

DEV

DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL D-091-2019, SEGUIDO EN CONTRA DE NOVA AUSTRAL S.A.

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 N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente (en adelante, “LBMA”); la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; el Decreto Supremo N° 430 de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.892, de 1989 y sus modificaciones, ley general de pesca y acuicultura (en adelante, “LGPA”); en el Decreto Supremo N° 320 de 24 de agosto de 2001 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, reglamento ambiental para la acuicultura (en adelante, “RAMA” o “D.S. N° 320/2001”); 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; la Resolución Exenta N° 2124, de fecha 30 de septiembre de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta RA N° 119123/44/2021, de 11 de mayo de 2021, que designa Jefa del Departamento de Sanción y Cumplimiento; 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.

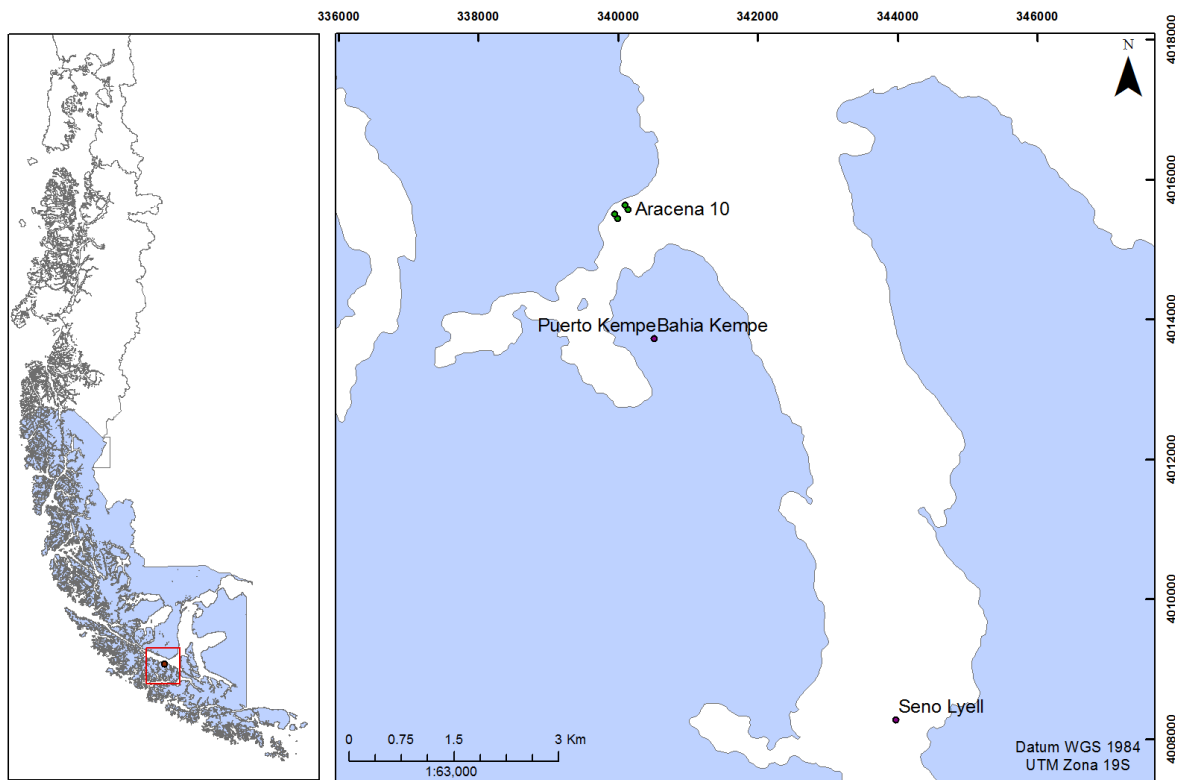
II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DEL INSTRUMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio se inició mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019, de fecha 19 de agosto de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “esta Superintendencia” o “SMA”), que formuló cargos a Nova Austral S.A., rol único tributario N° 96.892.540-7, (en adelante e indistintamente, “el titular” o “la empresa”), titular de la unidad fiscalizable “CES Aracena 10”, consistente en el siguiente proyecto:

