mayo de 2017, Sicomaq habría solicitado los PAS 131 y 133 (ex PAS 75 y 77, respectivamente).

207. En atención a lo anterior, y de la información de seguimiento ambiental reportada por la Empresa, la Formulación de Cargos estimó que se dio inicio a las obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA).

**- Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento.**

208. En relación a este hecho infraccional la Empresa sostiene como primer argumento, que el inicio del proyecto sin contar con los PAS no le resultaría imputable, dado que la obligación correspondía al titular del proyecto en ese entonces (MOP). Al respecto, indica que el contrato de construcción de obras del proyecto habría sido adjudicado mediante Resolución DROP XIV (TR) N° 006, de 12 de julio de 2016, de la Dirección General de Obras Públicas del MOP, la que fue tramitada completamente en la oficina de parte de dicho organismo con fecha 23 de septiembre de 2016, fecha en que se le habría traspasado “contractualmente la ejecución del Proyecto (...) así como la obligación de asumir la titularidad de la RCA 66/2012, y una vez adquirida dicha titularidad, la obligación de cumplir con todas las medidas, condiciones y exigencias establecidas en ésta última autorización ambiental.” Agrega que, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 del D.S. 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, el traspaso de la titularidad no produce ningún efecto para los efectos de la fiscalización ambiental, sin que antes se informe al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental”, lo que sería coincidente con la Minuta N° 6 del proceso de licitación la cual dispone que, “para efectos de formalizar el cambio de titularidad del proyecto ante la autoridad ambiental, el Director General de Obras Públicas solicitará el traspaso de titularidad del proyecto.” Agrega que esta SMA ha distinguido adecuadamente los periodos por los que son responsables los titulares sucesivos que ha tenido la resolución de calificación ambiental de un mismo Proyecto, estableciendo que el titular de un proyecto sólo es responsable por los hechos constatados con posterioridad a que el Servicio de Evaluación Ambiental entienda informado el cambio de titularidad (Procedimiento Sancionatorio Rol D-003-2014, Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 697, de 23 de abril de 2015).

209. En primer término, resulta pertinente relevar que la titularidad original de la RCA del proyecto correspondía al Ministerio de Obras Públicas, al ser quien presentó la respectiva DIA y obtuvo la RCA N° 66/2012 luego del proceso de evaluación ambiental. Luego, este informó del cambio de titularidad de la misma mediante Oficio Ord. N° 1.250, recepcionado en las dependencias del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos, con fecha 25 de noviembre de 2016. A su turno, la Res. Ex. N° 98, de 20 de diciembre de 2016, de este último servicio, tuvo por presentado dicho cambio de titularidad. Dicho cambio de titularidad tiene su fundamento en la Resolución de Adjudicación del Proyecto “Construcción Protección Costera del Fuerte y Plaza Corral, Región de Los Ríos”, a SICOMAQ, con fecha 12 de julio de 2016, mediante Res. TR DROP XIV N° 6, la cual fue objeto de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República con fecha 22 de septiembre de 2016, y tramitada por Oficina de Partes del MOP, al día siguiente a ello.

210. Al respecto, el artículo 163, inciso primero, del D.S. N° 40/2012, que aprueba el Reglamento del Servicio de Evaluación Ambiental –en adelante, RSEIA– dispone que “[l]os titulares deberán informar de los cambios en la titularidad de dichos proyectos o actividades y/o de su representación, acompañando los antecedentes que acrediten dicha modificación, cuya vigencia no deberá exceder de seis meses. El Servicio comunicará los cambios a la Superintendencia”. Al respecto, tanto el Ord. N° 112.262/2011 (que resulta aplicable a la época del cambio de titularidad del proyecto en comento), como el Ord. N° 180.127/2018 (instructivos del SEA<sup>16</sup>), indican que el informar los cambios de titularidad tiene por objeto dar certeza jurídica a la Administración de la existencia de la persona que adquiere o adquirirá las obligaciones derivadas de la RCA para todos los efectos legales.

211. En atención a lo anterior, los Instructivos de referencia, requieren la presentación de una serie de antecedentes por parte del titular de la RCA, a fin de verificar “los documentos que acreditan aquellos cambios”, encontrándose entre dichos documentos la “[c]opia del acto jurídico mediante el cual se adquiere la calidad de titular y copia de las personerías con que actúan los representantes en dicho acto jurídico”. Luego, en base a la revisión de los antecedentes tenidos a la vista por parte del SEA, este servicio dicta una resolución en que se tiene presente lo informado.

212. En base a lo anterior es posible sostener que, efectivamente resulta del todo necesario que el titular de una RCA informe de los cambios de titularidad de la misma, fundada en las tratativas privadas que emprenda con terceros. Sin embargo, de ello no se sigue que sea la fecha de resolución del SEA que tiene presente el cambio de titularidad, el momento en que se entienda que el mismo se produjo. En efecto, de la lectura sistemática de las normas reglamentarias y los instructivos dictados por el SEA al respecto, es posible sostener que dicha resolución constituye un acto administrativo de tipo declarativo<sup>17</sup>, que precisamente se funda en antecedentes en que consta el cambio de titularidad que, en los hechos, se pudo haber materializado previamente entre las partes. Dicho lo anterior, no resulta efectivo que el traspaso de titularidad no pueda producir efecto sin que se informe al SEA, en tanto los antecedentes remitidos a este organismo puede dar cuenta de una situación acaecida con anterioridad, en la que el nuevo titular ha asumido, antes de informar al SEA, la ejecución material de un proyecto que cuenta con RCA. Ello hace inevitable considerar los antecedentes del caso concreto, a objeto de definir el momento en que la persona natural o jurídica asume la responsabilidad en torno a la ejecución material del proyecto

<sup>16</sup> Ord. N° 112.262/2011: Instructivo SEA antecedentes legales y cambio de titularidad; y, Ord. N° 180.127/2018: Imparte instrucciones sobre antecedentes para someter un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental al SEA y sobre el cambio de titularidad.

<sup>17</sup> Bermúdez, Jorge. Derecho Administrativo General. 3ra Edición, p. 146, define el acto administrativo declarativo en los siguientes términos “(...) *áquel que se limita a acreditar tales relaciones o situaciones, sin alterarlas, toda vez que éstas tienen su origen en la ley o en una relación jurídica anterior, por ejemplo un contrato administrativo, por lo que el acto administrativo viene aquí simplemente a desarrollar y extraer las consecuencias jurídicas de la norma o de la relación ya existente.*”

aprobado, momento que puede no coincidir necesariamente con el de la resolución que tiene presente el cambio de titularidad

213. Lo anterior, resulta consistente con el propio contenido de la Res. Ex. N° 98/2016, del SEA Los Ríos, en tanto la misma se denomina como *“Se tiene presente cambio de titularidad que indica”* y en su Resuelvo *“Tener por presentado el cambio de titularidad del proyecto ‘Obras de Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas (...) teniendo por nuevo Titular a la empresa Sociedad Ingeniería, Construcción y Maquinaria Limitada (SICOMAQ)’”*

214. En el caso concreto, resulta del todo claro que el cambio de titularidad se efectuó de manera previa a la fecha en que indica la Empresa, lo que se sustenta en una serie de antecedentes que permiten acreditar que SICOMAQ asumió la titularidad de la RCA, desde incluso antes del inicio de ejecución de las obras, pudiendo encontrarse entre ellos los siguientes: a) Res. TR DROP XIV N° 6, de 12 de julio de 2016, por la que se adjudica licitación pública *“Construcción Protección Costera del Fuerte y Plaza Corral”*, a SICOMAQ, tramitada íntegramente con fecha 23 de septiembre de 2016; b) Orden de Compra N° X146-27075, de 12 de octubre de 2016, por la que se contrataron los servicios de Arqueología Marina a empresa ARKA, para la *“Obra Costera Fuerte Corral”* (la que se basa en una cotización requerida por SICOMAQ, con fecha 06 de junio de 2016); c) Contrato de Trabajo entre SICOMAQ y Julia Potocnjak, celebrado con fecha 24 de octubre de 2016, para la ejecución del trabajo de *“Asesor de Arqueología prestando los servicios en Obra denominada, Construcción Protección Costera Fuerte y Plaza de Corral.”*; d) Acta de Entrega de Terreno, de 25 de octubre de 2016, por la que el MOP entrega a SICOMAQ el terreno y el trazado de los ejes para la ejecución de la obra motivo del contrato; e) Carta X-146/015/2016, de 18 de noviembre de 2016, por la que SICOMAQ, presenta ante el CMN el Plan Integral de Supervisión, Intervención y Manejo Arqueológico; y, f) Informes de Avance remitidos al MOP, por parte de SICOMAQ, desde noviembre de 2016, en que constan las actividades que SICOMAQ desarrolla en el borde costero del Fuerte Corral desde el 25 de octubre de 2016, sin solución de continuidad, hasta abril de 2017.

215. A mayor abundamiento, en los antecedentes del procedimiento licitatorio, SICOMAQ siempre tuvo en vista que, como parte de las condiciones del contrato, debía asumir la titularidad de la RCA del proyecto en comento. Así, en el ORD. DROP XIV N° 103, por la que se envían Aclaraciones a los Antecedentes de Licitación se indicó explícitamente que *“(...) considerando que será el adjudicatario el encargado de dar cumplimiento a cada una de estas obligaciones, se establece que la participación en la presente licitación implica la aceptación del traspaso de titularidad de la RCA por parte de la empresa que se adjudique el presente contrato [...] La empresa adjudicataria será la titular de la RCA durante todo el proceso de ejecución de las obras”* (énfasis agregado). Lo anterior, es replicado en el documento *“Especificaciones Técnicas Especiales”*, del mismo proceso licitatorio.

216. Así las cosas, aun cuando resulte efectivo que en los documentos del proceso licitatorio se estableciera que para la formalización del cambio de titularidad el Director General de Obras Públicas solicitaría el traspaso de titularidad, ello no obsta a que materialmente SICOMAQ asumió, ya desde el inicio de ejecución de las obras del proyecto, la posición de titular de la RCA del proyecto de marras, por lo que el eventual retraso en la solicitud de cambio de titularidad no puede alterar la responsabilidad que le cabe en la ejecución de las obras.

217. Al respecto, el instructivo de cambio de titularidad del Ord. N° 180.127/2018, dispone que *“de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 8° y el inciso final del artículo 24 de la Ley N° 19.300, en lo que respecta a las competencias de este Servicio, el Titular de una resolución de calificación ambiental deberá someterse estrictamente al contenido de la RCA dando cabal e íntegro cumplimiento a todas sus obligaciones, lo anterior, sin perjuicio de las*

*relaciones entre privados, las cuales se registrarán por los acuerdos celebrados entre ellos y tendrán los efectos establecidos tanto en los instrumentos como en las normativas que rijan dichas materias.”*

218. En base a lo anterior, es posible sostener que la obtención de los permisos ambientales sectoriales, antes del inicio de ejecución de las obras, correspondía a quien detentaba en los hechos la condición de titular de la RCA, por lo que SICOMAQ, al momento de haberse hecho la entrega del terreno, con fecha 25 de octubre de 2016, y antes de haber ejecutado acciones de intervención del Monumento Histórico y Zona Típica, debió haber arbitrado todos los medios para la obtención de los respectivos permisos para luego de ello, haber iniciado la ejecución de las mismas, con independencia que el Director General de Obras Públicas aún no hubiera remitido los antecedentes para hacer presente el cambio de titularidad ante el SEA.

219. Por último, en cuanto a la referencia al caso Rol D-003-2014 que realiza SICOMAQ, en que se habría sostenido que el titular de un proyecto sólo es responsable por los hechos constatados con posterioridad a que el Servicio de Evaluación Ambiental entienda informado el cambio de titularidad, se advierte que esta SMA puede modificar el criterio establecido en un caso concreto, en la medida que pueda llegar a una conclusión diversa, en base a los antecedentes específicos que obren en el caso, por lo que aun cuando pueda resultar efectivo lo planteado por la Empresa respecto a la forma en que se resolvió en un determinado y específico caso, ello no es óbice para que se arribe a una conclusión diversa en base a un ejercicio argumentativo suficiente que se plasme en el respectivo acto decisorio.

220. En base a lo anteriormente expuesto, esta alegación será desestimada, al no tener mérito para desvirtuar el cargo imputado.

221. Como segundo argumento, la Empresa expone que existe una incompatibilidad entre los plazos del contrato para ejecutar la obra y la exigencia de contar con los PAS otorgados con anterioridad al inicio de la ejecución del Proyecto. Al respecto, junto con reconocer que de acuerdo a las Bases de Licitación y Especificaciones Técnicas Especiales la empresa contratista debía actualizar y tramitar sectorialmente los PAS, arguye que el contrato establecía que la instalación de faenas debían estar construidas 45 días después de iniciado el contrato (con fecha 23 de septiembre de 2016), por lo que quedaba un margen de 14 días desde el inicio de las obras (25 de octubre de 2016) y el precitado hito contractual, sin que contemplara un cronograma de trabajo que permitiera la tramitación de los PAS, y que cumpliera con la exigencia de contar con los PAS antes del inicio de las obras, implicaba incumplir el contrato de construcción. Agrega que el Inspector Fiscal, de conformidad al artículo 4, N° 9, del D.S. N° 75/2004, es el funcionario profesional que asume el derecho y la obligación de fiscalizar la correcta ejecución de las obras y el fiel cumplimiento de un contrato de construcción, función que habría sido incumplida al autorizar el inicio de las faenas sin que previamente se hayan tramitado y aprobado los PAS. En línea con lo anterior, indica que para que el Inspector Fiscal pudiera autorizar el inicio de las obra previa aprobación de los PAS, el traspaso formal de la titularidad debió haberse materializado con anterioridad a que comenzara a transcurrir el plazo para comenzar las obras, en tanto hasta que ello ocurriera SICOMAQ se habría encontrado en una imposibilidad de tramitar los permisos. Agrega que las discrepancias entre los plazos del contrato establecidos en el MOP y la regulación sectorial asociada a los PAS arqueológicos no se condice con el principio de coordinación que debe informar a los órganos de la Administración del Estado. Concluye su argumentación, indicando que la obligación no le era oponible en el momento en que esta debió cumplirse, resultándole fáctica y jurídica imposible tramitar los PAS previo a la ejecución del contrato, y que al momento en que se traspasara formalmente la titularidad de la RCA N° 66/2012, ya había precluido la oportunidad para cumplir cabalmente con la obligación de tramitar los PAS, pues ya se había iniciado la ejecución de las obras constructivas del proyecto.

222. En cuanto a esta argumentación, cabe reiterar que al momento de inicio de ejecución del proyecto (25 de octubre de 2016), quien detentaba

en los hechos la condición de titular de la RCA era SICOMAQ, por lo que desde ese momento se puso en posición de dar estricto cumplimiento al contenido de la RCA. En consecuencia, era responsabilidad de SICOMAQ arbitrar todos los medios legales para gestionar la tramitación y obtención de los permisos sectoriales desde ese momento, pudiendo haber hecho presente al MOP la imposibilidad de iniciar la ejecución de obras hasta la obtención de los mismos, sin que de la información contenida en el expediente del procedimiento pueda advertirse se hubiera realizado.

223. Más aún, las Especificaciones Técnicas Especiales del proceso licitatorio, señalan que “[/]a empresa contratista deberá presentar la aprobación o autorización de estos permisos ambientales a la inspección fiscal quien autorizará expresamente el inicio de las faenas [...] Los permisos señalados se encuentran expresados para su cumplimiento en la RCA, aprobada mediante Resolución Exenta N° 66 del 1 de Agosto 2012.” En consecuencia, resulta al menos sorprendente que SICOMAQ pretenda eludir su responsabilidad en la obtención de permisos antes del inicio de la ejecución de las obras en base a los antecedentes del contrato de obra pública, cuando en estos precisamente se establecía, a su respecto, la carga de la presentación de los permisos ante el Inspector Fiscal para el inicio de las obras.

224. En otro orden de ideas, la Empresa plantea una serie de inconsistencias entre las obligaciones y plazos establecidos en el contrato de obra pública, en relación con la oportunidad para la gestión y obtención de los permisos ambientales sectoriales, lo que corresponde a una diferencia contractual entre terceros, que deberá ser resuelta por las vías jurídicas que correspondan, sin ser este procedimiento sancionatorio la instancia para ello.

225. Por último, como tercer argumento, la Empresa expone que ha realizado gestiones para obtener los PAS de los artículos 75, 76, 77 del D.S. N° 95/2001 (actuales PAS 131, 132 y 133 del D.S. N° 40/2012), logrando la obtención de los PAS exigidos, restando solo la obtención de los PAS 75 y 76 para obras específicas. Entre estos antecedentes, da cuenta de la dictación del Ord. CMN N° 4009, de 05 de octubre de 2018, por la que se obtuvo el PAS 75, para el retiro de las cuñas TNCJ y TEJC, haciendo el alcance de la supuesta incompatibilidad entre el sub-hecho infraccional 1.b, y el presente cargo. Este argumento es complementado mediante escrito de 27 de agosto de 2019, en que se dan cuenta de las gestiones para obtener los PAS 75 y 76 para obras específicas del Proyecto, que se encontraban pendientes a la fecha de la presentación de los Descargos.

226. En cuanto a lo anterior, se advierte que los actos administrativos que otorgan los PAS a que hace referencia la Empresa, son de fecha posterior al inicio de la ejecución de las obras del proyecto por lo que, no tienen mérito para desvirtuar el cargo imputado, sin perjuicio de que tales antecedentes puedan ser ponderados en relación a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

227. Por último, en cuanto a la supuesta incompatibilidad entre este cargo y el corresponde al sub-hecho infraccional 1.b, este Fiscal Instructor se remite a lo desarrollado al abordar la configuración de la infracción de este último cargo.

**- Determinación de la configuración de la infracción.**

228. En virtud de lo expuesto, y atendido a que las alegaciones del titular no logran desvirtuar el hecho constatado ni su calificación jurídica, se entiende por probada y configurada la infracción N° 4.

## VII. CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES.

229. En la reformulación de cargos se clasificaron las infracciones imputadas N° 1, 2 y 3 como graves, en atención a la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, que dispone “[s]on 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. A su turno, la infracción imputada N° 4, fue clasificada como leve, en atención al numeral 3, del artículo 36 de la LO-SMA, que dispone “[s]on infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.”

230. Que, en orden a confirmar o modificar la clasificación de las infracciones realizada en la referida reformulación de cargos, el presente capítulo expondrá los argumentos que permitirán definir si en la especie concurrieron los elementos establecidos en la letra e), del numeral 2, del artículo 36 de la LO-SMA, respecto de los cargos N° 1, 2 y 3 (prescindiendo en este último hecho infraccional, del análisis referido al sub-hecho infraccional 3.c, al haberse propuesto su absolución), o si resultara procedente una reclasificación por otra hipótesis del artículo 36 precitado. Por otra parte, se analizará si se mantiene la clasificación de gravedad respecto a la infracción N° 4, o procediera su reclasificación, según los antecedentes que obran en el expediente sancionatorio.

231. Respecto, al hecho infraccional N° 1 –No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones: a) Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1 (...) b) Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno (...) c) No contar con supervisión permanente de arqueólogo (...)–, la Empresa manifiesta una serie de argumentos en orden a desvirtuar la clasificación de la infracción como grave, en virtud del artículo 36, numeral 2, letra e) de la LO-SMA, como se verá a continuación.

232. Como primer argumento, expone que “la *Formulación de Cargos carece de motivación para sostener una calificación de estas características, pues solo se expresa de modo que los hechos imputados en el Cargo 1 implicarían un incumplimiento grave de medidas establecidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, sin ninguna fundamentación (...)*”. Al respecto, la clasificación de la infracción en el momento de formular o reformular cargos, representa una actividad inicial dentro del procedimiento sancionatorio en base a los antecedentes preliminares con que se cuentan, en consecuencia, y como la propia reformulación de cargos sostiene “*la clasificación de las infracciones antes mencionadas, podrá ser confirmada o modificada en la propuesta de dictamen que establece el artículo 53 de la LO-SMA.*” En este sentido, este primer argumento resulta del todo improcedente, en tanto es el análisis que se realizará en esta instancia, teniendo en consideración todos los antecedentes que consten en el procedimiento, el que permitirá sostener o modificar la clasificación de la infracción indicada en la reformulación de Cargos.