1.1. “Centro de engorda de Salmonídeos, Seno Lyell centro (99121116), Seno Lyell - Bahía Kempe (99121118), Isla Capitán Aracena - Grupo B”, sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental (en adelante, “SEIA”) mediante una declaración de impacto ambiental (en adelante, “DIA”), el cual fue calificado favorablemente mediante la Res. Ex. N° 71, de fecha 15 de abril de 2003, de la ex Comisión Regional del Medio Ambiente región de Magallanes y de la Antártica Chilena (en adelante, “RCA N° 71/2003”), rectificadas posteriormente por la Res. Ex. N° 107/2003, de fecha 09 de junio de 2003.

2. De acuerdo a los antedichos instrumentos, el proyecto consiste en la instalación y operación de un centro de cultivo de recursos hidrobiológicos, específicamente de engorda de salmones, al interior del Parque Nacional Alberto de Agostini, ubicado en las aguas que bañan el Noreste de la Bahía Kempe del Seno Lyell de la Isla Capitán Aracena, 98 Km al Sur de la comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena. Dicho centro pertenece a la Agrupación de Concesiones de Salmónidos N° 54B y se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Acuicultura con el N° 120088. A continuación, se ilustra en la siguiente Figura 1 la ubicación relativa del proyecto:

Figura 1: Ubicación del Proyecto



Fuente: Figura 1 Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019

3. La unidad fiscalizable ha implicado, a la presente fecha, una concesión acuícola –otorgada mediante la Resolución N° 1771 del Ministerio de Defensa, de fecha 14 de noviembre de 2003– de una superficie de 36.000 m² para la operación de un centro de engorda de salmonídeos, cuyo proyecto técnico¹ especifica las siguientes condiciones de producción:

3.1. Un máximo de producción de 1.500 toneladas por año/ciclo productivo²;

3.2. Un máximo de 500.000 ejemplares a introducirse al principio de cada año/ciclo;

¹ Capítulo IX, acápite 9., pp. 78 y ss. de la DIA presentada por la empresa; disponible en http://seia.sea.gob.cl/archivos/DIA/2015032301/DIA_4378_DOC_2130389276.pdf

² Se tiene presente que la Excm. Corte Suprema ha asentado que para efectos de la acuicultura, los años declarados corresponden a los ciclos productivos de las distintas especies cultivadas en los centros de engorda, por cuanto “[...] si bien la RCA refiere que la producción autorizada es en relación a toneladas/año, aquello debe entenderse en relación al ciclo productivo de la especie, razón que justifica la aplicación del concepto móvil para establecer que se superó el límite de producción”; vid. fallo de fecha 03 de agosto de 2017, recaído en causa Rol 38.340-2016, cons. 31°.

3.3. A través de la instalación de veinte (20) estructuras de cultivo –balsas-jaulas circulares de 22 metros de diámetro y 17 metros de alto–.

III. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ROL D-091-2019

A. DENUNCIA CIUDADANA

4. Con fecha 23 de agosto de 2018, esta SMA recepcionó una denuncia realizada por doña Ximena Salinas González, en su calidad de Presidenta del Comité Nacional Pro-Defensa de la Flora y Fauna pero sin acompañar mayores antecedentes acerca de su personería (en adelante e indistintamente, “la denunciante”), mediante la cual informó que el centro de cultivo individualizado en el apartado anterior, estando ubicado al interior de un parque nacional, habría generado condiciones anaeróbicas en su lecho o sitio de emplazamiento para el año 2017, además de presentar un uso de estructuras de cultivo en superior número –35– al autorizado por la RCA N° 71/2003 lo que, a su juicio, evidenciaría una sobreproducción.

5. A consecuencia de lo anterior, con fecha 12 de octubre de 2018, esta Superintendencia remitió a la denunciante el Ord. MAG N° 37, comunicándole que se había tomado conocimiento de su denuncia sobre las eventuales infracciones cometidas en la operación del CES Aracena 10, siendo incorporada al Sistema de Denuncias de esta Superintendencia; y que se había abierto el correspondiente expediente de investigación.

B. FISCALIZACIÓN Y DENUNCIA SECTORIAL

6. Con fecha 08 de marzo de 2019, esta Superintendencia recepcionó el Ord. N° 027/2018: E19881, del Director Regional de Pesca y Acuicultura de Magallanes y Antártica Chilena (en adelante, “SERNAPESCA Magallanes”), mediante el cual se remitió el “Informe de Denuncia. Centro de cultivo Aracena 10, Código de centro 120088”, detallando las actividades de inspección efectuadas por parte de personal técnico de la referida repartición a dicha unidad fiscalizable, en atención a sus competencias de fiscalización del cumplimiento de las normas pesqueras y de acuicultura, puntualmente acerca del manejo de residuos.

7. A consecuencia de lo anterior, con fecha 24 de abril de 2019, esta Superintendencia remitió a la denunciante el Ord. MAG N° 39, comunicándole que se había tomado conocimiento de su denuncia respecto de la presencia de elementos, materiales y/o residuos en el fondo marino del CES Aracena 10, siendo incorporada al Sistema de Denuncias de esta Superintendencia.

8. Por otro lado, con fecha 13 de marzo de 2019, esta Superintendencia recepcionó el Ord. N° 028/2018: E19895, del SERNAPESCA Magallanes, mediante el cual se remitió el “Informe de Denuncia. Centro de Cultivo de Salmones Aracena 10 (Código de Centro 120088)”, detallando las actividades de fiscalización documental efectuadas por parte de personal técnico de la referida repartición al CES Aracena 10, en atención a sus competencias de fiscalización del cumplimiento de las normas pesqueras y de acuicultura,

puntualmente acerca de los niveles de producción total, mortalidad y densidad de cultivo del mentado centro durante su último ciclo productivo.

9. A consecuencia de lo anterior, con fecha 24 de abril de 2019, esta Superintendencia remitió a la denunciante el Ord. MAG N° 40, comunicándole que se había tomado conocimiento de su denuncia respecto de la superación de la producción máxima autorizada para el CES Aracena 10, siendo incorporada al Sistema de Denuncias de esta Superintendencia.

10. Con fecha 05 de julio de 2019, mediante comprobante de derivación electrónica, la entonces División de Fiscalización remitió a la entonces División de Sanción y Cumplimiento, ambas de esta Superintendencia, el informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-1295-XII-RCA (en adelante, “el Informe Técnico”), que detalla sendas actividades de fiscalización realizadas por personal técnico del SERNAPECSA Magallanes a la unidad fiscalizable CES Aracena 10, a exponerse en los considerandos siguientes.

IV. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

A. CARGOS FORMULADOS

11. Mediante Memorándum D.S.C. N° 331/2019 de fecha 8 de agosto de 2019, se procedió a designar a Felipe Concha Rodríguez como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Daniela Jara Soto como Fiscal Instructora suplente.

12. Con fecha 19 de agosto de 2019, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio al procedimiento sancionatorio Rol D-091-2019 mediante la formulación de cargos a Nova Austral S.A., contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019, por supuesta infracción al artículo 35 letra “a” de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental. Los cargos imputados son los siguientes:

Tabla 1: Cargos formulados en el procedimiento sancionatorio Rol D-091-2019

N°	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas
1	Inadecuado manejo de residuos: presencia, con fecha 11 de enero de 2019, de distintos elementos en el fondo marino del centro, pertenecientes a las estructuras de cultivo instaladas en ciclos productivos previos, según se detalla en la Tabla 1 de esta	<p><u>RCA N° 71/2003</u> “5.1.1 Se deberá incorporar como normativa sectorial aplicable el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, D.S. 320 DE 2001 (MINECON)”</p> <p><u>D.S. N°320/2001</u> Art. 4 letra “a” “Todo centro de cultivo deberá cumplir siempre con las siguientes condiciones: a) Adoptar medidas para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad, incluidas las mortalidades, compuestos</p>