233. Luego, como segundo argumento, expone los criterios que habría definido esta SMA, para determinar que una infracción resulte clasificable como grave en virtud del artículo 36.2.e de la LO-SMA, arguyendo la no concurrencia de cada uno de los criterios respecto de los sub-hechos infraccionales constitutivos del cargo. En primer término, respecto al criterio de relevancia o centralidad de la medida, expone que “*la alteración de las fundaciones del muro, producto de las excavaciones previas, no implicó una trasgresión del principio de mínima intervención del patrimonio cultural; la remoción de las cuñas es una medida con un carácter complementario y de seguridad, tendiente a corregir riesgos existente con anterioridad a*

la ejecución del proyecto, y no causados como consecuencia de la intervención ocasionada al medio ambiente por el proyecto. Del mismo modo, la existencia de un monitoreo arqueológico permanente, es una medida de resguardo, de carácter preventivo, que tiende a evitar afectaciones al patrimonio cultural, pero que en concreto no implica necesariamente una contención, reducción y/o eliminación de efectos adversos del proyecto.” Luego, en relación a la permanencia en el tiempo del incumplimiento, expone que habría una “(...) inexistencia de incumplimientos a medidas establecidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, por lo que mal podría evaluarse una situación como la descrita pues ella no se ha materializado en la especie”, especificando que “la afectación superficial, puntual e imprevista de las fundaciones del muro, no ha implicado en rigor un incumplimiento a la medida de observar el principio de mínima intervención del patrimonio cultural, que la remoción de las cuñas no se ha efectuado, atendida la imposibilidad jurídica de ejecutar tales obras, y que la medida de monitoreo arqueológico permanente ha sido implementada desde el inicio de la ejecución del proyecto...”. Por último, en cuanto al grado de implementación de la medida, reitera que “no existe incumplimiento de la medida, sino que las mismas han sido implementadas en todo cuanto ha resultado fáctica y jurídicamente posible. Así, respecto de los monumentos históricos se ha observado cabalmente el principio de mínima intervención, correspondiendo la alteración superficial identificada en las fundaciones del sector de acceso al túnel, a un hecho puntual e imprevisto. En cuanto a la remoción de las cuñas, se solicitó en dos oportunidades al CMN el otorgamiento del PAS 75 (actual 131), para que removiera el obstáculo jurídico que impedía la implementación de tal medida (...) Sin perjuicio de ello, durante el tiempo intermedio, se implementaron medidas alternativas, de carácter temporal, tendientes a garantizar el objeto de protección de la medida (integridad física y seguridad de las personas que transiten por el lugar). En cuanto a la medida consistente en el monitoreo arqueológico permanente, según ya se ha señalado, no ha existido incumplimiento, y la misma fue reforzada con la contratación de un arqueólogo adicional, a partir del día 20 de abril de 2017.”

234. Al respecto, cabe precisar que resulta efectivo lo manifestado por la Empresa, en relación a los criterios desarrollados por esta Superintendencia para sustentar la clasificación de la gravedad del artículo 36.2.e de la LO-SMA. Sin perjuicio de lo anterior, resulta útil aclarar que para que proceda el análisis que permite determinar o descartar la gravedad, debe concurrir la centralidad o relevancia de la medida como elemento de ponderación, pudiendo o no concurrir **alternativamente** al análisis de los restantes dos elementos. De este modo, en algunos casos el criterio de relevancia o centralidad de la medida sustentará por sí solo la clasificación de gravedad, mientras que en otros, puede concurrir en conjunto con la permanencia en el tiempo del incumplimiento y/o el grado de implementación de la medida.

235. Precisado lo anterior, resulta necesario descartar todos los argumentos de la Empresa en relación al supuesto cumplimiento de las medidas consideradas como infringidas al haberse entendido por probada y configurada la infracción en la sección previo, respecto de cada uno de los sub-hechos infraccionales que la contienen, por lo que el análisis considerará las restantes argumentaciones de la Empresa.

236. En primer término, **respecto a la centralidad de la medida**, la propia RCA del proyecto, establece la relevancia de la no afectación del Fuerte Corral (Castillo San Sebastián de la Cruz), el que fuera declarado Monumento Histórico según el D.S. N° 3.869, de 1950, del Ministerio de Educación, estableciendo que habría un principio de mínima intervención, que permitiría asegurar la no alteración de los monumentos nacionales. Más aún, expresa en la propia evaluación ambiental el rechazo de tratamientos en extremo intervencionista que pudieran agredir la integridad de la Fortificación, expresando además que las obras del proyecto se mantendrían alejadas de las bases del Monumento. Así las cosas, la Empresa al haber procedido a excavar con una máquina retroexcavadora un sector que durante la evaluación ambiental no consideró la instalación de pilotes metálicos, se incumplió gravemente la medida más relevante orientada a resguardar la integridad del Monumento Histórico (no afectación), contraviniendo

específicamente el principio de mínima intervención a que la Empresa refiere en su exposición de descargos.

237. Asociado a lo anterior, la presencia de un arqueólogo permanente, supervisando la ejecución de actividades de limpieza, escarpe o excavación, tenía por objetivo precisamente poder lograr el objetivo de protección sobre el patrimonio arqueológico, patrimonio cultural subacuático y eventuales hallazgos no previstos. En efecto, la presencia del arqueólogo responsable se consideró como necesario ejecutar actividades con potencial de generar efectos adversos a los diversos componentes arqueológicos, como serían las excavaciones en Playa La Argolla. En efecto, en la propia DIA del proyecto (Anexo C), se indicó que “[e]l sector de playa La Argolla representa un área de alta sensibilidad arqueológica. Los sondeos subsuperficiales revelaron depósitos culturales continuos a lo largo de la terraza que alcanzan sobre un metro de potencia y expusieron las fundaciones de la cortina” y es precisamente, en base a ello y a los efectos adversos que podrían haber generado las obras, que se propone como una medida de la mayor relevancia la implementación de un monitoreo arqueológico permanente, por un arqueólogo, durante las obras de limpieza, escarpe y excavación del proyecto. Al respecto, cabe precisar que esta medida se tornó aún más relevante, en la medida que se ejecutaron actividades de excavación en una zona que la evaluación ambiental no consideró, y la que dada su cercanía a la línea del muro del Monumento Histórico (50 cms<sup>18</sup>), requería una supervisión *in-situ*, que pudiera dar cuenta de los riesgos de una actividad de excavación con maquinaria pesada y, consecencialmente, evitar la afectación de las fundaciones del Fuerte.

238. Al respecto, cabe advertir que el origen de esta obligación se encuentra en el Anexo C, de la DIA del proyecto en análisis, la cual en diversos pasajes expone la necesidad de desarrollar este tipo de monitoreo, atendida la línea base patrimonial identificada respecto al componente arqueológico: “Para el sector costero de playa La Argolla: Se recomiendan: [...] Considerar la supervisión arqueológica permanente durante los trabajos que impliquen la limpieza y despeje de la cubierta vegetal e intervenciones del subsuelo.” (Énfasis agregado).

239. En relación a lo anterior, la propia Empresa reconoce que esta medida *“tiende a evitar afectaciones al patrimonio cultural”*, sin embargo, afirma a continuación que *“en concreto no implica necesariamente una contención, reducción y/o eliminación de efectos adversos del proyecto”*, sin que se comprenda como una medida pudiera tender a evitar *“afectaciones”*, pero que ello no implique al mismo tiempo *“contener, reducir o eliminar efectos adversos”*, cuando en su propia DIA establece que es esa una medida específicamente recomendada para evitar la afectación del Monumento Histórico en comento. En virtud de lo anterior, este argumento será desestimado.

240. Por último, en relación a la remoción de las cuñas la Empresa expuso en sus descargos, a propósito de la configuración que *“no se ha comprometido el objeto protección de la medida de remoción de cuñas, que corresponde a garantizar la seguridad de las personas que deben transitar por el sector, correspondiendo estos a trabajadores y futuros usuarios del paseo”*. Al respecto, cabe precisar que la remoción de las cuñas tiene un doble objetivo, según la propia evaluación ambiental, conforme se pasa a exponer.

241. Las cuñas en comento, son formaciones inestables a lo largo del farellón del Fuerte Corral, ubicadas en el cerro que forman parte del talud natural sobre el cual se asienta el Monumento Histórico, no formando parte de los muros de este. Al respecto, la propia DIA del proyecto, establece en su numeral 2.3.2.2 –Capítulo: Protección física del monumento en la zona del farellón que conforma el acantilado que se presenta debilitado en su estructura interna por la presencia de grietas–, lo siguiente: *“[o]tro criterio de intervención*

<sup>18</sup> Según lo consignado en el Ord. CMN ° 4.788/2017.

*urgente lo constituyó la necesidad de proteger el farellón del riesgo de derrumbe, para lo cual se debió realizar un estudio Geotécnico y Geológico para determinar la gravedad de las lesiones y grietas que presenta el muro costero [...] los resultados del Estudio Geotécnico en la Etapa 1 del presente estudio, determinó que la gravedad está dada por las cuñas inestables del farellón de piedra natural. Este problema será subsanado, quitando o retirando las cuñas inestables.”* Es en base precisamente a la estabilidad del farellón en que se asienta el Fuerte Corral, que en la DIA (y, consecuentemente en el ICE), se dispone que la remoción de estas cuñas sea realizada en forma manual, estando presente un geólogo(a) y un arqueólogo(a), ambos con un mínimo de 5 años de experiencia, quienes evaluarían en terreno la correcta ejecución de las faenas. Por último, en cuanto a la afirmación de la Empresa, respecto a que la medida tiende “a corregir riesgos existente con anterioridad a la ejecución del proyecto, y no causados como consecuencia de la intervención ocasionada al medio ambiente por el proyecto”, se advierte que la propia evaluación ambiental estableció que la misma debía realizarse antes de la ejecución de ciertas obras, en tanto resulta lógico que, frente a vibraciones producidas por movimientos de maquinarias, excavaciones u otros, se aumente el riesgo de derrumbe derivado de la inestabilidad de las mismas.

242. De acuerdo a lo anteriormente expresado, es posible sostener las medidas asociadas a la protección y resguardo del Fuerte Corral, que han sido incumplidas por el titular, analizadas y ponderadas en su conjunto, detentan un carácter central en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012.

243. Luego, en cuanto a la **permanencia en el tiempo del incumplimiento**, se advierte que el lapso de ejecución de las obras se extendió por solo unos meses (octubre de 2016 a mayo de 2017), en atención a la paralización de las obras decretadas por el CMN (Ord. N° 2130/2017), por lo que no es posible realizar un análisis cabal sobre la extensión temporal del incumplimiento respecto a los sub-hechos infraccionales 1.a y 1.c. Con todo, se advierte que respecto al sub-hecho 1.b., las cuñas no fueron removidas durante todo el tiempo que se mantuvieron activas las obras, por lo que el incumplimiento habría sido permanente.

244. Por último, en relación al **grado de implementación de la medida**, cabe indicar que el principio de mínima intervención vinculado a la falta de afectación del Monumento Histórico, resultaba de importancia trascendental, en cuanto toda manipulación de las obras implicaba riesgos (DIA; numeral 2.3.2.4). En consecuencia, el haber tomado la decisión de haber intervenido un sector cercano del Monumento Histórico, con métodos intensivos, contraviene ampliamente el principio que guiaría la construcción de las obras. Tanto es así, que el propio compromiso asumido por la Empresa en su DIA, refirió que “*las soluciones diseñadas, tomen distancia de las estructuras antiguas, que no toquen ninguna pieza de valor patrimonial.*” En consecuencia esta desviación representa un grado importante de no implementación de la medida, al igual que la supervisión permanente del arqueólogo, lo que según lo constatado no se encontraba en al menos dos actividades en que se requería su presencia: excavación de los pilotes para la Pasarela N° 1 y también para la recolección de elementos de hallazgos sub-acuáticos en relación a las actividades para la instalación de la Pasarela N° 2, según consta en Informe de Actividades en Terreno del CMN, asociado a la actividad de inspección del 06 de abril de 2017. Se advierte que el reforzamiento posterior a los hechos constitutivos de infracción a que hace referencia la Empresa, podrá ser considerado en las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, sin que resulte pertinente para cuestionar la clasificación de la gravedad. Por último, se advierte que las cuñas no fueron removidas durante todo el tiempo que se mantuvieron activas las obras, por lo que se estima que el grado de implementación de la medida es nulo.

245. En razón de todo lo expresado, es posible confirmar la clasificación de la gravedad propuesta, esto es, grave, por concurrir los presupuestos desarrollados por esta Superintendencia para la clasificación establecida en el artículo 36, numeral 2, letra e), especialmente por haberse relevado la centralidad del conjunto de medidas establecidas para resguardar la integridad del Monumento Histórico Fuerte Corral. Adicionalmente, respecto de

determinados sub-hechos infraccionales, se pudo relevar también los criterios vinculados a la permanencia en el tiempo de los incumplimientos, así como el grado de implementación de la medida.

246. Respecto, al hecho infraccional N° 2 – Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos indicados en la tabla N°2 de la presente resolución, sin haber notificado al Consejo de Monumentos Nacionales, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas–, la Empresa manifiesta una serie de argumentos en orden a desvirtuar la clasificación de la infracción como grave, en virtud del artículo 36, numeral 2, letra e) de la LO-SMA, según se verá a continuación:

247. Como primer argumento, la Empresa expone que *“las exigencias que la Reformulación de Cargos estima infringidas en este cargo constituyen supuestos de incumplimiento de la normativa ambiental aplicable al proyecto, y no medidas para hacerse cargo de los efectos del mismo.”*

248. Al respecto, es posible sostener que respecto de las obras contenidas en el proyecto sometido a evaluación ambiental, se encontraban una serie de actividades en las que, dado el emplazamiento de las mismas, resultaba necesario establecer obligaciones específicas para el resguardo de hallazgos no previstos. En efecto, el sector asociado al Castillo San Sebastián de la Cruz, ha manifestado un continuo de procesos asociados a los distintos momentos de ocupación (construcción del Castillo de San Sebastián de la Cruz, ampliación del fuerte, abandono, ocupación alemanda del sector costero, industria siderúrgica, entre otros), lo que fue identificado en el propio levantamiento arqueológico presentado durante la evaluación ambiental del proyecto<sup>19</sup>. A su turno el CMN expone que *“esta secuencia de ocupaciones forma parte del proceso de formación del sitio arqueológico, cuyos restos materiales y ruinas que se evidencia en el área del presente proyecto constituyen la evidencia material de las distintas actividades desarrolladas en ese espacio a lo largo del tiempo.”*<sup>20</sup>

249. Más aún, el propio Anexo C de la DIA, establece en relación a los hallazgos subacuáticos, una serie de recomendaciones, dividiendo estas en dos grupos: las asociadas a los Componentes 1, 2 y 3 (elementos y rasgos arqueológicos depositados sobre el fondo marino, identificados a partir de la inspección arqueológica subacuática realizada en el área de influencia del Proyecto<sup>21</sup>) y las correspondientes a hallazgos no previstos. Respecto a esta última, el documento de referencia indica: *“Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda al Titular del Proyecto informar debidamente a los contratistas que lleven adelante los trabajos de construcción de las obras marítimas la obligación de notificar inmediatamente cualquier hallazgo registrado durante las faenas de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 26º y 27º de la Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y en los artículos 20º y 23º de su Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas. Ante dicha eventualidad, el Titular deberá notificar por escrito al Consejo de Monumentos Nacionales, para que este organismo disponga los procedimientos que estime pertinentes.”*<sup>22</sup>

250. Por último, el alcance del Plan ISIMAR presentado por la Empresa y validado por el CMN, corresponde a un *“plan de acción y procedimientos previamente definidos con el objetivo de prevenir el impacto sobre los elementos patrimoniales terrestres y subacuáticos conocidos y/o potenciales hallazgos no previstos durante la*

<sup>19</sup> Anexo C – Levantamiento Arqueológico, DIA proyecto “Obras de protección costera Fuerte Corral y Plaza de Armas”. Página 21 y ss.

<sup>20</sup> Ordinario CMN N° 6190, de 27 de diciembre de 2017, por el que se responde solicitud de pronunciamiento respecto a la clasificación de la infracción en el proceso sancionatorio Rol D-067-2017.

<sup>21</sup> Anexo C – Levantamiento Arqueológico, DIA proyecto “Obras de protección costera Fuerte Corral y Plaza de Armas”. Página 90.

<sup>22</sup> Ibidem. Página 103.

*fase de construcción del Proyecto*”, estableciendo un Plan de Contingencia específico a aplicarse frente a la aparición de este tipo de hallazgos.

251. En base a lo anterior, es posible sostener que la normativa que se imputó como infringida, tiene un carácter orientado a abordar efectos adversos derivados de las actividades del proyecto específico, por lo que el argumento de la Empresa será desestimado.

252. Luego, como segundo argumento, la Empresa expone que *“el cumplimiento de la notificación al CMN de hallazgos no previstos de piezas u objetos que revisten la característica de arqueológicos en ningún caso representa un incumplimiento “grave” a las normas de protección del componente arqueológico”*. Adicionalmente, agrega que no se cumplirían los criterios para determinar la gravedad en base al artículo 36.2.e de la LO-SMA. Así, respecto al criterio de relevancia o centralidad de la medida, expone que *“la normativa que se estima infringida no se establece en función de un efecto determinado, sino que se trata de una norma general aplicable a todos los proyectos que se someten al SEIA ante la eventualidad de detectar hallazgos de carácter arqueológico. [...] Por otro lado, si se quisiera determinar la relevancia o centralidad de la exigencia, ésta debiera examinarse, al menos, en relación a todas las exigencias asociadas al componente arqueológico. Sin pretender reproducir el listado de las mismas, basta señalar que estas medidas se orientan a minimizar el área de intervención, optimizar la gestión ambiental interna de contratistas y sus trabajadores, y resguardar el testimonio arqueológico, como la información y la documentación contextual generada a partir de los hallazgos no previstos. En este contexto, el cumplimiento de la normativa que se estima infringida y las acciones que gatilla es una de las acciones destinadas a proteger el componente arqueológico.”* Luego, agrega que en cuanto a la permanencia en el tiempo, expone que ha *“efectuado esfuerzos por resguardar el contexto del patrimonio arqueológico, en términos de recabar todos los antecedentes necesarios de los hallazgos no previstos”*, agregando que las gestiones arqueológicas desplegadas habría posibilitado que el material no padezca una pérdida irreversible de su información histórico-cultural, dando cuenta de las acciones emprendidas, entre las que se encontrarían las siguientes: contratación de personal calificado para vigilar los hallazgos descubiertos, los informes de monitoreo arqueológico producidos, las respuestas generadas a las observaciones efectuadas por el CMN y comunicaciones efectuadas con el CMN, e implementación de una bodega provisoria para el almacenamiento de los materiales arqueológicos recolectados.

253. Al respecto, en relación a la **centralidad de la medida**, como ya fue expuesto previamente, durante la evaluación del Proyecto se estableció específicamente una medida orientada a hacerse cargo de los efectos adversos derivados del proyecto, en relación a los hallazgos no previstos identificados durante la ejecución del mismo, por lo que dista de ser una mera norma de referencia como pudiera ocurrir en otro tipo de proyectos sometidos al SEIA. En el caso concreto, la centralidad viene dada precisamente a la alta probabilidad de que, con ocasión de las actividades del proyecto pudieran surgir hallazgos no identificados durante la etapa de levantamiento de la línea base del proyecto, por el propio emplazamiento del mismo. Luego, en cuanto a la afirmación de la Empresa que la medida incumplida debería examinarse en relación con *“todas las exigencias al componente arqueológico”* a fin de determinar su centralidad, cabe advertir que no resulta efectivo, en cuanto la propia evaluación ambiental estableció obligaciones diferenciadas en relación a cada elemento, estructura o rasgo patrimonial en atención a si eran: Monumento Histórico, Componentes identificados durante la línea base del proyecto distintos al MH y hallazgos no previstos. En concreto, el aviso al CMN a fin que este determinara la forma de proceder frente a los mismos, resultaba del todo relevante para resguardar el testimonio arqueológico, como la información y la documentación contextual generada a partir de los hallazgos no previstos. De este modo, es posible sostener la centralidad de la medida en comento, desestimándose los argumentos planteados por la Empresa.

254. En relación a la **permanencia en el tiempo del incumplimiento**, la Empresa da cuenta de las acciones desplegadas que habrían posibilitado que no se produjera una pérdida irreversible de la información histórico-cultural. Al respecto, se advierte que el criterio que se ha asentado por esta Superintendencia, consiste en que para poder aplicar la calificación de gravedad establecida en el artículo 36.2.e de la LO-SMA, no es necesaria la concurrencia de efectos<sup>23</sup>. Esto sin perjuicio de que la constatación de efectos sirve de base para la aplicación de las otras hipótesis para el establecimiento de la gravedad de la infracción, contenidas en el art. 36 o ponderar las circunstancias descritas en el art. 40 de la LO-SMA. Este criterio ha sido confirmado por el Ilte. Tercer Tribunal Ambiental, con fecha 5 de febrero de 2016: “[...] las medidas preventivas destinadas a eliminar o minimizar los ‘efectos adversos’, se incumplen necesariamente cuando es posible constatar la ausencia de aquellas, y no necesariamente con la concurrencia de los hechos que se pretendían minimizar o eliminar. Por lo expresado, asimilar el concepto ‘efectos adversos’, con los de ‘daño ambiental’ o ‘daños’ -estos últimos correspondientes a presupuestos de un sistema jurídico represivo- confunde y desvirtúa el objetivo de la norma”<sup>24</sup>. En atención a lo anterior, las acciones emprendidas por la Empresa en relación con la instalación de una bodega provisoria acondicionada (en agosto de 2017) y las gestiones coordinadas con el CMN a través de correo electrónico (en mayo de 2017), a fin de evitar la pérdida irreversible del patrimonio cultural, podrán ser consideradas en relación a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, sin que tengan mérito para cuestionar la clasificación de la infracción como grave.

255. Luego, en relación a esta infracción el CMN expone que fue “una práctica implementada de manera persistente durante las labores de monitoreo ejecutados entre los meses de octubre de 2016 y marzo de 2017”<sup>25</sup>, lo que se funda en el análisis de los informes de seguimiento ambiental remitidos por la Empresa. En efecto, el Informe de Seguimiento Ambiental de agosto de 2017, se expuso que la mayor parte de los elementos relacionados con este cargo fueron encontrados entre el 06 de enero de 2017 y el 20 de marzo de 2017, según lo expuesto en su Anexo 2; a su turno, en el Informe de Seguimiento ambiental de octubre de 2016 a enero de 2017, se da cuenta que los hallazgos no previstos identificados como NCA-1 y NCA-2, y NCA-3, fueron identificados antes del inicio de las obras de construcción y con fecha 23 de noviembre de 2016, respectivamente.

256. Así las cosas, desde las etapas tempranas de ejecución del proyecto y hasta el momento en que fueron constatadas las infracciones, los hechos constitutivos de la misma acaecieron sucesivamente, respecto de cerca de 300 hallazgos no previstos, sin que la Empresa notificara al CMN en los términos establecidos en la evaluación ambiental. Lo anterior además, permite sostener un bajo **grado de implementación de esta medida**, máxime en cuanto no existen antecedentes que permitan sostener que durante el período en que se produjo la infracción imputada, se hubieran registrado otros hallazgos no previstos respecto de los que la Empresa si hubiera cumplido con la medida de dar avisos al CMN.

257. En razón de todo lo expresado, es posible confirmar la clasificación de la gravedad propuesta, esto es, grave, por concurrir los presupuestos desarrollados por esta Superintendencia para la clasificación establecida en el artículo 36, numeral 2, letra e), de la LO-SMA.

<sup>23</sup> Dicho criterio ha sido recogido por la SMA, en la Res. Ex. 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., como también en la Res. Ex. 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. Ver a su vez, Res. Ex. N° 1.111, de fecha 30 de noviembre de 2016, que resuelve procedimiento sancionatorio seguido en contra de Compañía Contractual Minera Candelaria, procedimiento Rol D-018-2015.

<sup>24</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-15-2015, 5 de febrero de 2016, Eagon Lautaro S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente, Considerando 14°; Sentencia Primer Tribunal Ambiental, Rol R-15-2019, 01 de julio de 2019, Municipalidad de Iquique con Superintendencia del Medio Ambiente, Considerando 149°.

<sup>25</sup> Ordinario CMN N° 4.788/2017.

258. Respecto, al hecho infraccional N° 3 – *Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, en particular las siguientes: a.- Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto; b.- Recuperación selectiva del Componente 3 (...); c.- Excavación estratigráfica en sector de construcción de gradas en Playa La Argolla; d.- Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés; e.- Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6*–, la Empresa manifiesta una serie de argumentos en orden a desvirtuar la clasificación de la infracción como grave, en virtud del artículo 36, numeral 2, letra e) de la LO-SMA, como se verá a continuación.

259. En primer término, cabe recordar que el presente cargo fue configurado parcialmente, al haberse determinado la absolución del sub-hecho infraccional de la letra c), por lo que la clasificación de la gravedad se analizará en relación a los sub-hechos infraccionales sobre los que se determinó la configuración de la infracción.

260. Como primer argumento, la empresa expone que la *“reformulación de los cargos adolece de falta de motivación para sostener la nueva calificación de gravedad que se indica, toda vez que únicamente se señala que los hechos imputados en el presente cargo (...) corresponden a medidas de mitigación, tendientes a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, sin añadir ningún argumento distinto del considerado en la primera formulación de los cargos”*. Al respecto, se debe indicar que no es efectivo que no exista ningún elemento adicional entre la formulación de cargos original y la reformulación de cargos. En efecto, la Res. Ex. N° 4 / Rol D-067-2017, por la cual se reformularon cargos dio cuenta de los antecedentes adicionales remitidos por el CMN, remitidos en base al análisis de los informes de seguimiento ambiental de la Empresa, en los siguientes términos: *“Que, tampoco es posible concluir, en base a la información de seguimiento, que la empresa de manera previa a la ejecución de las obras haya cubierto con geotextil el Muelle Francés; tampoco, que haya efectuado la documentación exhaustiva de los rasgos 1 al 6 en los términos establecidos en la evaluación ambiental (...).”*<sup>26</sup> Lo anterior, determinó que este cargo se ampliara de 3 a 5 sub-hechos infraccionales. Luego, lo que corresponde es analizar si la clasificación de las infracciones imputadas en la reformulación de cargos ha de ser confirmada o modificada en esta propuesta de dictamen, sobre la base de los antecedentes que consten en el presente expediente, y no en base a las diferencias entre la formulación y la reformulación de cargos, por lo que el argumento de la Empresa en este punto será desestimado.

261. Adicionalmente, como segundo argumento, expone que las exigencias relacionadas a los sub-hechos infraccionales, *“dicen relación con medidas específicas para restos arqueológicos determinados que fueran levantados durante el proceso de evaluación ambiental y la determinación de la línea de base, sin tener un alcance general, por lo que no podrían estimarse como centrales.”*

262. Al respecto, como ya fue expresado previamente, el propio Anexo C –de la DIA del proyecto en análisis, determinó acciones específicas para cada tipo de elemento, rasgo y/o componente arqueológico que pudieran haberse visto afectados por las obras del proyecto, las que difirieron en su configuración, amplitud o especificidad, precisamente en base a su tipología: Monumento Histórico, Elementos del Patrimonio Cultural Subacuático (en adelante, “PCS”) identificados durante el levantamiento de Línea Base, y hallazgos no previstos.

263. En concreto, los sub-hechos infraccionales referidos a este cargo, se relacionan con aquellos elementos PCS, según lo descrito en el precitado documento: *“La inspección arqueológica subacuática (...) permitieron identificar tres tipos de*

<sup>26</sup> Considerando N° 40, de la Res. Ex. N° 4 / Rol D-067-2017, de 21 de febrero de 2018

*componentes principales que constituirían Patrimonio Cultural Subacuático (PCS). Cada uno de estos tipos de componentes está conformado por diversos elementos y rasgos arqueológicos depositados sobre el fondo marino.”* Al respecto, identifica el Componente 1, entre los que se encuentran los Rasgos 1, 2, 4, 5 y 6 (que se encuentran asociados a los sub-hechos infraccionales a. y e.); Componente 2, representado fundamentalmente por los restos materiales industriales del Muelle Francés, y 3 rieles de ferrocarril<sup>27</sup> (por lo que se encuentra relacionado con los sub-hechos infraccionales d. y e.); y, el Componente 3, que corresponde a material arqueológico colonial disperso (que se relaciona con el sub-hecho infraccional b).

264. Al respecto, es posible sostener que todos los sub-hechos infraccionales respecto de los que se logró determinar la configuración de la infracción, se relacionan con medidas que, analizadas y ponderadas en su conjunto, **detentan un carácter central** en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, respecto a elementos del Patrimonio Cultural Subacuático identificados durante la evaluación ambiental del proyecto, por lo que el argumento de la Empresa en este punto, será desestimado.

265. Luego, en relación a la **permanencia en el tiempo del incumplimiento** y el **grado de implementación de la medida**, la empresa expone que al momento de la presentación de sus descargos sólo quedaría pendiente cubrir con geotextil el muelle francés, habiéndose ejecutado las otras actividades. Al respecto, cabe advertir que las acciones emprendidas con posterioridad a la los hechos que determinaron la imputación de la infracción, serán ponderadas a propósito de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, sin que tengan mérito para variar el análisis que se realiza respecto a la clasificación de la infracción.

266. Más aún, en el caso concreto las exigencias cuya configuración pudo ser determinada, establecían en un período preciso para ser ejecutadas, en atención a que el desarrollo de las obras podían generar efectos adversos respecto de los elementos que estas buscaban resguardar, por lo que al incumplirse se releva la centralidad de la medida como criterio para confirmar la clasificación de la gravedad propuesta, esto es, grave, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 36, numeral 2, letra e), de la LO-SMA.

267. Respecto, al **hecho infraccional N° 4 –Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA–**, se advierte que no existen antecedentes en el presente procedimiento sancionatorio, que permitan sostener la concurrencia de las hipótesis establecidas en el artículo 36 N° 1 y N° 2 de la LO-SMA, por lo que se mantendrá la clasificación de leve propuesta en la Reformulación de Cargos.

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

268. 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.*

<sup>27</sup> Al respecto, el plano 85-11188-G105- Planta General Ubicación Rasgos Arqueológicos, adjunto al Anexo C de la DIA, identifica el Rasgo 3, como “Poste Riel”

- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*
- e) *La conducta anterior del infractor.*
- f) *La capacidad económica del infractor.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*<sup>28</sup>.

269. Para orientar la ponderación de estas circunstancias, mediante la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, se aprobaron las bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales- Actualización (en adelante, “Bases Metodológicas”), la que fue publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 2018.

270. En este documento, además de guiar la forma de aplicación de cada una de estas circunstancias, se establece para las sanciones pecuniarias una adición entre un componente que representa (a) el beneficio económico derivado directamente de la infracción y otro denominado (b) componente de afectación. Este último se calculará con base al valor de seriedad asociado a cada infracción, el que considera la importancia o seriedad de la afectación que el incumplimiento ha generado, por una parte, y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, por la otra. El componente de afectación se ajustará de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución, considerando también el factor relativo al tamaño económico de la empresa.

271. En este sentido, se procederá a realizar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, separando el análisis en el beneficio económico, y componente de afectación.

272. Así, se pasará a analizar cada una de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA y su aplicación en el caso específico, de acuerdo al orden metodológico señalado. Dentro de este análisis, se exceptuarán los literales g) y h), e i) –en lo que refiere a la presentación de autodenuncia– del artículo precitado, puesto que en el presente caso el Programa de Cumplimiento presentado fue rechazado, en tanto el sector en que se emplazan las actividades del proyecto, como los alcances de las infracciones no implican la afectación de un área silvestre protegida del Estado; y, por no haber mediado autodenuncia.

- a) **Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (artículo 40 letra c) de la LOSMA).**

273. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción debe ser analizado para cada cargo, partiendo en primer término por la identificación de su origen, es decir, si fue originado por el retraso o por el completo ahorro de costos, u originado a partir de un aumento de ingresos con motivo de la infracción. Estos costos o

<sup>28</sup> En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.

ingresos deben ser cuantificados, debiendo además configurarse los escenarios de cumplimiento –escenario hipotético, en el cual no se hubiera verificado la infracción– e incumplimiento –situación real, en la cual se configura la infracción–, identificado las fechas o periodos específicos, constatados o estimados que definen a cada uno. Con tales antecedentes, es posible valorizar la magnitud del beneficio económico obtenido por motivo de la infracción, a partir del modelo de estimación que es utilizado por la SMA para tales fines, el cual se encuentra explicado en las Bases Metodológicas.

274. Para los cargos analizados se consideró, para efectos de la estimación, una fecha de pago de multa al 25 de noviembre de 2019 y una tasa de descuento de un 9,9%, estimada en base a información financiera de la empresa, parámetros de referencia generales de mercado e información de referencia del sector de ingeniería y construcción. Por último, cabe señalar que los valores en UTA que se presentan a continuación, se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de noviembre de 2019.

275. Para la **infracción del cargo N° 1 –No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz–**, el análisis se efectuará en relación a cada sub-hecho infraccional.

276. En relación al sub hecho infraccional 1.a – *Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1*– se considera que no existe beneficio económico debido a que no existen ganancias ilícitas ni costos retrasados o evitados, dado que la infracción imputada se relaciona con una medida considerada en la evaluación ambiental (principio de mínima intervención y no dañar el Monumento Histórico), que no contempla la ejecución de acciones materiales no realizadas por parte del infractor en el sector contiguo al túnel en que se produjo la afectación de las fundaciones del Monumento Histórico.

277. En relación al sub hecho infraccional 1.b – *Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno*– se considera que en un escenario de cumplimiento, la empresa habría incurrido en el costo de: (1) la obtención de PAS correspondiente –N°75– el día 25 de octubre de 2016, (2) los estudios de remoción de cuñas el día 25 de octubre de 2016, con un costo asociado de \$3.342.393<sup>(29)</sup>, y (3) actividades de remoción de cuñas el día 25 de octubre de 2016, con un costo asociado de \$1.487.737<sup>(30)</sup>, cumpliéndose así con los fines que persigue la remoción de las cuñas previo al inicio de ejecución de las obras. En este contexto, es posible determinar un costo que el titular no habría desembolsado oportunamente consistente en la obtención del PAS correspondiente, la realización de los estudios y ejecución de las actividades para realizar la remoción de cuñas previo al inicio de ejecución de las obras. Por su parte, el escenario de incumplimiento queda determinado por: (1) haber obtenido tal PAS –N° 75 –, en donde para los efectos de este análisis, no se considera como un costo retrasado para el presente hecho infraccional, dado que este costo se encuentra subsumido en el estudio que habría realizado para obtenerlo, y que se consigna en el siguiente numeral; (2) el haber realizado el estudio el 15 de noviembre de 2017<sup>(31)</sup>; y, (3) el no haber realizado la remoción de cuñas hasta la fecha estimativa de pago de multa. En consecuencia, es posible determinar un costo retrasado para este sub-hecho infraccional.

278. En relación al sub hecho infraccional 1.c –*No contar con supervisión permanente de arqueólogo (...)*–, se considera que no existe beneficio

<sup>29</sup> Anexo 4, Respuestas a Res. Ex. 15 / Rol D-067-2017 "01 APU – Retiro Cuñas", correspondiente a asesores externos.

<sup>30</sup> Anexo 4, Respuestas a Res. Ex. 15 / Rol D-067-2017 "01 APU – Retiro Cuñas", correspondientes a materiales, mano de obra y maquinaria y equipos.

<sup>31</sup> Según Factura Electrónica N°1 de Aguatierra Paisajismo y Construcción Limitada (Anexo 4, Respuestas a Res. Ex. 15 / Rol D-067-2017 "05 Facturas Recibidas").

económico debido a que no existen ganancias ilícitas, ni costos retrasados o evitados, dado que la infracción se relaciona con una medida de gestión que tiene que ver con las tareas específicas encomendadas a la arqueóloga de la obra mientras se desarrollaban las actividades de escarpe, limpieza y/o excavación, o bien, con la no realización de estas actividades cuando la arqueóloga no estaba presente en las obras por cualquier motivo.

279. En conclusión, el beneficio económico del Cargo N° 1, queda determinado por la sumatoria de los costos retrasados de (1) la elaboración de estudios para la evaluación de la estabilidad de las cuñas desde el 25 de octubre de 2016, hasta el 15 de noviembre de 2017; y, (2) las actividades de remoción de cuñas desde el 25 de octubre de 2016, hasta el 25 de noviembre de 2019.

280. Para el **cargo N° 2 –Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos indicados en la tabla N°2 de la presente resolución, sin haber notificado al Consejo de Monumentos Nacionales, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas (...)**–, se considera que en un escenario de cumplimiento, la Empresa habría incurrido como mínimo en el costo de la implementación de una bodega con sellado hermético y sistema de control de temperatura y humedad para la conservación de los hallazgos arqueológicos desde octubre de 2016<sup>32</sup>; con un costo asociado de \$400.000 compuesto por la instalación de un humidificador –\$130.000<sup>(33)</sup>–, un calefactor –\$54.990<sup>(34)</sup>–, un sistema de control –\$89.990<sup>(35)</sup>–, y la aislación de dicha bodega –\$124.688<sup>(36)</sup>–. Adicionalmente, es presumible que el CMN hubiese requerido una caracterización arqueológica de los mismos, la que podría haberse realizado por la arqueóloga que tenía contratada la Empresa, por lo que no se considerará un costo retrasado respecto de dicha actividad. Por su parte, el escenario de incumplimiento, está determinado por no haber implementado dicha bodega hasta la fecha estimativa del pago de multa.

281. Se considera entonces que el beneficio económico de la **infracción N° 2** corresponde a un costo retrasado de la implementación de la bodega desde la fecha de recolección de los primeros elementos arqueológicos –octubre de 2016 – hasta la fecha del pago de multa –25 de noviembre de 2019–, asumiendo que esta bodega será implementada por el titular. Se reconoce que en este análisis no se integra el costo de operación de la bodega en el escenario de cumplimiento y se trabaja con el supuesto que este costo es marginal.

282. Para el **cargo N° 3 –Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto (...)**– el análisis se efectuará en relación a cada sub–hecho infraccional configurado:

<sup>32</sup> Se precisa que las características de la bodega provisoria indicada en el informe mensual de monitoreo arqueología, del mes de agosto 2017, no cumple con las características mínimas para el almacenamiento adecuado del tipo de hallazgos arqueológicos encontrados.

<sup>33</sup> Cotización Humificador Fecha 30-10-2019. Disponible en sitio web: <[https://www.purificadordeaire.cl/productos/humidificadores-y-deshumidificadores/humificador-de-aire-4-000-cc/?gclid=EAIaIQobChMI0te43dLE5QIVDoKRCh080AzIEAYASABEgL4hfD\\_BwEz](https://www.purificadordeaire.cl/productos/humidificadores-y-deshumidificadores/humificador-de-aire-4-000-cc/?gclid=EAIaIQobChMI0te43dLE5QIVDoKRCh080AzIEAYASABEgL4hfD_BwEz)>, revisado el 30 de octubre de 2019.

<sup>34</sup> Cotización Calefactor Fecha 30-10-2019. Disponible en sitio web: <[https://simple.ripley.cl/calefactor-oleoelectrico-sindelen-heat-digital-eeo-2200dng-2000362778072p?gclid=EAIaIQobChMI3838\\_tLE5QIVYORCh2\\_wQR\\_EAYASABEgIMF\\_D\\_BwEz](https://simple.ripley.cl/calefactor-oleoelectrico-sindelen-heat-digital-eeo-2200dng-2000362778072p?gclid=EAIaIQobChMI3838_tLE5QIVYORCh2_wQR_EAYASABEgIMF_D_BwEz)>, revisado el 30 de octubre de 2019.

<sup>35</sup> Cotización Sistema de Control Fecha 30-10-2019. Disponible en sitio web: <[https://simple.ripley.cl/calefactor-oleoelectrico-sindelen-heat-digital-eeo-2200dng-2000362778072p?gclid=EAIaIQobChMI3838\\_tLE5QIVYORCh2\\_wQR\\_EAYASABEgIMF\\_D\\_BwEz](https://simple.ripley.cl/calefactor-oleoelectrico-sindelen-heat-digital-eeo-2200dng-2000362778072p?gclid=EAIaIQobChMI3838_tLE5QIVYORCh2_wQR_EAYASABEgIMF_D_BwEz)>, revisado el 30 de octubre de 2019.

<sup>36</sup> Corresponde a un costo estimado en relación a una bodega de dimensiones de 6 m (largo) x 6 m (ancho) x 2.5 m (alto), la cual se recubre con lana de vidrio de 50 mm, cotizada en fecha 30-10-2019. Disponible en sitio web: <[https://www.triplee.cl/rollo-lana-de-vidrio-aislante-06x24-mts-2269.html?cmp\\_id=6525841371&adg\\_id=82112294327&kwid=&device=c&gclid=EAIaIQobChMIpf3judbE5QIViSRCh2XA\\_QNrEAYASABEgIz6vD\\_BwEz](https://www.triplee.cl/rollo-lana-de-vidrio-aislante-06x24-mts-2269.html?cmp_id=6525841371&adg_id=82112294327&kwid=&device=c&gclid=EAIaIQobChMIpf3judbE5QIViSRCh2XA_QNrEAYASABEgIz6vD_BwEz)>, revisado el 30 de octubre de 2019.

283. En relación al sub hecho infraccional 3.a – *Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto*–, se considera que en un escenario de cumplimiento, la empresa habría incurrido en el costo del traslado del rasgo 4 el día 1° de febrero de 2017, siendo esta la fecha previa a iniciar trabajo de pasarela N°2, con un costo asociado a un monto de \$10.000.000<sup>(37)</sup>, cumpliéndose así con los fines que persigue el traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela N°2. Por su parte, el escenario de incumplimiento, queda determinado por haber realizado el traslado del rasgo 4 de manera posterior a la construcción del enrocado de la pasarela N°2, con fecha 29 de marzo de 2017, existiendo, por tanto, un costo retrasado desde el día 1° de febrero de 2017, hasta el 29 de marzo de 2017.

284. En relación al sub hecho infraccional 3.b – *Recuperación selectiva del Componente 3 (...)*–, se considera que en un escenario de cumplimiento, la empresa habría incurrido en el costo de la recuperación del Componente 3, el día 25 de octubre de 2016, siendo esta la fecha previa al inicio de construcción del proyecto, con un costo estimado de \$2.500.000<sup>(38)</sup>, cumpliéndose así con los fines que persigue la recuperación selectiva del componente 3; asimismo, el escenario de incumplimiento, consiste en no haber realizado la recuperación selectiva del componente hasta la fecha estimativa de pago de multa –25 de noviembre de 2019–. Corresponde, por tanto considerar un costo retrasado desde el 25 de octubre del 2016, al 25 de noviembre de 2019.

285. En relación al sub hecho infraccional 3.d – *Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés*–, cabe precisar que se ha considerado dos sectores del muelle francés en que debía cubrir con geotextil antes del inicio de ejecución de las obras del proyecto: a) 740 m<sup>2</sup>, en donde la Empresa expone que se realizaron obras del proyecto, respecto del cual no resulta posible dar cumplimiento a la obligación por haberse intervenido dicho sector; y, b) 59 m<sup>2</sup>, que corresponde a un sector del muelle francés donde aún existen obras pendientes, y donde es posible aún instalar el geotextil a fin de dar cumplimiento extemporáneo a la obligación ambiental. En base a lo anterior, se considera que en un escenario de cumplimiento, la empresa habría incurrido en el costo de: (1) haber obtenido el PAS correspondiente con fecha 25 de octubre de 2016, (2) la instalación de 59 m<sup>2</sup> de geotextil, correspondientes a los señalados en el “informe antecedentes aclaraciones área influencia del proyecto, sector muelle francés”<sup>39</sup>, en el área ejecutada de manera previa al inicio de las obras del proyecto –el día 25 de octubre de 2016–, con un costo asociado de \$9.580.129 relacionados a: los gastos de (2.1) compra de 59 m<sup>2</sup> de geotextil –\$74.537<sup>(40)</sup>–, (2.2) contratación de dos jornales para realización de un día de trabajo –\$47.570– y (2.3) asesoría externa arqueológica –\$9.458.023–; y, (3) la instalación de 740 m<sup>2</sup> de geotextil en el área de obras ejecutadas, de manera previa al inicio de las obras del proyecto con un costo estimado de un monto de \$4.684.182 asociado a (3.1) compra de 740 m<sup>2</sup> geotextil de –\$934.867<sup>(41)</sup>–, (3.2) contratación de dos jornales para realización de 13 días de trabajo –\$596.641– y (3.3) asesoría externa arqueológica de metodología de instalación de geotextil para los 740 m<sup>2</sup> –\$3.152.674<sup>(42)</sup>–. En base a lo anterior, el escenario de incumplimiento, está determinado por no

<sup>37</sup> Acción N°21 del PdC Refundido, de 31 de mayo de 2018.

<sup>38</sup> Valor mensual de realización de recuperación selectiva durante los días 15 y 20 de diciembre del 2016, según Presentación de Programa de Cumplimiento de 26 de septiembre de 2017 –Acción N°19–.

<sup>39</sup> Cfr. Anexo 5, Respuesta a Res. Ex. 15 / Rol D-067-2017.

<sup>40</sup> Según cantidad de m<sup>2</sup> en relación a orden de Compra N° X146-460, Anexo 6 Respuestas a Res. Ex. 15. “02 respaldo costo muelle francés”.

<sup>41</sup> Según cantidad de m<sup>2</sup> en relación a orden de Compra N° X146-460, Anexo 6 Respuestas a Res. Ex. 15. “02 respaldo costo muelle francés”.

<sup>42</sup> Considerada como la tercera parte del costo de asesores externos del Anexo 6 Respuestas a Res. Ex. 15 / Rol D-067-2017, “01 APU recubrimiento muelle Francés”, dado que se reduce la asesoría a un solo objetivo de determinación de metodología de instalación de geotextil en 740 m<sup>2</sup>, en donde se establece que no existe necesidad de replicar levantamiento de información en relación a objetivos correspondientes a (1) “Informe de Planimetría Superposición MF agosto 2018” y (2) “Informe antecedentes aclaraciones área influencia muelle francés”.

haber realizado el recubrimiento de 59 m<sup>2</sup> de geotextil de manera anterior al inicio de ejecución de obras, por lo que se considera como un costo que se incurrirá en la fecha estimativa de pago de multa, siendo por tanto un costo retrasado; mientras el costo de no haber instalado el geotextil en un área de 740 m<sup>2</sup>, ya no puede desarrollarse, por haberse ejecutado obras en ese sector, sin haber instalado el geotextil de manera previa, siendo por tanto un costo evitado.

286. En relación al sub hecho infraccional 3.e – *Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6*–, se considera que en un escenario de cumplimiento, la empresa habría incurrido en el costo de la documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, el día 25 de octubre de 2016, siendo esta la fecha previa a inicios del proyecto, con un costo asociado a un monto de \$5.000.000<sup>(43)</sup>, cumpliéndose así con los fines que persigue la documentación exhaustiva de los rasgos, asimismo, atendido el escenario de incumplimiento, el no haber realizado la documentación exhaustiva de los rasgos de manera previa al inicio de obras del proyecto, de manera que este fue realizado de manera posterior, con fecha 15 de diciembre de 2016. Por tanto, el beneficio económico de este sub-hecho infraccional corresponde a un costo retrasado desde el 25 de octubre del 2016, hasta el 15 de diciembre del 2016.

287. Por tanto, el beneficio económico asociado a este cargo quedaría compuesto por un costo retrasado del traslado del rasgo 4 desde el 1° de febrero de 2017 hasta el 29 de marzo de 2017; un costo retrasado de la recuperación del componente 3, desde el 25 de octubre de 2016, hasta la fecha de pago de multa; un costo retrasado de instalación de geotextil en área de 59 m<sup>2</sup> desde el 25 de octubre 2016, hasta fecha de pago de multa; un costo evitado de instalación de geotextil de 740 m<sup>2</sup>, con fecha 25 de octubre de 2016; y, finalmente, un costo retrasado de la documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 desde el día 25 de octubre de 2016, hasta el día 15 de diciembre de 2016.

288. Para la infracción del cargo N° 4 –*Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA) (...)*–, se considera que en un escenario de cumplimiento, la empresa habría incurrido en el costo de tramitación de los PAS sectoriales correspondientes a los actuales 131, 132 y 133 de manera previa al inicio de las obras del proyecto el día 25 de octubre del 2016, con un costo de (1) \$500.000 para el PAS del artículo 131, (2) \$500.000 para el PAS del artículo 132, y (3) \$500.000 para el PAS del artículo 133<sup>(44)</sup>, cumpliéndose así con los fines que persigue la tramitación previa al inicio de obras de los PAS correspondientes. Por su parte, el escenario de incumplimiento, queda determinado por haber tramitado los PAS de manera posterior al inicio de obras con fechas (1) 21 de agosto de 2017 para el PAS del artículo 75, (2) 2 de febrero de 2017 para el PAS del artículo 76 y, (3) 11 de marzo de 2019 para el PAS del artículo 77.

289. Por tanto, el beneficio económico del cargo 4 estaría compuesto por los costos retrasados de la obtención de los PAS –asesorías y tramitaciones – correspondientes a los artículos 75, 76 y 77 desde el 25 de octubre del 2016 hasta el 21 de agosto de 2017, 2 de febrero de 2017 y 11 de marzo de 2019, respectivamente.

#### Tabla N° 4 – Determinación Beneficio Económico

<sup>43</sup> Acción N°26 del PdC Refundido, de 31 de mayo de 2018.

<sup>44</sup> Homologación de monto asociado a “Asesoría Ambiental y Tramitación de PAS” en el marco de los “Costos asociados a la obtención del permiso sectorial contemplado en el artículo 90 del D.S N°95/2001, del MINSEGPRES” del Informe Entrega de Información de Viña Saavedra Limitada. Procedimiento sancionatorio ROL D-098-2018. Al respecto, se procedió a una homologación en tanto el costo indicado en el PdC refundido, de 31 de mayo de 2018, no resulta plausible (según acción 28, \$100.000 para los 3) en atención a la necesidad de contratar personal especializado y eventual desarrollo de estudios para su tramitación.

#	Hecho constitutivo de infracción	Costo o ganancia que origina el beneficio	Fecha/período incumplimiento	Beneficio Económico (UTA)
1	<p><b>No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones: No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones:</b></p> <p><b>a) Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1, según se constata, por un lado, en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio, ambos de 2017 y, por otro, según se indicó en el informe de junio de 2017, anexo 3, cargado al sistema de seguimiento SMA por la empresa.</b></p> <p><b>b) Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno, según se constata en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio de 2017.</b></p> <p><b>c) No contar con supervisión permanente de arqueólogo, según se constata en la inspección de 6 de abril de 2017.</b></p>	Costo retrasado de elaboración de estudios para la evaluación de la estabilidad de cuñas.	Octubre 2016 – noviembre 2017.	1
		Costo retrasado de remoción de cuñas.	Octubre 2016 – noviembre 2019.	
2	<p><b>Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos indicados en la tabla N°2 de la presente resolución, sin haber notificado al Consejo de Monumentos Nacionales, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas, según se constató por un lado en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio de 2017, y por otro, en los informes cargados por la empresa al sistema de seguimiento SMA.</b></p>	Costo retrasado por implementación de Bodega.	Octubre 2016 – noviembre 2019.	1
3	<p><b>Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, en particular las siguientes:</b></p> <p><b>a.- Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto.</b></p> <p><b>b.- Recuperación selectiva del Componente 3, según se indicó en el</b></p>	Costo retrasado por traslado de Rasgo 4.	Febrero 2017 – marzo 2017.	12
		Costo retrasado por Recuperación Selectiva del Componente 3.	Octubre 2016 – noviembre 2019	
		Costo retrasado por instalación de geotextil en área ejecutada de 59 m <sup>2</sup>	Octubre 2016 – noviembre 2019.	
		Costo evitado de instalación de geotextil en área	Octubre 2016.	

	anexo C de la Declaración de Impacto Ambiental.	no ejecutada de 740 m <sup>2</sup> .		
	d.- Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés. e.- Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6.	Coste Retrasado por Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6.	Octubre 2016 – diciembre 2016.	
4	Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA) según se constató, por un lado, en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio, ambas de 2017, y por otro, en los informes cargados por la empresa al sistema de seguimiento SMA.	Costo retrasado de obtención de PAS correspondiente al artículo 75 del D.S. N°95/2012 MMA.	Octubre 2016 – agosto 2017	1
		Costo retrasado de obtención de PAS correspondiente al artículo 76 del D.S. N°95/2012 MMA.	Octubre 2016 – febrero 2017	
		Costo retrasado de obtención de PAS correspondiente al artículo 77 del D.S. N°95/2012 MMA.	Octubre 2016 – marzo 2019	

Fte: Elaboración propia.

## B) Componente de afectación.

290. Este componente se basa en el valor de seriedad, ajustado de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución que concurren en el caso.

### b.1) Valor de seriedad

291. El valor de seriedad se calcula a través de la determinación de la seriedad del hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente, de acuerdo a la combinación del nivel de seriedad de los efectos de la infracción en el medio ambiente o la salud de las personas, y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar cada una de las circunstancias que constituyen este valor, excluyendo la letra h), según se expresó previamente.

#### b.1.1) Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a).

292. La circunstancia correspondiente a la importancia del daño o del peligro ocasionado, tal como se señala en las Bases Metodológicas, se considerará en todos los casos en que se constate elementos o circunstancias de hecho del tipo negativos –ya sea por afectaciones efectivamente ocurridas o potenciales– sobre el medio ambiente o la salud de las personas.

293. Es importante destacar que el concepto de daño al que alude esta circunstancia, es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2°, letra e), de la Ley N° 19.300, referido también en los numerales 1, letra a), y 2, letra a), del artículo 36 de la LO-SMA. De esta forma, su ponderación procederá siempre que se genera un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de daño ambiental.

294. Por otro lado, el concepto de *peligro* se refiere a 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 el concepto de daño es la manifestación cierta del peligro. Ahora bien, la expresión "*importancia*" alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción, que determinará la aplicación de sanciones más o menos intensas.

295. A continuación, se analizará la concurrencia de la circunstancia objeto de análisis para cada una de las infracciones configuradas, teniendo en consideración las alegaciones realizadas por la Empresa a este respecto:

296. Respecto, al **hecho infraccional N° 1** –*No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones: a) Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1 (...) b) Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno (...) c) No contar con supervisión permanente de arqueólogo (...)*– se analizará según los sub-hechos infraccionales abarcados por este.

297. En cuanto al sub-hecho infraccional a), consta en el procedimiento el análisis realizado por el CMN, que es el organismo sectorial con competencias específicas sobre la componente arqueológica. Así, se constató en inspección de 06 de abril de 2017, la afectación de las fundaciones originales del muro con ocasión de la infracción (en una superficie aproximada de 320x20 cms), pudiendo observarse en los alrededores restos de ladrillos anaranjados correspondientes a las fundaciones originales del muro histórico, sin que pudiera observarse la totalidad de la magnitud del daño debido a que la excavación se encontraba inundada de agua. A su turno, en la actividad de inspección desarrollada por esta SMA, de 19 de julio de 2017, se pudo identificar que "*[e]n el borde superficial, en la primera fila de dicho muro, se pudo constatar erosión mecánica superficial [...]. De dicho basamento se puede observar la primera hilera de ladrillos con erosión. Las siguientes hileras más abajo no fue posible constatar erosión mecánica debido a que la zona estaba inundada y con presencia de sedimento.*"

298. Por su parte, el Informe de Seguimiento Ambiental #59209 - de 21 de junio de 2017. Anexo 3, Informe de Daño Patrimonial, da cuenta que "*Al ir realizando las excavaciones, se evidenciaron las bases de la cortina del muro del castillo generándose daño al Monumento Histórico. Es posible que estos basamentos hayan medido originalmente 2,30 m de largo por 30 cm de ancho, y al menos 2 m de profundidad (más de 20 hileras superpuestas de ladrillos). [...] Al no contar con imágenes de la disposición original del basamento del muro del Monumento Histórico, suponemos que la afectación consistió en el desprendimiento parcial de las primeras 8 hileras de ladrillos (aprox.), las cuales estaban unidas con mortero de pega. [...] En las hileras inferiores, se produjo el raspado de los bordes de sus ladrillos, generándose la erosión del contorno en esta sección de la fundación (en al menos 5 hileras superpuestas)*".

299. A su turno, la Empresa expone en sus descargos que "*la afectación que se produjo a las fundaciones del muro, producto de las labores de excavación, sólo tuvo sólo un carácter superficial y no compromete su estructura*". Agrega que, de acuerdo al informe "Evaluación del estado de conservación actual, diagnóstico de estabilidad estructural y propuesta de conservación", de 2017, "*ninguna de las afectaciones identificadas en el muro (piezas faltantes con causa anterior al proyecto y excoriaciones anteriores y con ocasión del proyecto) comprometen el equilibrio estructural del fuerte, toda vez que se trata de un sector de la fundación que no recibe mayores tensiones, ni algún tipo de carga directa (como consecuencia de encontrarse justo debajo del arco), por lo que no resultan idóneas para comprometer el equilibrio*

*estructural, y consecuentemente, para la conservación de dicho patrimonio histórico.” Adicionalmente, a través de la presentación de 27 de agosto de 2019, la Empresa hace presente que se presentó ante el CMN una actualización del Estudio precitado, el que daría cuenta que “[e]n el tramo de fundación del sector intervenido, se identifican dos indicadores de alteración mecánicas producidos por factores antrópicos y ambientales: piezas faltantes y excoriaciones [...] en relación con las piezas faltantes identificadas, y según registros fotográficos de 1970, es posible observar que en el tramo ya existían en dicha época piezas faltantes, y que el hecho que dichas piezas no se encuentren, no compromete el equilibrio estructural del fuerte [...] En relación con las excoriaciones, el Informe señalado indica que, producto de la acción mecánica de maquinaria de excavación, la desolladura o rasgadura no es superficial, sino que ha implicado fractura y pérdida de partes, pero que la acción de la maquinaria se produjo sobre un volumen donde ya existían piezas faltantes, por lo que la excoriación observada se relaciona a la pérdida de partes, no así a la pérdida de piezas completas, y que según se observó en terreno, las excoriaciones no sobrepasan una profundidad de 15 cm. desde la superficie [...] El informe concluye que, considerando la distribución de cargas de un arco, es posible afirmar que este sector de fundación no recibe mayores tensiones, por lo tanto, se desestima que la alteración sufrida pueda incidir en el equilibrio estructural del fuerte.”*

300. De la prueba contenida en el procedimiento, pueda advertirse que pueden circunscribirse en dos grupos: las evaluaciones preliminares de los efectos producidos en el muro y fundaciones del Monumento Histórico (comprendiendo en esta las Actas de Inspección e Informe de Seguimiento de junio de 2017), y el análisis efectuado por la Consultora Correa + Lampaya en noviembre de 2017 y, complementado en noviembre de 2018, y que se encuentra firmado por Marcos Cárdenas Oyarzún (arquitecto) y Constanza Correa Burrows (Conservadora-Restauradora).

301. En cuanto al análisis realizado por Correa + Lampaya, cabe advertir que sirvieron de base para la elaboración de una propuesta de conservación del Monumento Histórico la que, como ha sido expuesto, se ha ido perfilando de acuerdo a las observaciones del CMN, quien en su Ord. N° 3182, de 17 de junio de 2019, expresó su conformidad con dicha propuesta, solicitando realizar especificaciones sobre la proveniencia de los materiales sedimentarios para relleno a ser usados en el área, posteriormente a la intervención de conservación. En consecuencia, para la determinación del daño o riesgo derivado de este sub-hecho infraccional, se estará principalmente a lo indicado en el Informe “Evaluación del estado de conservación actual, diagnóstico de estabilidad estructural y propuesta de conservación” (en adelante, “Informe Correa”), en tanto contiene un análisis específicamente realizado para dichos efectos, y sobre los que el CMN ha aprobado una propuesta de conservación del Monumento Histórico, sin cuestionar las conclusiones respecto a la entidad de la afectación que describe el Informe Correa.

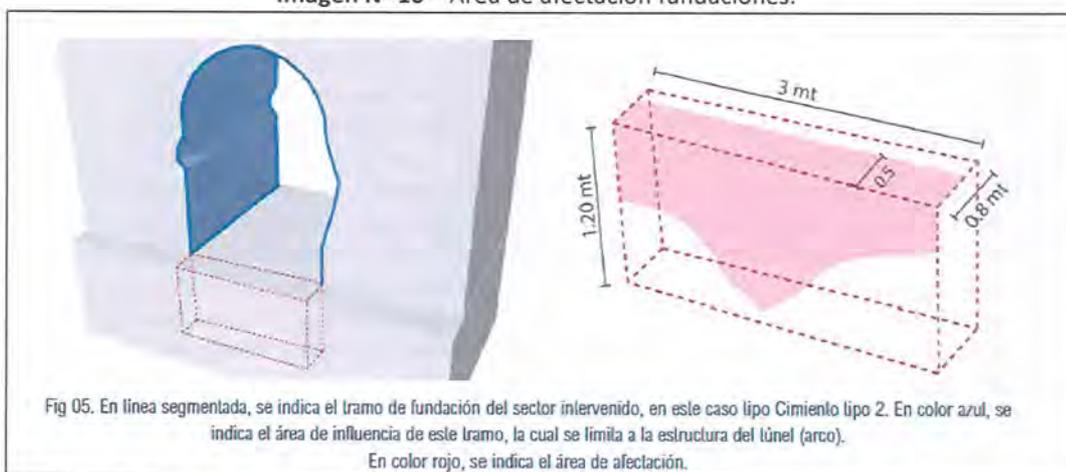
302. Con todo, antes de proceder al análisis de este antecedente, cabe advertir que “[...] la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño que, sin ser considerado por la SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción.”<sup>45</sup> En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean

<sup>45</sup> En este sentido se pronunció el Segundo Tribunal Ambiental en su sentencia del caso Pelambres, considerandos sexagésimo segundo: “Que el concepto de daño utilizado en el literal a) del artículo 40, si bien en algunos casos puede coincidir, no es equivalente al concepto de daño ambiental definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N. 19.300, y como consecuencia de ello, la noción de “peligro” tampoco lo es necesariamente en relación a un daño ambiental. En efecto, el alcance de los citados conceptos debe entenderse como referencia a la simple afectación o peligro ocasionado con la infracción”. Véase también la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en el caso Pampa Camarones, considerando Centésimo decimosexto: “[...] Lo esencial de esta circunstancia, es que a través de ella se determina la relevancia, importancia o alcance del daño, con independencia de que éste sea o no daño ambiental. Ello implica que, aun en aquellos casos en que no concurra daño ambiental como requisito de clasificación conforme al artículo 36 de la LOSMA, la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño que sin ser considerado por la SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción[...].”

o no significativos los efectos ocasionados. Por otra parte, al recoger nuestra legislación un concepto amplio de medioambiente, un daño se puede manifestar también cuando exista afectación a un elemento sociocultural, incluyendo aquellos que incidan en los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, y en el patrimonio cultural, como ocurre respecto al presente sub-hecho infraccional.

303. Así, el Informe Correa, da cuenta que “*el área de fundaciones afectada, abarca una superficie en planta de 1,5 m<sup>2</sup> aproximadamente. Según registro fotográfico anterior a la instalación del dado de hormigón, la profundidad del área de fundaciones afectadas se estima que es de 1,2 mt. Sin embargo, en la visita a terreno –realizada tras la instalación del dado de hormigón– sólo pudo observarse hasta 0,6 mt de profundidad<sup>46</sup>*”, según se da cuenta en las siguientes imágenes.

Imagen N° 16 – Área de afectación fundaciones.



Fte: Informe de Evaluación del Estado de Conservación actual, diagnóstico de estabilidad estructural y propuesta de conservación, Correa + Lampaya, versión 04. Noviembre de 2018.

304. En relación al sector afectado, el Informe precitado plantea que es una zona del fuerte compuesta de tres elementos constructivos: muros de albañilería, fundación corrida sobre la cual descansan los muros y un túnel construido por un sistema de arcos que se encuentra inscrito en un sector del muro. A su turno, expone una descripción de la materialidad de los ladrillos que componen estas estructuras, caracterizándolas por su abundante sistema poroso, y relevando tanto la relación directa entre porosidad y succión capilar, como la disminución de la resistencia mecánica con el aumento de porosidad y del contenido de agua. Agrega que el mortero de unión sería de cal y arena gruesa, los que en general tienen poca cohesión por tratarse de mezclas magras.

305. Luego, el Informe pasa a identificar los indicadores de alteración mecánicos producidos por factores antrópicos y ambientales: piezas faltantes y excoriaciones. En cuanto a las piezas faltantes en el sector, ya se observaban en registros del año 1970 (Libro “Los Castillos Españoles en el Estuario del Río Valdivia”, de 2001). Concretamente, expone que en el sector del túnel hay un recolector de agua que permitiría identificar que los faltantes en ese sector pertenecen a un momento previo al de las obras de SICOMAQ, y en otros sectores del muro, también se advertiría fundaciones expuestas y con diversas piezas de ladrillos faltantes. En base a lo anterior, concluye que “*estas ladrillos faltantes no corresponden a piezas retiradas durante las obras de excavación realizadas en ese punto*”; en cuanto a las excoriaciones –desolladura o rasgadura en la superficial de un material pétreo o

<sup>46</sup> Informe de Evaluación del Estado de Conservación actual, diagnóstico de estabilidad estructural y propuesta de conservación, Correa + Lampaya, Noviembre de 2017.

cerámico, por la acción más o menos violenta de frotamientos o incisiones de carácter antrópicos-, indica que *“la desolladura o rasgadura no es superficial sino que ha implicado fractura y pérdidas de partes; se ha producido por la acción mecánica de maquinaria de excavación [...] la excoiación observada se relaciona a la pérdida de partes, no así a la pérdida de piezas completas. [...] La zona excoiada se localiza en la cara superior y en la cara frontal del sector de fundación evaluado. En la cara superior la maquinaria actuó sobre una zona donde ya existían faltantes; en cara frontal, la maquinaria actuó en una zona donde el muro se encontraba íntegro [...] Según se observó en terreno las excoiaciones no sobrepasan una profundidad de 15 cm. desde la superficie [...] las piezas contiguas a los ladrillos excoiados no presentan signos de desprendimiento u otro tipo de alteraciones. La línea de fractura es bastante limpia y no se aprecia compromiso de la fundación más allá de las piezas afectadas.”*

306. Por otra parte, presenta un diagnóstico de estabilidad estructural de la zona afectada. En cuanto al arco, expone que *“el sector de la fundación afectado (...) se encuentra precisamente entre los dos puntos de apoyo del arco en que se inicia el túnel. Considerando lo anteriormente descrito respecto a la distribución de cargas de un arco, es posible afirmar que este sector de fundación no recibe mayores tensiones, por lo tanto se desestima que la alteración sufrida pueda incidir en el equilibrio estructural del fuerte”*, y agrega que al ser un túnel (superficie arqueada auto-portante), se previene la posibilidad de volcamiento del arco, prescindiendo completamente del sector de fundación afectado para mantenerse en pie. En cuanto a las fundaciones, expone el que *“el sector de fundación afectado, por encontrarse bajo el arco de un túnel, no recibe ningún tipo de carga vertical [...] Por otra parte, los ladrillos faltantes y los excoiados, se ubican en un sector de la fundación que en general no participa de mayores cargas o tensiones.”* En base a lo anterior, concluye: *“en relación a arcos y fundaciones, se desestima que los indicadores de alteración presentes (faltantes y excoiaciones), tengan alguna incidencia en el equilibrio estructural del fuerte.”*

307. Por último, el Informe Correa expone que no se observarían mayores alteraciones en el sector afectado producto de la inundación tras la excavación (no se observa descohesión en el material expuesto al agua, ni pérdida de mortero de unión, así como tampoco, aparición de biodeterioro). Sin embargo, reconoce que se habría producido un incremento de la capacidad de absorción de agua en la zona afectada por excoiaciones, al haber quedado expuesto material más poroso; además, en cuanto a los factores ambientales propios del contexto inmediato, reconoce que la posibilidad de alteración radicaría en *“la pérdida de equilibrio que se ha producido al exponer la superficie a condiciones inmediatas distintas de las originales: sin el abrigo de la tierra o con otro tipo de sedimento.”*

308. En base a lo anteriormente expuesto, es posible sostener que se ha producido una afectación a las fundaciones del Monumento Histórico, en el sector de acceso al túnel, en una superficie en planta de 1,5 m<sup>2</sup>, y hasta una profundidad de 1,2 m, consistente en excoiaciones que han implicado fractura y pérdida de partes (lo que es consistente con los restos de ladrillos anaranjados encontrados al momento de la inspección ambiental del CMN), generando además un riesgo para el patrimonio cultural en atención a la remoción de la capa superficial que cubría las mismas lo que posibilitó el contacto de superficies porosas de la estructura, con el agua que inundó esta zona luego de la excavación realizada. Con todo, se debe relevar que se encuentra suficientemente acreditado en el procedimiento, que no existe un compromiso estructural del Monumento Histórico, con ocasión de la infracción, en atención a que la zona afectada no recibe una carga vertical directa ni tiene incidencia en la estabilidad del túnel.

309. Luego, en relación al sub-hecho infraccional b), de acuerdo a lo expresado en la sección de la clasificación de la gravedad de la infracción, la remoción de las cuñas en cemento son formaciones inestables a lo largo del farellón del Fuerte Corral, ubicadas en el cerro que forman parte del talud natural sobre el cual se asienta el

Monumento Histórico, cuya remoción cumplía un doble objetivo: de seguridad de los trabajadores y usuarios del paseo costero, y de control del riesgo de derrumbe del farellón sobre el que se emplaza el Monumento Histórico.

310. En relación a lo anterior, cabe advertir que durante las actividades de inspección ambiental desarrollada por esta SMA se constató, en una de las cuñas (TNJC), *el desprendimiento del material, de no más de dos carretillas (0.08 metros cúbicos aproximadamente) de material acumulado*. En virtud de lo anterior, resulta plausible que frente a vibraciones producidas por movimientos de maquinarias, excavaciones u otros, se aumente el riesgo de derrumbe derivado de la inestabilidad de las mismas. Con todo, en base a la información acompañada por la Empresa en sus descargos<sup>47</sup>, la condición de riesgo teórica, no es posible de concretarse, en base a las siguientes consideraciones: a) ambas cuñas se ubican a más de 5 metros verticales respecto de la planicie donde se asientan los merlones del fuerte. Inclusive en el caso de la cuña TEJC, ésta se localiza en un sector del farellón Este, que se encuentra fuera del perímetro de las construcciones del fuerte; y, b) la cuña TNJC corresponde a un cuerpo en el farellón que no sobrepasa los 3 m<sup>2</sup>, y esta menor extensión de la cuña en comparación al mayor volumen del muro, implican que la primera es un cuerpo de menor envergadura que aquel, y su presencia y futura extracción no constituyen un peligro para la estabilidad del paredón de albañilería, así como tampoco, para el talud rocoso natural, por lo que no existe un riesgo concreto para el patrimonio cultural.

311. La Empresa, a su turno, expone que la infracción no habría supuesto un daño o incremento del riesgo alguno al objeto de protección de la medida, la que vincula exclusivamente a la *"seguridad de los futuros usuarios del sector y los trabajadores que participan de la obra, toda vez que el paseo peatonal (atendida su no terminación) no se encuentra abierto al público, y que en los respectivos sectores fueron adoptadas otras medidas tendientes a asegurar la integridad física de los trabajadores, y prevenir que se materialice un riesgo"*. En relación a las medidas adoptadas, aclara que consistirían en *"la delimitación y cercado de los sectores en que se encuentran las cuñas inestables con malla faenera, instalación de barreras y conos de señalización que advierten el peligro y evitan el acceso de los trabajadores a los sectores en que podría existir deslizamiento de tierra por causas naturales [...] pues las únicas actividades del proyecto que implican un contacto o manipulación de las cuñas, es precisamente su remoción"*.

312. En relación a tales argumentos, es posible señalar que se ha podido constatar la existencia de medidas alternativas orientadas a resguardar la integridad de los trabajadores, siendo corroborado por funcionarios de esta SMA durante su actividad de inspección, por lo que se descarta la generación de una situación de riesgo para la integridad de los trabajadores. Por otra parte, resulta efectivo lo manifestado por la Empresa en cuanto a que el paseo peatonal no estaba abierto al público, por lo que tampoco la infracción habría conllevado un riesgo para los usuarios del paseo.

313. Por último, en relación al sub-hecho infraccional c), ha quedado acreditado durante este procedimiento, que el objeto de la medida era supervisar la ejecución de actividades de limpieza, escarpe y excavación, a fin de resguardar el patrimonio arqueológico, patrimonio cultural subacuático y eventuales hallazgos no previstos, precisamente por la singularidad del lugar en que se desarrollaban las obras. A su turno, esta medida se volvió aún más relevante en circunstancias que se intervinieron sectores que la evaluación ambiental no consideró (excavación afuera del túnel que comunica el Fuerte Corral con Playa La Argolla).

<sup>47</sup> Anexo B de los Descargos. "Consolidado propuestas técnicas para remoción cuñas inestables TNJC y TEJC para solicitud permiso ambiental sectorial N° 131."

314. A su turno, en la inspección desarrollada por el CMN, se pudo advertir que el mismo no fue realizado de manera permanente, en cuanto *“ante la ausencia en los frentes de trabajo de la profesional no existe un arqueólogo suplente para llevar a cabo dicha labor.”* En efecto, ha quedado acreditado en el procedimiento, que en al menos en el desarrollo de dos actividades de excavación (terrestre y subacuática), la arqueóloga designada no se encontraba presente, ni existía un arqueólogo suplente que la cubriera.

315. En consecuencia, la ausencia del monitoreo arqueológico permanente, durante las actividades de excavación, limpieza o escarpe, ha generado al menos una situación de riesgo para el patrimonio cultural, en tanto al ejecutarse estas sin que el arqueólogo estuviera presente, la Empresa adoptó decisiones sin que se el arqueólogo pudiera manifestar el ajuste de estas con las exigencias ambientales vinculadas al patrimonio cultural: excavar en cierto punto no evaluado ambientalmente, proseguir con la instalación de la taza en el lugar excavado unos centímetros más alejado del muro, recolectar elementos del patrimonio cultural subacuático, etc.

316. En base a lo anteriormente expuesto, será desestimado el argumento de la Empresa a este respecto, en que expone *“que las afectaciones que podrían haberse producido obedecen a hechos fortuitos, y que no podrían ser atribuidas a la ausencia del monitoreo arqueológico permanente”*. En efecto, el desarrollo de las actividades de excavación identificadas en el procedimiento, en que no se constó con la presencia de arqueólogo que supervisara dichas actividades, generó en sí mismo un riesgo para el patrimonio cultural, mientras el supuesto carácter de *“fortuito”* a que alude, será ponderado en relación a la intencionalidad de la comisión de la infracción.

317. En consecuencia, de acuerdo a todo lo expuesto, en atención a los efectos acreditados al patrimonio cultural, así como el riesgo ocasionado al mismo componente, esta circunstancia será ponderada para la determinación de la sanción respecto al hecho infraccional N° 1, con excepción del sub-hecho infraccional b).

318. Respecto, al **hecho infraccional N° 2** – *Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos indicados en la tabla N°2 de la presente resolución, sin haber notificado al Consejo de Monumentos Nacionales, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas*– la Empresa expone en sus descargos que el *“Informe Consolidado de Antecedentes Complementarios al Ordinario del CMN N° 6190/2017”*, da cuenta que los procedimientos de sellado ejecutados sobre los componentes arqueológicos NCA-1, NCA-2 y NCA-3, son reversibles. Al respecto, da cuenta de la propuesta de desellado presentada ante el CMN, como parte de un Plan de Medidas de Compensación presentado ante este organismo. A su turno, respecto de la recolección de 298 restos arqueológicos muebles, expone que se han realizado diversas acciones tendientes al desarrollo de un manejo adecuado del componente arqueológico, que contemplan su documentación exhaustiva, inferencias de procedencia, planimetría detallada, individualización y registro, análisis espacial de densidad y distribución, entre otros. Agrega que estos hallazgos recolectados se encontrarían en condiciones adecuadas de conservación que permitirán el desarrollo del estudio especializado según materialidad con fines de conocer su asignación funcional, tecnológica o crono-cultural. En consecuencia, se considera que el volumen obtenido de las actividades de recolección posee características de tamaño, conservación e integridad suficientes para realizar estudios especializados o análisis arqueológicos con metodología científica y de modo similar, a contextos de recuperación sistemática. En base a lo anterior, concluye que *“la recolección asistemática realizada sobre los 298 materiales arqueológicos o NCA depositados en bodega, no sostiene la pérdida irrecuperable de la información contextual del sitio arqueológico y de su valor científico, sino que es posible acceder hoy a gran parte del contexto arqueológico reconstruido a partir del trabajo sistemático de documentación desarrollado.”*

319. En relación a lo anterior, cabe relevar que en la actividad de inspección desarrollada por el CMN, se da cuenta las actividades de recolección y almacenamiento de los 298 hallazgos no previstos, indicándose en el respectivo Informe en Terreno, que *“se constató el mal estado de conservación y almacenaje de los restos, esto en virtud de que no se efectuó una correcta identificación de las piezas en el almacenaje (procedencia, fecha de obtención, ficha de registro). Se constata que las piezas tampoco tienen un registro de su georeferenciación para poder señalar su lugar de contexto. [...] las condiciones del entorno no son las adecuadas, encontrándose en una bodega en contacto directo con la humedad del suelo y junto a otros materiales de construcción.”* Luego, mediante el Ord N° 4788/2017, expone que *“en el marco de las obras de instalación de los pilotes 22, 23 y 24 para la pasarela 1, se efectuó la recolección de 170 restos materiales. Así también, en el marco de las obras del Tramo 4, frente 1, se recuperó un total de 86 elementos arqueológicos, aspectos que hace evidente que los mismos no correspondían a hallazgos de carácter aislado, por lo que su recolección sin la aplicación de una metodología y registro adecuado, ocasionó la pérdida irrecuperable de la información contextual del sitio arqueológico.”* Agrega, que el sellado de los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3, se habría realizado sin una adecuada metodología para un óptimo levantamiento de información de manera previa, lo que habría ocasionado la pérdida irrecuperable de información contextual del sitio arqueológico y del valor científico que el mismo conlleva.

320. En primer término, respecto a los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3, ha quedado acreditado en el procedimiento que los mismos fueron sellados (con geotextil y rocas o gravilla, según de cual se trate) a fin de proseguir con las obras del proyecto, sin que el CMN pudiera determinar previo a ello, la forma de proceder a su respecto. Esta situación, por sí misma, generó una situación de riesgo concreto sobre el patrimonio cultural derivado de la infracción. En efecto, es con ocasión de la constatación de la misma y la paralización de actividades decretada por parte del CMN en el sector en que estos hallazgos fueron encontrados, que se abre la posibilidad de desellar los mismos y recuperar y/u obtener la información contextual del sitio arqueológico y el valor científico de estos, a través del plan de compensación que la Empresa ha ejecutado y que será objeto de análisis en relación a las medidas correctivas aplicadas. Por otra parte, la continuación de las obras del proyecto (incluido el paso de maquinarias sobre al menos uno de los hallazgos ya sellados), podría haber generado una afectación de los mismos dada la compresión vertical del terreno en que se emplazan los hallazgos.

321. En relación a este aspecto, la Empresa, en el documento *“Informe Consolidado de Antecedentes para subsanar requerimientos Oficio N° 4786 Consejo de Monumentos Nacionales”*, de enero de 2018, un Plan de Medidas de Compensación Ambiental, en que respecto a los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3, indica: *“los procedimientos de sellado ejecutados sobre estos artefactos históricos posibilitan su ubicación en superficie, lo cual permite plantear la reversión del sellado implementado y el despeje de los mismos como medida compensatoria, con el fin de desarrollar el registro y documentación exhaustiva de los hallazgos, y el rescate arqueológico en caso de ser necesario [...] A partir de la información obtenida de la actividad de registro, se evaluarán las medidas que se aplicarán a NCA 1, propuesta que considerará ya sea el rescate, protección/conservación, puesta en valor o liberación de este hallazgo. [...] Para el caso de NCA 2 y NCA 3 se propone realizar un rescate arqueológico de ambos elementos.”* (Énfasis agregado). Lo anterior, deja en evidencia la serie de actividades que podría haberse desarrollado respecto a los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 previo a su sellado, y que debió haber ponderado el CMN de manera previa a esta acción.

322. Con todo, esta actividad de desellado, ha permitido recuperar y verificar el estado de los mismos, sin que se pueda apreciar que estos hubieran sufrido daños con ocasión del proceso a que fueron sometidos, sin autorización del CMN, según se acredita en el *“Informe Ejecutivo de excavaciones de rescate sitios arqueológicos NCA-1, NCA-2 y NCA3”*, adjunto al Informe de Seguimiento Ambiental correspondiente al mes de septiembre de 2019 (Código SSA #87536).

323. A su turno, en relación a los 298 hallazgos inmuebles, el "Informe síntesis de caracterización de hallazgos arqueológicos no previstos del proyecto", adjunto al Informe de Seguimiento de agosto de 2017, expuso: *"el estado del grueso del material recuperado, es regular y solo 2 registros estarían en buen estado. La mayor parte del material proviene de un ambiente subacuático y no ha sido tratado con técnicas de conservación adecuadas, por lo que la alteración más preponderante dice relación con la pérdida de humedad."* (Énfasis agregado). Lo anterior, es consistente con lo detectado por el CMN en su inspección, en que observó el estado de almacenamiento inadecuado de los mismos. Al respecto, cabe relevar que la propia Empresa reconoce la situación de riesgo a que se expusieron los hallazgos recuperados, al no haber sido tratados con técnicas de conservación adecuadas, desde el momento en que comenzaron a recuperarse desde octubre de 2016 y que se mantuvieron en dichas condiciones a lo menos hasta abril de 2017, fecha en que la Empresa empieza a desarrollar acciones de caracterización arqueológica, sistematización y embalaje adecuado de los mismos. Este solo aspecto da cuenta de una situación de riesgo en relación a la materialidad de los elementos patrimonio-culturales recolectados, en tanto de haber mediado aviso, lo mínimo que habría establecido el CMN habría sido las metodologías de recolección, caracterización y almacenamiento adecuados, sin que ello se hubiera podido ejecutar precisamente por la comisión de la infracción imputada.

324. Por otra parte, el CMN ha expuesto que en relación a estos hallazgos se genera una *pérdida irre recuperable de la información contextual del sitio arqueológico* (relevando además la importancia de ello<sup>48</sup>), lo que la Empresa en sus descargos controvierte. Al respecto, la Empresa ha presentado el documento "Informe Consolidado Antecedentes para Subsanan Requerimientos Ord. N° 4786 Consejo de Monumentos Nacional" e "Informe Consolidado Antecedentes Complementarios a Ord. CMN N° 6190."

325. Al respecto, el "Informe Consolidado Antecedentes para Subsanan Requerimientos Ord. N° 4786 Consejo de Monumentos Nacional", da cuenta de los siguientes aspectos que resultan relevantes para determinar de la circunstancia en análisis. En primer término, expone que *"a modo general, los hallazgos corresponderían a fragmentos de cerámica, en la mayoría de los casos a botijas y 1 fragmento de cerámica indígena, ladrillos, loza, metales, vidrio, roca canchagua, madera y escoria"*. Agrega, que *"[l]os resultados obtenidos guardan relación con que todas las unidades de recuperación o NCA registrados en bodega se refieren a contextos de funcionalidad tipo basural, es decir, es posible que se trate de depósitos secundarios entendiéndose que se registran materiales desechados que no corresponden necesariamente con el lugar donde éstos fueron utilizados [...] Lamentablemente, no se cuenta con información disponible sobre potencial estratigráfico o la cantidad total de los componentes culturales presentes en estos contextos. Sin embargo, pese a esta carencia de información, a partir de las características de los 13 NCA o posibles sitios arqueológicos definidos originalmente, se establecieron dos criterios para determinar contextos arqueológicos significativos: densidad de material y tipo de material cultural recuperado."* (Énfasis agregado)

326. A su turno, el Anexo 4 asociado al precitado Informe "Registro de Hallazgos Arqueológicos del Proyecto: Protocolo de Fichado; Informe síntesis de Caracterización de Hallazgos Arqueológicos No Previstos del Proyecto; Informe Preliminar de Análisis de Dispersión y Densidad Hallazgos NCA y PCS; Planimetría", da cuenta de las fuentes de información utilizadas para la determinación de la ubicación y obras asociadas en relación a cada

<sup>48</sup> Ord. CMN N° 6190/2017. *"En atención a lo expuesto, parece importante establecer que las limitantes para determinar mayores acercamientos respecto a la singularidad, posible antigüedad, además del valor cultural y científico de los hallazgos, se radica en que la afectación ocasionada producto de las obras sobre estos bienes, ocasionaron la pérdida de contexto arqueológico. [...] Al respecto cabe mencionar que la disciplina arqueológica es la ciencia que estudia las actividades del pasado a partir de los restos materiales, por lo que uno de los principios fundamentales del acceso al conocimiento es el Contexto Arqueológico, el cual va más allá de los restos materiales individualizados, ya que considera la relación entre los mismos y su emplazamiento, lo que permite entender su valor."*

uno de los hallazgos. Al respecto, indica que “[t]odas las descripciones vertidas en las fichas de registro fueron obtenidas a partir de los antecedentes registrados en los informes y etiquetas de materiales elaborados por la arqueóloga mencionada arriba, siendo cotejada con información de primera mano solicitada a diversos trabajadores de la obra. De este modo, la recopilación de toda esta información permitió georreferenciar prácticamente la totalidad de los hallazgos, obteniéndose un total de 13 locus de materiales, los cuales han sido homologados a posibles sitios arqueológicos (NCA). [...] De los 13 sitios o locus de recuperación (NCA) definidos, se obtuvo un total de 298 materiales arqueológicos registrados de manera asistemática, constatándose que cada sitio arqueológico contenía entre 1 y 88 objetos como máximo. [...] Para la mayoría de los NCA estudiados se logró inferir una procedencia asociada a una actividad de la obra. No obstante, existen 3 unidades para cuales no existe información de obra o actividad asociada, por lo que no tienen procedencia, estos son: NCA10/ID21 (fragmentería de ladrillos, 8 hallazgos); NCA12/ID33 (tuberías de metal, 3 hallazgos); NCA13/ID34 (clavos de metal, 2 hallazgos). [...] El estado de conservación de estos materiales es regular, influyendo en ello la proveniencia mayormente desde un medio subacuático y así la erosión y pérdida de humedad. Sobre ello se debe acotar que se están estudiando propuestas especializadas de manejo y conservación de estos materiales. [...] En términos de contextos, los hallazgos arqueológicos documentados en los sectores de relevancia arqueológica señalan basuras secundarias de temporalidad histórica, compuestas de diversos materiales entre los que destaca el componente Colonial [...] A su vez, los hallazgos del sitio NCA 11, correspondientes a una importante cantidad de ladrillos enteros y fragmentados con inscripciones o firmas en una de sus caras, y en menor medida a líticos, podrían dar cuenta de una ocupación Colonial tardía o Republicana temprana de la zona. **Por lo anterior, los materiales recuperados en el marco del monitoreo arqueológico terrestre del proyecto ostentan gran potencialidad de estudio para ahondar entre otros, en los periodos Colonial y Republicano, y en el funcionamiento del sistema de fortificaciones de la jurisdicción de Valdivia. [...] La mayor parte del material proviene de un ambiente subacuático y no ha sido tratado con técnicas de conservación adecuadas por lo que, la alteración más preponderante dice relación con la pérdida de humedad, cuestión que incide en un mayor grado de deterioro manifestado en la erosión, corrosión, agrietado y saltaduras que presentan en su superficie.**” (Énfasis agregado).

327. A su turno, el Informe Consolidado Antecedentes Complementarios a Ord. CMN N° 6190, da cuenta de lo siguiente: “El material arqueológico recuperado en las actividades de monitoreo realizadas entre los meses de octubre 2016 a marzo de 2017 a cargo de la arqueóloga Julia Potocnjak (Anexo 1), corresponde a un total de 298 elementos muebles. **Debido a las características del manejo de estas actividades no existieron fichas arqueológicas, fotografías, inventarios, entre otros elementos que permitieran realizar un seguimiento informativo al conjunto que se encontraba depositado en bodega.** [...] No obstante, cabe señalar que estos hallazgos arqueológicos y en particular, el área descrita para NCA4 y NCA4A y las zonas circundantes a NCA11 y NCA6, se caracterizarían por la existencia de depósitos altamente intervenidos, tanto por fenómenos naturales (Maremoto de 1960) y culturales (instalaciones portuarias desarrolladas desde la primera mitad del siglo XX en adelante), compuestos de basuras secundarias de temporalidad histórica Temprana y Tardía, así como Subactual. En tal sentido, es posible inferir que la superficie de estos locus de recuperación se encontraba disturbada de modo previo a la ejecución de las actividades de recolección y por lo tanto, los atributos de los restos arqueológicos asociados a su ubicación no serían de relevancia pues corresponderían a un contexto secundario de depositación (basural). [...] Al respecto, podemos señalar que el material cultural recuperado o NCA de forma no sistemática, muy probablemente fue recolectado desde capas superficiales disturbadas, o bien, a partir de depósitos estratigráficos submarinos altamente erosionados y de baja potencia sedimentológica, dado que en su mayoría estos yacimientos se emplazaban en la franja intermareal de la costa (NCA1A, NCA1B, NCA5, NCA6, NCA7, NCA8, NCA9, NCA9A y NCA11), y en menor medida, en el submareal somero muy cercano a la línea de baja marea (NCA4 y NCA4A). [...] Dentro de la Bahía de Corral, la ubicación de estos hallazgos se debe comprender en un contexto geográfico que presenta un importante dinamismo, por cuanto ha sido utilizada activamente de manera industrial durante los últimos 100 años, y

*además ha estado expuesta a eventos naturales de gran envergadura como el maremoto del año '60. Todos estos constituyen antecedentes indispensables para entender los procesos de formación de sitio que caracterizan a este sector. [...] De este modo, en consideración a los elementos de asociación contextual de estos yacimientos y sus depósitos estratigráficos de proveniencia, se puede señalar que la información adicional que hubiese reportado una excavación o recolección arqueológica sistemática habría sido poco significativa para la interpretación de estos hallazgos, con lo cual se puede establecer que con el método de recolección de los datos que fue utilizado, prácticamente no existió pérdida irrecuperable de la información contextual arqueológica.” (Énfasis agregado).*

328. En base a los anteriores antecedentes es posible sostener, respecto de los 298 hallazgos no previstos no comunicados al CMN de manera previa a su recolección, lo siguiente: a) los materiales recuperados tienen alta potencialidad de estudio respecto a períodos Colonial y Republicano, y el funcionamiento del sistema de fortificaciones de Valdivia; b) la mayor parte de estos hallazgos, proviene de un ambiente subacuático y no ha sido tratado con técnicas de conservación adecuadas por lo que, la alteración más preponderante dice relación con la pérdida de humedad, cuestión a la que la Empresa le atribuye un potencial de incidencia en un mayor grado de deterioro manifestado en la erosión, corrosión, agrietado y saltaduras que presentan en su superficie, lo que configura una situación de riesgo concreto para la materialidad de dichos elementos, al haber transcurrido un período relevante varios meses (entre 1 y 5 meses, según la fecha estimativa de recolección) almacenados en condiciones inadecuadas; c) la ausencia de información disponible sobre potencial estratigráfico o la cantidad total de los componentes culturales presentes en estos contextos, afectando la integridad del análisis respecto a los mismos; d) la ausencia de fichas arqueológicas, fotografías o inventarios, impidieron realizar un seguimiento informativo al conjunto que se encontraba depositado en bodega, por lo cual se propone un análisis para la georreferenciación de los hallazgos, limitado tanto por esta ausencia de información (lo que implicó un ejercicio de inferencia de los emplazamientos), como por el transcurso del tiempo (la información levantada por la arqueóloga fue cotejada con trabajadores de las obras, varios meses después de haberse realizado los hallazgos); e) más aún, el ejercicio de georreferenciación tardía, no pudo ejecutarse respecto a 3 unidades (constituidas por 13 hallazgos), por lo que se ha generado una pérdida de la información contextual de los mismos, al no poder asociarlos a un emplazamiento concreto; f) en consecuencia, si bien resulta efectivo que el área presenta un alto dinamismo ocupacional y ambiental (maremoto de 1960), y que los hallazgos puedan representar depósitos secundarios y no donde fueron utilizados originalmente, no es menos cierto que se han podido detectar condiciones de riesgo para la materialidad de los hallazgos así como para el análisis contextual de los mismos, y una eventual pérdida de información respecto de una serie de hallazgos en que ni siquiera se ha podido determinar su emplazamiento original.

329. En base a lo anteriormente expuesto, se determina que respecto al Hecho Infraccional N° 2, concurre la circunstancia de la letra a) del artículo 40, en cuanto se produjo una afectación al patrimonio cultural al no poder realizarse el análisis contextual de 13 hallazgos, un riesgo concreto para el patrimonio respecto del conjunto de hallazgos recolectados y almacenados en condiciones inadecuadas, y un riesgo concreto respecto a los hallazgos inmuebles NCA-1, NCA-2 y NCA-3.

330. Respecto, al **hecho infraccional N° 3** – *Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto (...)*–se analizará cada uno de los sub-hechos infraccionales debidamente configurados:

331. En cuanto al **sub-hecho infraccional a)** – *Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto*– la Empresa reitera que la SMA, al rechazar el PdC, habría dejado entrever la posibilidad de

afectación del Rasgo. Al respecto, como fue precisado en la sección de configuración de la infracción, esta Superintendencia no atribuyó efectos sobre el rasgo 4 asociados a la infracción, sino más bien, identificó, en base a los propios antecedentes aportados por la Empresa, las deficiencias en el descarte de efectos negativos que intentó sustentar en dicha etapa procedimental respecto a este sub-hecho infraccional.

332. Con todo, ha quedado acreditado en este procedimiento que las obras de enrocado de la pasarela 2, se comenzaron a desarrollar con anterioridad al traslado controlado del Rasgo 4, lo que habría generado un desplazamiento y cambio de posición (invertido), con lo que se generó una situación de riesgo para el mismo, en cuanto las actividades de enrocado fueron desarrolladas con maquinaria pesada y depositando rocas con un tamaño que pudieron haber producido algún grado de afectación del mismo. Con todo, la Empresa ha acreditado la forma en que posteriormente ejecutó el traslado controlado del mismo (*"cuidadosamente embolsado en una malla de cuerdas contenedora, izado mediante el uso de globos de levante y trasladado mediante operaciones de buceo arqueológico a una nueva posición, aproximadamente 40 m de distancia al norte de su posición original, y a 4 m de profundidad"*), y dando cuenta de la ubicación y condiciones de este<sup>49</sup>, sin que se cuenten con antecedentes que permitan acreditar una afectación a la materialidad del mismo.

333. En cuanto al sub-hecho infraccional b), – *Recuperación selectiva del Componente 3, según se indicó en el anexo C de la Declaración de Impacto Ambiental*– se ha acreditado en el procedimiento que la recolección selectiva del componente 3 no fue desarrollada por parte de la Empresa.

334. Al respecto, si bien el CMN determinó en su Ord. 6190/2017, que los *"hallazgos NCA-4, NCA-4A, NCA-8, NCA-9, fueron intervenidas en el marco de las obras de la pasarela 1, Tramo 2, considerando que sus emplazamientos coinciden con el Componente 3"*, la Empresa controvierte esta conclusión, en el Informe Consolidado Antecedentes Complementarios N° 6190, concluyendo que *"no existen antecedentes que permitan plantear que estos hallazgos pertenezcan al Componente 3 definido en la Línea de Base como "Material arqueológico colonial disperso."* En consecuencia, no hay caracterización alguna que permita determinar el estado actual de los elementos constitutivos del componente 3.

335. En atención a lo anterior, es posible sostener que se ha originado una condición de riesgo al patrimonio cultural por no haberse procedido a la recuperación selectiva, a través de una recolección sistemática del componente, impidiendo desarrollar análisis arqueológicos a su respecto. Sin perjuicio de lo anterior, la propia evaluación ambiental, identificó que dichos elementos detentaban un bajo potencial arqueológico y científico, teniendo en consideración, entre otros aspectos, el estado en que se encontraban: hallazgos aislados de material arqueológico artefactual o restos discretos de estructuras desintegradas, con depositación de carácter superficial y baja densidad. En razón de lo expresado, dicha condición de riesgo, será considerada en relación al presente sub-hecho infraccional.

336. En cuanto al sub-hecho infraccional d) – *Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés*– la Empresa indica que en el contexto del rechazo del último PdC refundido esta SMA habría dejado entrever una imputación de daño, por el presunto reconocimiento de afectación del mismo, en dicho instrumento.. Al respecto, cabe precisar que este Fiscal Instructor basará su análisis en base a la información que obra en el procedimiento, y no a los presuntos reconocimientos en el ámbito del PdC, por las mismas razones expuestas en el considerando 331 precedente.

<sup>49</sup> Cfr. Informe ARKA REF. INF015/2017, p. 33 y ss.

337. Como ha sido expuesto anteriormente, en la evaluación ambiental del proyecto, se estableció la medida de protección del muelle francés, con cubrimiento de geotextil, a fin de asegurar la conservación sin intromisión de elementos disturbadores entre los restos, para asegurar reversibilidad de la intervención. En relación a lo anterior, consta en el procedimiento administrativo<sup>50</sup> que en el sector que corresponde al Muelle Francés se ejecutaron obras en un área de 740 m<sup>2</sup> sin haber cubierto el mismo con geotextil. En efecto, el Informe indica: *“De acuerdo a este plano se puede señalar que el total de la superficie de las obras ya ejecutadas del proyecto alcanzan un área de 740 m<sup>2</sup>, y corresponden a diversos trabajos realizados para la instalación de las pasarelas 2 y 3.”*

338. En razón de lo anterior, se advierte la generación de un riesgo concreto para los restos del Muelle Francés, en cuanto se ejecutaron una serie de obras (excavaciones, instalación de pilotes, etc.) en el sector en que se emplazan los mismos, sin cubrir con geotextil que permitieran la reversibilidad de la afectación. Con todo, no existen antecedentes de una afectación a la materialidad de los restos del Muelle Francés, por lo que se tendrá en consideración respecto a este sub-hecho infraccional, solo la condición de riesgo precedentemente indicada.

339. En cuanto al sub-hecho infraccional e), *Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6–*, por una parte el Ord. CMN N° 4.788/2017, indica que *“a partir de la evaluación de los antecedentes presentados por el titular, se evidencia lo siguiente [...] El emplazamiento del Rasgo 1, coincide con las obras de la pasarela 2, Tramo 4, ya ejecutadas; El Rasgo 2 se emplaza a una distancia aproximada de 4,6 m del enrocado asociado a la pasarela 2, del tramo 4, ya ejecutada; El emplazamiento documentado para el rasgo 4, coincide con el enrocado asociado a pasarela 2, del tramo 4, ya ejecutada. Hasta el momento no se ha dado cuenta de la implementación de las labores de traslado del Rasgo 4, definido en el Pas N° 76; El Rasgo 5, se emplaza a 1,7 m del punto más cercano de las obras de la pasarela 1, tramo 2, en ejecución; - El emplazamiento del Rasgo 6 se ubica a 0,7 m del enrocado asociado a pasarela 2, del tramo 4, ya ejecutada; - El Rasgo Riel 3, se emplaza a 3,27 m del empedrado pasarela 2.”*

340. Con todo, al identificar que las obras de las pasarelas N° 1 y 2 en el sector de emplazamiento original de los Rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, comenzaron a ejecutarse con posterioridad a la documentación exhaustiva de los precitados Rasgos. En consecuencia, no se advierte la generación de un riesgo concreto, ni afectación de los rasgos, con ocasión de la infracción.

341. En base a lo anteriormente expuesto, se determina que respecto al Hecho Infraccional N° 3, concurre la circunstancia de la letra a) del artículo 40, en cuanto, con ocasión de la infracción se produjo una situación de riesgo concreto respecto a los sub-hechos infraccionales a), b) y d).

342. Respecto, al hecho infraccional N° 4 –Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA)...– la Empresa plantea que: *“la obligación de tramitar los PAS previo al inicio de las obras constituye un mero incumplimiento de normativa ambiental y, por lo tanto, la falta de la tramitación de los PAS mixtos no se desprende inequívocamente la generación de un daño u peligro.”*

343. Al respecto, y de los antecedentes que obran en el procedimiento administrativo, no es posible sostener la generación de daño o peligro con

<sup>50</sup> Cfr. Informe de Antecedentes Aclaraciones de Área de Influencia del Proyecto, Sector Muelle Francés, p. 10. Anexo 4, Documento 2, acompañado a Escrito Téngase Presente de 27 de agosto de 2019.

ocasión del hecho infraccional configurado, máxime teniendo en considerando que el contenido ambiental de los mismos, fue objeto de la evaluación ambiental del proyecto, y constando el pronunciamiento en conformidad por parte del CMN en dicho marco.

344. En consecuencia, esta circunstancia no será considerada para la determinación de la sanción del hecho infraccional en análisis.

**b.1.2) Número de personas cuya salud pudo afectarse (artículo 40 letra b).**

345. En atención a que en la sección precedente, no se determinó un daño o peligro a la salud de las personas, no resulta pertinente el análisis del número de personas cuya salud pudo afectarse, por lo que esta circunstancia no será considerada para la determinación de la sanción de las infracciones configuradas en este procedimiento.

**b.1.3) La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i).**

346. Esta circunstancia permite valorar la relevancia que un determinado incumplimiento ha significado para el sistema regulatorio ambiental, más allá de los efectos propios que la infracción ha podido generar. La valoración de esta circunstancia permite que la sanción cumpla adecuadamente su fin preventivo, y que se adecúe al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

347. Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la manera en que ha sido incumplida. Al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se debe considerar aspectos como: el tipo de norma infringida, su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, su objetivo ambiental y las características propias del incumplimiento que se ha cometido a la norma.

348. En este sentido, dado que se trata de una circunstancia que se refiere a la importancia de la norma infringida y las características de su incumplimiento, concurre necesariamente en el caso en el cual la infracción es configurada. Esto se diferencia de las circunstancias que se relacionan con los efectos de la infracción, las que pueden concurrir o no dependiendo de las características del caso.

349. En el caso en análisis, en relación a la naturaleza de la normativa infringida, todos los cargos formulados constituyen una contravención a normas, medidas y condiciones establecidas en la RCA N° 66/2012, que regula la ejecución del proyecto.

350. Como es sabido, la RCA es la resolución que pone término al proceso de evaluación de impacto ambiental, el cual se encuentra regulado en el título II, párrafo 2°, de la Ley N° 19.300, y constituye uno de los principales instrumentos preventivos y de protección ambiental con que cuenta la administración. La relevancia de la RCA radica en que esta refleja la evaluación integral y comprensiva del proyecto y sus efectos ambientales, asegurando el cumplimiento de los principios preventivo y precautorio en el diseño, construcción, operación y cierre, del respectivo proyecto o actividad.

351. De esta forma, la decisión adoptada mediante la RCA certifica, en el caso de aprobarse el proyecto, que éste cumple con todos los requisitos ambientales exigidos por la normativa vigente, además de establecer las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad. Se trata, por ende, de un instrumento de alta importancia para el sistema regulatorio ambiental chileno, lo cual se ve representado en las exigencias contenidas en los artículos 8 y 24 de la Ley N°19.300. Al respecto, el inciso primero del artículo 8 dispone que, “[l]os 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”. El artículo 24, por su parte, establece que “[e]l titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva”.

352. En el caso concreto, si bien SICOMAQ no fue quien presentó la respectiva Declaración de Impacto Ambiental del proyecto, participó en el proceso de Licitación Pública 1271-57-LR15, Protección Costera de la Plaza y Fuerte Corral, entre cuyos antecedentes iniciales, así como respuestas a consultas y otros, se dio cuenta de la evaluación ambiental a que había sido sometido el proyecto licitado y el traspaso de la titularidad de la RCA N° 66/2012 a la empresa adjudicataria.

353. En lo relativo al hecho infraccional N° 1 –No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones: a) Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1 (...) b) Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno (...) c) No contar con supervisión permanente de arqueólogo (...)–, ha quedado acreditada la relevancia de las medidas incumplidas, en atención a que el proyecto considera la ejecución de una serie de obras en un Monumento Histórico y su consignación en la evaluación ambiental del proyecto decía relación precisamente con el resguardo del mismo, lo que fue incumplido.

354. Más aún, dicho incumplimiento generó una afectación concreta sobre el Monumento Histórico, además de generar condiciones de riesgo para el mismo, según se expuso en la sección correspondiente a la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA. En consecuencia, respecto de este hecho infraccional se determina que existe una vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de carácter medio alto.

355. Respecto, al hecho infraccional N° 2 –Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos indicados en la tabla N°2 de la presente resolución, sin haber notificado al Consejo de Monumentos Nacionales, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas– se ha podido determinar a lo largo de este dictamen, la relevancia de la medida de dar aviso al CMN respecto a los hallazgos no previstos, en cuanto permiten que dicho organismo sectorial tome las medidas necesarias para dar indicaciones al titular del proyecto sobre la recolección, conservación, resguardo y análisis sobre el contexto arqueológico en que estos se encuentran.

356. Adicionalmente, ha quedado acreditado en el procedimiento que la práctica de no comunicar al CMN los hallazgos no previstos, se mantuvo durante gran parte del período en que se desarrollaron las obras, abarcando una ingente cantidad de elementos los que fueron tanto recolectados y almacenados en condiciones inadecuadas, así como sellados (alrededor de 300). Al respecto, y de acuerdo a lo desarrollado en la sección correspondiente a la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, ha quedado acreditado igualmente que dichas actuaciones produjeron un riesgo para la conservación de los mismos, comprometiéndose el análisis contextual de los mismos e incluso sellando algunos para poder continuar desarrollando las obras del proyecto. En razón de lo anteriormente expuesto, respecto de este hecho infraccional

se determina que existe una vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de carácter medio alto.

357. Respecto, al **hecho infraccional N° 3** – *Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, en particular las siguientes: a.- Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto; b.- Recuperación selectiva del Componente 3 (...); d.- Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés; e.- Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6–, se determinó la relevancia del conjunto de medidas destinadas a la protección de los elementos arqueológicos identificados en la línea base del proyecto, respecto de las que se determinó su incumplimiento por no haber sido ejecutadas o por haberse ejecutado con posterioridad a los hitos que determinó la evaluación de impacto ambiental.*

358. A su turno, de acuerdo a lo establecido en la sección correspondiente a la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, ha podido acreditarse que precisamente la falta de ejecución o ejecución inoportuna de dichas medidas, generó la posibilidad de que se produjera un riesgo de afectación sobre los componentes identificados en cuanto se comenzaron a ejecutar obras del proyecto en los sectores en que se emplazaban los elementos a ser resguardados. En base a lo anterior, respecto de este hecho infraccional se determina que existe una vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de carácter medio bajo.

359. En cuanto al **Hecho Infraccional N° 4**, este se relaciona con la no obtención de permisos ambientales sectoriales de carácter mixto, cuya tramitación se da inicio en contexto de la evaluación ambiental del proyecto, y finaliza mediante la obtención de autorización de los aspectos técnicos conforme a la normativa sectorial respectiva.

360. En este sentido, uno de los objetivos primordiales de la evaluación ambiental de proyectos consiste en la tramitación y otorgamiento de los permisos ambientales sectoriales que, por la naturaleza de la actividad, deban ser tramitados al interior del SEIA, a fin que su desarrollo se adecue a las normas vigentes. Dicha circunstancia se desprende de lo establecido en el inciso segundo del artículo 8 de la Ley N° 19.300, por cuanto establece que todos los permisos ambientales sectoriales regulados en la legislación vigente deben ser tramitados en el SEIA.

361. En el caso particular de los permisos ambientales mixtos, mediante la tramitación de proyectos en el SEIA se acredita el cumplimiento de los requisitos de carácter ambiental de los mismos, debiendo el titular obtener su otorgamiento definitivo ante los organismos sectoriales respectivos. En relación con estos permisos, lo que ocurre *“es una verdadera división del permiso”*, por cuanto el órgano sectorial *“conservará sus competencias técnicas y podrá aprobar o rechazar el permiso fundado en las razones no ambientales, de carácter sectorial”*<sup>51</sup>, de tal modo que la tramitación en sede sectorial del mismo es un aspecto relevante en el desarrollo del proyecto.

362. Respecto de presente proyecto, el considerando 4.2. de la RCA N° 66/2012, establece que al proyecto le resultaban aplicables los permisos sectoriales 75, 76 y 77 (actuales 131, 132 y 133, del D.S. N° 40/2012), porque *“se realizarán obras de protección y conservación de un Monumento Histórico, [...] porque las obras de protección y conservación de un Monumento Histórico, pueden dejar al descubierto nuevos hallazgos, [...] y debido a que el área de emplazamiento del proyecto ha sido declarada zona típica, y se realizarán obras de protección y conservación de un Monumento Histórico”*, respectivamente.

<sup>51</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos del Derecho Ambiental, Segunda Edición. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014. P. 277.

En cuanto a la obtención de dichos permisos, el Consejo de Monumentos Nacionales se pronunció conforme, de acuerdo a su Ord. N° 2796, de fecha 10 de Julio de 2012, en el marco de la evaluación ambiental del proyecto.

363. Al respecto, se advierte que estos permisos debieron ser tramitados antes de la ejecución de las obras del proyecto, en atención a que autorizan la forma de intervención en el Monumento Histórico y Zona Típica, validación de metodologías de excavación, entre otros aspectos técnicos que debían ser analizados en sede sectorial.

364. Con todo, no se advierte que dicha infracción sea de tal entidad que permita considerar un carácter de afectación relevante al sistema jurídico de protección ambiental, en tanto la propia evaluación ambiental definió previamente que se daba cumplimiento a los requisitos ambientales del proyecto, por lo que esta vulneración se estima en un nivel bajo.

#### **b.2) Factores de incremento.**

365. A continuación, se procederá a ponderar aquellos factores que pueden aumentar el componente de afectación y que han concurrido en la especie.

##### **b.2.1) Intencionalidad en la comisión de la infracción (artículo 40 letra d) de la LO-SMA).**

366. Al respecto, la Empresa plantea que la circunstancia no concurre a su respecto, en atención a los siguientes argumentos: a) no tendría el carácter de sujeto calificado, "dado que el desarrollo de la actividad de ingeniería y construcción en su giro específico, no ha requerido la adquisición de experiencia ni conocimiento en materia de cumplimiento de estándares medioambientales de Resoluciones de Calificación Ambiental (...) no dispone de una organización sofisticada que les permite afrontar de manera especializada, idónea y oportuna, la correcta operación y eventuales contingencias en instrumentos de gestión en los cuales no tienen experiencia". En relación a ello, presenta Acta Notarial que acredita que el único proyecto sujeto a exigencias de una RCA al momento de la Formulación de Cargos, era el proyecto "Obras de Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas", objeto del presente procedimiento sancionatorio; b) la incompatibilidad de los plazos contractuales para el desarrollo de proyectos, con los plazos para dar cumplimiento a determinadas obligaciones ambientales; y, c) que habría actuado de buena fe, con pleno convencimiento de haber cumplido con la normativa legal y reglamentaria que rigen el proyecto, y que no existiría antecedente alguno que permita verificar que ha tenido una intención concreta de actuar en contravención a sus exigencias ambientales, sino a lo más, retrasos en dichos cumplimiento, acompañado con acciones de cumplimiento continuo de las exigencias que se estiman infringidas.

367. Al respecto, resulta efectivo lo planteado por SICOMAQ en relación a que no cuenta con el carácter de sujeto calificado respecto al instrumento de gestión ambiental cuya infracción fue configurada en este caso. En efecto, revisado el sitio web del Servicio de Evaluación Ambiental, no se advierte que SICOMAQ tenga la titularidad de otras RCA distinta a la RCA N° 66/2012.

368. A su turno, en relación a los hechos infraccionales N° 1, 3 y 4, no se cuenta con antecedentes que permitan sostener que la Empresa cometió dolosamente los hechos intencionales, sino más bien a una actitud negligente o culposa, la que bien podría estar fundada en que la evaluación ambiental del proyecto no fue desarrollada

por ésta sino por el MOP, y a plazos que, para el desarrollo del proyecto, se habían comprometido en el contrato de obra pública celebrado.

369. Con todo, en relación al hecho infraccional N° 2, existen una serie de antecedentes que permiten sostener que la Empresa ha ejecutado su accionar de manera dolosa, según se pasará a explicar.

370. En primer término, con posterioridad al inicio de ejecución de las obras del proyecto, la Empresa presentó en noviembre de 2016, el Plan ISIMAR, el que establecía un protocolo de actuación frente a hallazgos no previstos, y que replicaba la obligación consistente en dar aviso al CMN. Más aún, en el propio Informe de Seguimiento de octubre de 2016 a febrero de 2017, se referencia explícitamente dicha obligación<sup>52</sup>, lo que demuestra un conocimiento acabado de la exigencia por parte de SICOMAQ.

371. Luego, dentro del emplazamiento de las obras se habilitó un sector específico para el almacenamiento de hallazgos no previstos recolectables (bodega provisoria<sup>53</sup>), en donde fueron ingresando reiteradamente un conjunto de restos cerámicos, metal y loza (alrededor de 300), prácticamente durante todo el tiempo en que se estuvieron ejecutando las obras del proyecto.

372. Por otra parte, respecto a los hallazgos no recolectados pero encontrados con ocasión de las obras del proyecto y objeto del hecho infraccional imputado, la Empresa da cuenta de una serie de acciones que adoptó de manera voluntaria que le permitieron continuar con las obras del proyecto, sin dar aviso al CMN. Así, indica respecto del hallazgo NCA-1 que *"por sus características de inmueble y ante el hecho de que cualquier intensión de removerlo tendrá como consecuencia su destrucción y la pérdida de la información asociada a este. Por lo que se hace preferible conservarlo in situ [...] Por lo cual se procede a sellarlo [...] Luego, bajo nuestra supervisión permanente se procedió a sellar definitivamente aquel contexto arqueológico con las piedras que constituyen el enrocado sobre el cual se construirá la estructura de la obra"*. En cuanto al hallazgo NCA-3 que *"por las características de las estructuras que se construirán en el lugar del hallazgo así como por el hecho de que este tuvo lugar a una profundidad superior a la requerida por la obra, por lo que no se hizo necesario rescatar los ladrillos y se optó por sellar el sitio [...] Luego de instalar la ficha identificadora se coloca la malla de geotextil sobre la cual se vuelve a poner el ripio y las piedras que constituyen la base de la estructura."*<sup>54</sup> Por último, en relación al hallazgo NCA-2, consta que fue sellado igualmente *"depositando sobre él una capa de relleno granular que posiblemente se ejecutó para conformar una plataforma que permitiera el tránsito de maquinaria en el área de la Batería de San Juan."*<sup>55</sup>

373. Más aún, el propio informe de seguimiento ambiental correspondiente al período octubre 2016 a enero de 2017, indica que *"(...) debido a las características de los contextos arqueológicos NCA-1 (...) y NCA-3 (...) que se ubican dentro de áreas intervenidas por la obra, se decide sellarlos para lo cual se los recubre con malla geotextil y señaliza con una ficha especialmente diseñada para este efecto [...] Ambas tareas son informadas al profesional residente y al Inspector Fiscal de Obra"*, por lo que el conocimiento de SICOMAQ respecto a las acciones que se estaban tomando respecto a hallazgos no previstos (según su propia nomenclatura inicial como "Nuevos Contextos Arqueológicos"), resulta indubitado.

<sup>52</sup> Informe de Seguimiento Ambiental, octubre 2016-febrero de 2017, Código SSA #56237.

<sup>53</sup> En términos del Informe de Seguimiento Ambiental, de abril de 2017, Código SSA # 58395, "Habilitación del área de arqueología".

<sup>54</sup> Informe de Seguimiento Ambiental, octubre 2016-febrero de 2017, Código SSA #56237. Las obras a que hace referencia corresponderían a *"una Plataforma con cubierta de madera y una estructura de relleno de material granulado, cubierto de piedra, 5 escaños, basureros y 5 luminarias"*.

<sup>55</sup> Informe de Seguimiento Ambiental, septiembre de 2019, Código SSA #87536. Anexo 2.

374. Lo anteriormente expresado, permite sostener, por una parte, un nivel de comprensión relevante de la obligación ambiental considerada como infringida, en tanto no solo consta en la evaluación ambiental del proyecto, sino en los planes de contingencia desarrollados con posterioridad a estos; y, por otra, es posible advertir una serie de decisiones adoptadas, de manera voluntaria y persistente, por parte del infractor, y su falta de adecuación con la normativa infringida, pudiendo acreditarse las condiciones para establecer la intencionalidad respecto al Hecho Infraccional N° 2, debiendo considerarse como un factor de incremento respecto a este.

**b.2.2) Conducta anterior negativa (artículo 40 letra i) de la LO-SMA).**

375. Los criterios para determinar la concurrencia de la conducta anterior negativa tienen relación con las características de las infracciones cometidas por el infractor en el pasado. Para estos efectos, se consideran aquellos hechos infraccionales cometidos con anterioridad al primero de los hechos infraccionales que se hayan verificado y sean objeto del procedimiento sancionatorio actual.

376. Al respecto, en el actual procedimiento no se cuenta con antecedentes que den cuenta de que SICOMAQ, se encuentre en alguna de las circunstancias de hecho que esta SMA desarrolla en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, por lo cual esta circunstancia no será considerada como un factor de incremento del componente de afectación para la determinación de la sanción.

**b.2.3) Falta de cooperación (letra i)**

377. Esta circunstancia evalúa si el infractor ha realizado acciones que han dificultado el esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias o sus efectos, así como también la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

378. En el caso concreto, no existen antecedentes que permitan sostener la concurrencia de esta circunstancia, en atención a que no se ha configurado ninguna de las hipótesis desarrolladas por esta Superintendencia en relación a la misma.

**b.3) Factores de disminución.**

**b.3.1). El grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de infracción (letra d).**

379. Respecto al grado de participación en la infracción configurada, no corresponde extenderse en el presente dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente a SICOMAQ, desde el momento en que asumió el control de la actividad operativa y ambiental del proyecto, esto es, con ocasión del inicio de las obras del proyecto, con fecha 25 de octubre de 2016.

**b.3.2) Cooperación eficaz (letra i)**

380. Conforme al criterio sostenido por la SMA, para que esta circunstancia pueda ser ponderada en un procedimiento sancionatorio, es necesario que la cooperación brindada por el sujeto infractor sea eficaz, lo que guarda relación con la oportunidad y utilidad real de la información o antecedentes proporcionados por el mismo. A su vez, tal como se ha expresado en las Bases Metodológicas, algunos de los elementos que se consideran para valorar esta circunstancia, son los siguientes: (i) el infractor se ha allanado al hecho

imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos (dependiendo de sus alcances, el allanamiento podrá ser total o parcial); (ii) el infractor ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados; (iii) el infractor ha prestado una colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA; (iv) el infractor ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

381. Respecto al allanamiento cabe advertir que la Empresa, ha presentado descargos para controvertir la configuración de la infracción de la totalidad de los hechos y sub-hechos infraccionales imputados, y adicionalmente cuestiona la clasificación de la gravedad de la totalidad de los cargos clasificados con una gravedad distinta a leve, por lo que no se considerará el allanamiento en relación a los cargos N° 1, 2, 3 y 4, del presente procedimiento sancionatorio.

382. En otro orden de ideas, y en cuanto a la colaboración de forma útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por las SMA, respecto a la información solicitada por esta Superintendencia a través de la Res. Ex. N° 15/Rol D-067-2017, es posible señalar que la empresa dio respuesta dentro de plazo a dicho requerimiento, acompañando antecedentes suficientes que aportaron información útil para la elaboración del presente dictamen, a través de la presentación de fecha 16 de octubre de 2019.

383. En relación a si la empresa aporta antecedentes de forma útil y oportuna, que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, cabe señalar que en el presente procedimiento, la empresa ha aportado antecedentes adicionales a los requeridos por este Servicio, por lo que esta hipótesis será ponderada para hacer aplicable el factor de disminución en análisis. Adicionalmente, se considerará en esta sección la colaboración en las actividades de inspección ambiental que desarrolló tanto el CMN, como esta SMA.

384. Por último, la Empresa manifiesta que *“cuando el Consejo de Monumentos Nacionales, a través del Ordinario 2130, de 11 de mayo de 2017, solicitó la paralización total de las obras del proyecto, con el fin de asegurar el resguardo de la integridad del mismo, e impedir que se realizarán en el Monumento, mi representada acató dicha orden en cuanto tuvo conocimiento de la misma.”* Al respecto, se hace presente que el acatamiento de decisiones de autoridad, al margen del procedimiento sancionatorio, no corresponde a una acción que haya permitido a contribuir al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o efectos, o a la ponderación de otras circunstancias del artículo 40, por lo que este argumento será desestimado.

385. En síntesis, se considerará la concurrencia de esta circunstancia, en atención a: la cooperación en las actividades de fiscalización ambiental, respuesta a requerimiento de información de la Empresa y remisión de información útil y oportuna para el esclarecimiento de hechos, circunstancias y/o efectos.

#### **b.3.3) Aplicación de medidas correctivas (Artículo 40 letra i) de la LO-SMA**

386. En relación a esta circunstancia, la Empresa expone que *“ha adoptados las medidas para regresar al cumplimiento y/o para contener, reducir o eliminar los efectos producidos por las infracciones imputadas en su caso; y para evitar nuevos efectos. Las medidas correctivas adoptadas son idóneas y efectivas, y; han sido acreditadas dentro del procedimiento sancionatorio. En definitiva, estas conductas demuestran una disposición a*

*corregir la situación constatada, y constituyen en consecuencia un antecedente a considerar a efectos de disminuir el quantum de una eventual sanción.” En concreto, se analizará respecto a cada hecho infraccional los antecedentes aportados por la Empresa, a fin de determinar la concurrencia de esta circunstancia respecto de cada uno de estos.*

387. En relación al Hecho Infraccional N° 1, letra a), la Empresa expone en sus descargos, que desplazó los pilotes y sus dados, con el fin de no impactar las fundaciones del Monumento Histórico luego de haberse impactado las mismas. Al respecto, cabe advertir que tal comportamiento no elimina ni reduce el efecto producido por la infracción, sino que simplemente da cuenta de la actitud tomada por la Empresa inmediatamente producida la infracción y con el objeto de proseguir con las actividades de construcción definidas por ésta en dicho sector (instalación de taza y pilotes), evitando incurrir en una mayor afectación. En efecto, la Empresa no detuvo las obras inmediatamente cometida la infracción, sino que prosiguió con ellas en una zona algo más retirada originalmente, sin que tuviera conocimiento alguno, en ese momento, de la extensión de las fundaciones del Monumento Histórico. En base a lo anterior, este argumento será desestimado a efectos de hacer aplicable la circunstancia en análisis respecto a este sub-hecho infraccional.

388. Adicionalmente, en sus descargos, expone en relación a este sub-hecho infraccional lo siguiente: i) con fecha 25 de septiembre de 2018, se ingresó al CMN el Formulario de Solicitud de PAS 76 (actual 132), permiso relativo a intervenciones arqueológicas, relacionado a las excavaciones de rescate arqueológico en el sector de la Pasarela N°1, lo que habría sido evaluado por el Ord. N° 4028/2018, del CMN; y, ii) mediante Ord. N° 907/2019, el CMN ha mostrado su conformidad con la continuidad del proyecto, otorgando el PAS 77 (actual 133) para la ejecución de las obras pendientes en los tramos 2, 3 y 4 del proyecto. Por último, en relación a esta circunstancia, la Empresa expone en su escrito de 27 de agosto de 2019, que: iii) a través de Res. Ex. N° 1.012, de 15 de julio de 2019, se habría declarado el cumplimiento de las medidas provisionales decretadas en las Resoluciones Exentas N° 998 y 1348, ambas de 2017, lo que daría cuenta de la voluntad de SICOMAQ *“para cumplir con todos los lineamientos entregados tanto por la SMA como por el CMN para resguardar el patrimonio cultural asociado al Proyecto.”*

389. En relación al literal i) del considerando precedente, de advierte que tales antecedentes se circunscriben a la instalación de los pilotes N° 20, 21 y 22, los que si bien están asociados a la pasarela N° 1, no corresponden a los pilotes cuya instalación afectó las fundaciones del muro del Monumento Histórico a que refiere el presente sub-hecho infraccional, por lo que no resulta pertinente respecto a este sub-hecho infraccional.

390. En cuanto al literal ii), cabe advertir que el Ord. N° 907/2019, otorga el PAS 77 (actual 133) para la ejecución de obras pendientes en los tramos 2, 3 y 4 del proyecto, estableciendo una serie de medidas arqueológicas pendientes asociadas a la Pasarela N° 1, entre los que destacan el *“Diagnóstico de daño a las fundaciones del muro y definición medidas para detención de su deterioro”, “Tramitación y obtención Permiso de Intervención arqueológica” (fundaciones de muro), “Implementación de medidas de detención del deterioro de fundaciones dañadas, “Entrega de informe ejecutivo”, “Informe ejecutivo excavaciones en playa La Argolla.”* En relación a lo anterior, en presentación de 27 de agosto de 2019, SICOMAQ da cuenta de la presentación ante el CMN, de una propuesta de conservación del Monumento Histórico, la que se ha ido perfilando de acuerdo a las observaciones de este organismo (las últimas con fecha 13 de agosto de 2019; Ingresos CMN N° 5229 y 5230), medida que se encuentra orientada a hacerse cargo de los efectos derivados de la infracción.

391. En cuanto al literal iii), se advierte que para la aplicación de esta circunstancia sólo se ponderan las acciones que hayan sido adoptadas de forma voluntaria por parte del infractor, por lo que no es posible considerar la concurrencia de esta

circunstancia respecto al sub-hecho infraccional en comento, en atención a que las acciones emprendidas por la Empresa, corresponden al cumplimiento de lo establecido por resolución administrativa del CMN, o, por las Medidas Provisionales dictadas por esta SMA en relación al sector de impacto en las Fundaciones del muro del Monumento Histórico.

392. En cuanto al Hecho Infraccional N° 1, letra b), la Empresa da cuenta en sus descargos que mediante Ord. CMN N° 4.009, de 05 de octubre de 2018, se otorgó la autorización para proceder a la remoción de las cuñas, pero que no ha podido ejecutarse hasta la fecha por encontrarse paralizadas las obras de construcción del Proyecto.

393. Al respecto, la tramitación del PAS respectivo que permite ejecutar dicha actividad, será considerada como un antecedente que permite iniciar la corrección del sub-hecho infraccional y, por lo tanto, resulta idónea para estos efectos. Adicionalmente, la Empresa ha podido acreditar que se han comenzado a desarrollar acciones materiales orientadas a remover las cuñas, consistente en el control de vegetación de las mismas y la implementación de medidas de resguardo para reducir el impacto de las obras respecto a la cuña TNJC (en relación al muro de albañilería ubicado en la esquina del sector Batería San Juan), según consta en Informes de Seguimiento Ambiental correspondiente a los meses de agosto y septiembre de 2019 (Códigos SSA # 86574 y 87536, respectivamente).

394. En relación al Hecho Infraccional N° 1, letra c), la Empresa ha acreditado el reforzamiento de las actividades de monitoreo arqueológico, lo que permite reconducir a una situación de cumplimiento normativo, a través de la presencia de personal calificado en las instalaciones que permita que, durante las actividades de limpieza, escarpe o excavación del proyecto, exista personal suficiente para el monitoreo arqueológico permanente requerido en la evaluación ambiental del proyecto, incluidos los períodos en que por cualquier motivo haya de ausentarse una de las arqueólogas contratadas.

395. En síntesis, respecto al Hecho Infraccional N° 1, es posible sostener la concurrencia de la circunstancia en análisis en atención a que respecto a los sub-hechos infraccionales a), b) y c), constan en el procedimiento acciones tomadas voluntariamente por el titular, orientadas a corregir los hechos constitutivos de infracción o hacerse cargo de sus efectos y, por lo tanto, será considerado como un factor de disminución de la sanción.

396. En relación al Hecho Infraccional N° 2 – *Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos (...) sin haber notificado al CMN, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas*–, la Empresa, en el Informe de Monitoreo Arqueológico correspondiente al mes de agosto de 2017, da cuenta de una serie de acciones desarrolladas con posterioridad a la verificación del hecho infraccional: a) Instalación de Bodega Provisional, en la que se diseñaron repisas para distribuir al interior de los espacios de bodegas de materiales; y, b) elaboración de Informe de Hallazgos No Previstos del proyecto, cuyo objetivo es exponer una síntesis de las características generales de los hallazgos no previstos recuperados en el marco del desarrollo del monitoreo arqueológico terrestre, para luego poder relevar la importancia crono-cultural y contextual de estos yacimientos. Al respecto, el conjunto de acciones emprendidas por SICOMAQ resultan idóneas y eficaces para la protección de los hallazgos no previstos con posterioridad a la comisión del hecho infraccional.

397. A su turno, como parte de sus descargos, SICOMAQ da cuenta de una serie de correos electrónicos sostenidos con el CMN, durante el mes de mayo de 2017, en relación a una solicitud de autorización para comenzar los trabajos de documentación de los Hallazgos No Previstos obtenidos del Monitoreo del Proyecto de Corral (limpieza, embolsado y embalaje provisorio de los materiales, y el registro de los mismos asociados a su contexto), y respecto a la habilitación de un espacio de almacenamiento provisorio. En consecuencia, estas gestiones precisamente se encuentran vinculadas a las acciones que fueron

descritas precedentemente, sin que agreguen antecedentes adicionales para proceder a su ponderación.

398. Por último, durante la inspección de 19 de julio de 2017, la SMA constató que el registro que estaba realizando la arqueóloga contratada por SICOMAQ, permitirían la clasificación según los requerimientos del lugar de destino, el que correspondería al Museo de la Universidad Austral de Chile.

399. En relación a lo anterior, pudo constarse en el Informe de Seguimiento del mes de junio de 2019 (Código SSA # 84229), que los hallazgos recolectados han sido objeto de protocolos de embalaje y elaboración de base de datos de los mismos. En dicho informe, se expone que *“estas materiales habrían sido guardados en dichas bodegas provisorias posterior a las labores de actualización del inventario de materiales arqueológicos realizados durante los meses de Febrero y Marzo del presente año, las cuales incluyeron una re-organización de los materiales, así como asignación de números de caja dentro del inventario – y consignación de números de caja previo al análisis de materiales por parte de los especialistas.”* Adicionalmente, en respuesta a la diligencia probatoria decretada por esta SMA, la Empresa afirma que a octubre de 2019, los *“materiales continúan almacenados en las bodegas provisorias destinadas para arqueología de la empresa, y su manejo ha estado a cargo de personal especializado”*, por lo que los mismos aún no han sido entregados a una institución museológica como fuera expuesto en la inspección de 19 de julio de 2017.

400. Por otra parte, respecto a los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3, consta en el procedimiento el Ord. CMN N° 2600, de 05 de junio de 2019, que autoriza ejecución de las labores de excavación arqueológica relacionadas a hallazgos NCA 1, 2 y 3. Al respecto, el Informe de Seguimiento Ambiental correspondiente al mes de septiembre de 2019 (Código SSA #87536), da cuenta de las actividades ejecutadas en relación a estos hallazgos: *“en el marco de este proceso de compensación, y bajo la autorización de CMN, que se desarrolló la primera campaña de excavación de rescate de los hallazgos NCA-1, NCA-2, y NCA-3 entre los días 15 y 21, y 29 de Julio del presente año (...) y posteriormente, durante el mes de Agosto, la segunda campaña de excavación entre el 09 y el 12 de Agosto. Durante el mes de Septiembre, se continuaron las labores de elaboración del informe ejecutivo de dicho rescate arqueológico, el cual fue ingresado a Consejo de Monumentos el día 16 de Septiembre, con nº de ingreso 6194.”* Al respecto, adjunto al informe de seguimiento referido, adjunta el *“Informe Ejecutivo de excavaciones de rescate sitios arqueológicos NCA-1, NCA-2 y NCA3”*, en que se da cuenta de los trabajos de excavación y desellado, autorizado por el CMN mediante el precitado Ordinario.

401. En síntesis, respecto al Hecho Infraccional N° 2, es posible sostener la concurrencia de la circunstancia en análisis en tanto consta en el procedimiento una serie de acciones tomadas voluntariamente por el titular, orientadas a reducir los efectos de la infracción y, por lo tanto, será considerado como un factor de disminución de la sanción.

402. En cuanto al Hecho Infraccional N° 3, letra a) –*Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto*– la Empresa ha acreditado a través del *“Informe ARKA REF. INF015/2017”*, que con fecha 29 de marzo de 2017, se procedió al traslado del Rasgo 4, por un equipo de especialistas, incluyendo una Conservadora. Como parte de las acciones emprendidas, el Rasgo habría sido embolsado en una malla de cuerdas contenedora, izado mediante el uso de globos de levante y trasladado mediante operaciones de buceo arqueológico a una nueva posición. En atención a lo anterior, el reposicionamiento del Rasgo (aunque fuera del plazo establecido en la evaluación ambiental), será considerado como una acción orientada a corregir el sub-hecho infraccional y, por lo tanto, resulta idónea para estos efectos.

403. En relación al Hecho Infraccional N° 3, letra b) *–Recuperación selectiva del Componente 3–*, la Empresa expuso en sus descargos que *“la prospección no reportó material cultural diagnóstico, verificándose solo fragmentos de reducido tamaño de cerámica alfarera – correspondiente a tejas y botijas- intensamente afectadas por la abrasión marina. En función de lo anterior, la recolección superficial del material, programada para la segunda temporada de campo, no fue realizada.”* Por otra parte, la Empresa no ha acompañado antecedentes en el procedimiento sancionatorio que permitan acreditar se hubieran tomado medidas correctivas en relación al sub-hecho infraccional en análisis.

404. En relación al Hecho Infraccional N° 3, letra d) *–cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés–* la Empresa expone que a partir de las gestiones realizadas ante el CMN, se obtuvo la autorización para instalar el respectivo geotextil, sobre el sector en que aún existen obras por ejecutarse coincidentes con la ubicación del Muelle Francés. Al respecto, consta dentro de los antecedentes del procedimiento, que mediante Ord. N° 907, de 11 de marzo de 2019, se otorgó con indicaciones el PAS N° 77 de Zona Típica de obras pendientes en los tramos 2, 3 y 4 del proyecto, entre las cuales se encontraban determinadas obras pendientes y trabajos arqueológicos a ejecutarse en el Muelle Francés. Entre estos últimos, el referido PAS, estableció gestiones que la Empresa debía desarrollar previo a la instalación de geotextil (presentación de antecedentes para la redefinición de área de influencia del muelle francés y propuestas para implementación de medidas de protección y la expresión de conformidad del CMN con la propuesta). Al respecto, mediante Cartas de 10 de mayo y 04 de julio de 2019, SICOMAQ presentó ante el CMN el Informe de Antecedentes y Aclaraciones del Área de Influencia del Proyecto, Sector Muelle Francés y la metodología a ser utilizada para implementar una cobertura de protección física *in situ* en un área del sitio Muelle Francés, que corresponden a las gestiones preparatorias para proceder a la instalación del geotextil en el sector que aún no ha sido intervenido con las obras del proyecto y que pudiera verse afectado por estas. En consecuencia, las gestiones emprendidas por la Empresa para cumplir con su obligación, serán consideradas como idóneas y eficaces para ello, al resultar del todo necesarias para su ejecución.

405. En relación al Hecho Infraccional N° 3, letra e) *–Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6–*, consta en el informe ARKA REF. INF015/2017, *“[p]ara la documentación de los elementos de PCS se emplearon fichas de registro de diseño específico. Además, se realizaron tareas de registro fotográfico de alta resolución de los rasgos arqueológicos localizados en la zona intermareal para generar modelos fotogramétricos, para lo cual se empleó una cámara Réflex Canon 5D Mark II”*. En base a las estas actividades, desarrolladas en diciembre de 2016, se levantaron una serie de Fichas de Registro asociadas a elementos del Patrimonio Cultural Subacuático, las que se contienen en el Anexo 3, del referido Informe ARKA REF. INF015/2017. Las precitadas fichas, contienen información asociada a su ubicación, estado de conservación, registro planimétrico, descripción general, dimensiones, asignación funcional y cronológica, registro fotográfico y dibujos (solo respecto a los rasgos 4, 5 y 6, es posible apreciar fotografías actualizadas de temporada de campo 2016 y dibujos). Por último, es posible advertir que se generó una Ficha de Registro del Componente 2, al cual se asoció el “Rasgo 3” (Poste Riel)<sup>56</sup>, en que se describe el mismo, indicando su ubicación, planimetría y fotografía asociado a éste.

406. En consecuencia, las acciones tomadas por la Empresa, con posterioridad a la comisión del hecho infraccional (no haber realizado la documentación exhaustiva antes del inicio de las obras), serán consideradas como una acción orientada a corregir el sub-hecho infraccional y, por lo tanto, resulta idónea para estos efectos.

<sup>56</sup> Según nomenclatura utilizada en Plano 85-11188-G105- Planta General Ubicación Rasgos Arqueológicos, del Anexo C, de la DIA del proyecto.

407. En síntesis, respecto al Hecho Infraccional N° 3, es posible sostener la concurrencia de la circunstancia en análisis en atención a que respecto a los sub-hechos infraccionales a), d), y e), constan en el procedimiento acciones tomadas voluntariamente por el titular, orientadas a corregir los hechos constitutivos de infracción y, por lo tanto, será considerado como un factor de disminución de la sanción.

408. En cuanto al Hecho Infraccional N° 4 –Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS (...)– la empresa ha acompañado al procedimiento sancionatorio, los siguientes antecedentes que dan cuenta de la obtención de los PAS necesarios para el desarrollo de las actividades del proyecto, entre los que se encuentran los siguientes: Ord. CMN N° 3886, de 21 de agosto de 2017, que otorgó PAS 75 y 77 (actuales PAS 131 y 133), respecto de la totalidad del Tramo 1 y la mitad poniente del Tramo 2; Ord. CMN N° 907, de 11 de marzo de 2019, correspondiente al PAS 77 (actual 133), para la ejecución de las obras pendientes en los tramos 2, 3 y 4 del proyecto (este último precisa además, la tramitación de los PAS 75 y 76 para obras específicas –intervención arqueológica de las fundaciones del muro del MH, y para realización de excavaciones arqueológicas en las zonas de los pilotes 20, 21 y 22, y rescate arqueológico de piezas NCA-1, NCA-2 y NCA-3–; e, identifica como actividad arqueológica pendiente la instalación del geotextil en muelle francés); Ord. CMN N° 465, de 02 de febrero de 2017, por el que se obtuvo el PAS 76 (actual PAS 132), para efectuar excavaciones estratigráficas en la Playa La Argolla; Ord. CMN N° 4009, de 05 de octubre de 2018, por el que se obtuvo el PAS 75, para el retiro de las cuñas TNCJ y TEJC; Ord. CMN, N°3942/2018, de 28 de septiembre de 2018, que otorgó el permiso para realizar el rescate arqueológico en el sector Playa La Argolla, Tramo 3 del Proyecto; Ord. CMN N° 3180, de 17 de julio de 2019, que autoriza ejecución de las labores de excavación arqueológica respecto a Pilotes N° 20 y 21; Ord. CMN N° 2600, de 05 de junio de 2019, que autoriza ejecución de las labores de excavación arqueológica relacionadas a hallazgos NCA 1, 2 y 3; Carta de 17 de junio de 2019, por la que se presentó ante el CMN el Formulario de Solicitud PAS 76 (hoy 132), para la instalación del Pilote N° 22.

409. En relación a lo anterior, y luego de analizado cada uno de los antecedentes es posible sostener que la Empresa ha tramitado y obtenido los PAS objeto de la Formulación de Cargos (además de una serie de autorizaciones sectoriales que el CMN determinó su procedencia con ocasión de la ejecución de las obras del proyecto), por lo que las medidas adoptadas por la Empresa serán consideradas como idóneas y eficaces para corregir los hechos constitutivo de infracción, aun cuando fuera realizado en una fecha distinta a la establecida en la evaluación ambiental. En consecuencia, la circunstancia en análisis se tendrá en consideración como un factor de disminución de la sanción respecto a este hecho infraccional.

### **b.3.3) Irreprochable conducta anterior (letra e).**

410. La concurrencia de esta circunstancia es ponderada por la SMA en base al examen de los antecedentes disponibles que dan cuenta de la conducta que, en materia ambiental, ha sostenido en el pasado la unidad fiscalizable. Se entiende que el infractor tiene una irreprochable conducta anterior cuando no se encuentra en determinadas situaciones que permiten descartarla, entre las cuales se cuenta la conducta anterior negativa, entre otras situaciones señaladas en las Bases Metodológicas.

411. A su turno, la Empresa expone que dado que *“no ha sido objeto de procedimientos sancionatorios anteriores ante esta Superintendencia ni ante otras autoridades administrativas por infracciones de carácter ambiental o similares, solicito valorar positivamente la conducta de mi representada.”*

412. Respecto de esta circunstancia, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una

conducta irreprochable anterior, por lo que esto será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente a las infracciones configuradas.

**b.4) Componente de afectación: Capacidad económica del infractor (artículo 40 letra f) de la LO-SMA).**

413. La capacidad económica 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 Pública<sup>57</sup>. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

414. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. En este contexto, el tamaño económico se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. Por otra parte, la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones; de manera tal que este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera.

415. En atención a los criterios utilizados por esta Superintendencia para la ponderación de la capacidad económica del infractor, se ha examinado la información financiera proporcionada por la Empresa a esta Superintendencia, así como aquella información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (en adelante "SII"), correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio, realizada en base a información autodeclarada de cada entidad para el año tributario 2019 (año comercial 2018). De acuerdo a la información contenida en el Estado de Resultados de la empresa al 31 de diciembre del año 2018, presentado por el titular como parte de sus Estados Financieros, se observa que la empresa se sitúa en la clasificación de empresa Grande N°4 –de acuerdo a la clasificación de tamaño económico utilizada por el SII– por presentar ingresos superiores a UF 1.000.000 en el año 2018. En efecto, se observa que sus ingresos por actividades de operación en ese año fueron de \$ 33.213.075.312, equivalentes a UF 1.204.866, considerando el valor de la UF al día 31 de diciembre de 2018.

416. En cuanto a la capacidad de pago, la Empresa no ha presentado información que permita ponderar tal circunstancia en el caso específico.

417. Al tratarse de una empresa categorizada como Grande N°4, es posible afirmar que cuenta con los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para abordar el cumplimiento de la normativa. En virtud de lo señalado con anterioridad,

---

<sup>57</sup> 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."

y debido a que la capacidad económica es un factor de ajuste de la sanción específica, para el caso concreto, esta circunstancia no será considerada como un factor que incida en el componente de afectación de la sanción específica aplicada a la infracción.

#### IX. PROPUESTA DE SANCIÓN O

#### ABSOLUCIÓN

418. 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 SICOMAQ SpA:

419. Respecto a la **infracción N°1**, se propone aplicar una multa de **141 unidades tributarias anuales**.

420. Respecto a la **infracción N°2**, se propone aplicar una multa de **223 unidades tributarias anuales**.

421. Respecto a la **infracción N°3**, se propone aplicar una multa de **34 unidades tributarias anuales**.

422. Respecto a la **infracción N°4**, se propone aplicar una multa de **5 unidades tributarias anuales**.

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





NTR  
Rol D-067-2017