	Formulación de Cargos	sanguíneos, sustancias químicas, lodos y en general materiales y sustancias de cualquier origen, que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de emisión dictadas en conformidad con el artículo 40 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente”
2	La producción del centro de engorda de salmones excedió el máximo autorizado en su Resolución de Calificación Ambiental y Proyecto Técnico (1.500.000 Kg), para el ciclo productivo 2016-2017; según lo expuesto en los considerandos 15 y ss. de esta Formulación de Cargos	<p><u>RCA N°071/2003</u></p> <p>“3. Que según los antecedentes señalados en la DIA, sus adendas respectivas y carta complementaria, el proyecto consiste en la instalación de dos centros de engorda de salmonídeos, con una producción objetivo de 3000 toneladas anuales, para las dos concesiones [...]</p> <p>5.1.1. Se deberá incorporar como normativa sectorial aplicable el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, D.S. 320 DE 2001 (MINECON) [...]</p> <p>5.1.3 El titular deberá dar cumplimiento con el cronograma de actividades y programa de producción señalado en el respectivo proyecto técnico de la solicitud de concesión adjunta en la DIA [...]</p> <p>5.1.5 En caso de que el Titular decida aumentar su producción, se entenderá esta como una modificación de proyecto Técnico, por lo cual deberá someterse nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”</p> <p><u>D.S. N°320/2001</u></p> <p>Art. 15 “[...] El titular de un centro de cultivo no podrá superar los niveles de producción aprobados en la resolución de calificación ambiental”</p>

Fuente: Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019

B. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ROL D-091-2019

13. En virtud de lo dispuesto en el art. 21 de la LO-SMA, la mencionada Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019 le otorgó en su resuelvo “III.” la calidad de interesada a Ximena Salinas González.

14. En virtud de lo dispuesto en el art. 42 de la LO-SMA y en el art. 6° del D.S. N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, la mencionada Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019 estableció en su resuelvo “IV.” que el infractor tenía un plazo de 15 días hábiles para formular sus descargos.

15. La Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019 fue notificada personalmente de conformidad con el art. 46 de la ley N° 19.880, con fecha 20 de agosto de 2019, según da cuenta el acta levantada al efecto por personal de esta Superintendencia.

16. Con fecha 27 de agosto de 2019 y estando dentro de plazo, el titular ingresó una solicitud de ampliación de plazos para presentar descargos, fundándose en “*el propósito de dar estudio acabado de los antecedentes que conforman el expediente y evaluar con detalle la presentación descargos que en derecho correspondan*”.

17. Mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-091-2019 de fecha 28 de agosto de 2019, el Fiscal Instructor de este procedimiento resolvió otorgar la ampliación de plazos, concediendo el plazo de 7 días hábiles para la presentación de descargos, contados desde el vencimiento del respectivo plazo original.

18. Con fecha 03 de septiembre de 2019 y estando dentro de plazo, el titular ingresó una solicitud de ampliación de plazos para presentar un programa de cumplimiento, fundándose en *“el propósito de dar estudio acabado de los antecedentes que conforman el expediente y evaluar con detalle la presentación del Programa de Cumplimiento que resulte procedente”*.

19. Mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-091-2019 de fecha 03 de septiembre de 2019, el Fiscal Instructor de este procedimiento resolvió otorgar la ampliación de plazos, concediendo el plazo de 5 días hábiles para la presentación de un programa de cumplimiento, contados desde el vencimiento del respectivo plazo original.

20. Con fecha 10 de septiembre de 2019 y estando dentro de plazo, el titular ingresó un programa de cumplimiento en el cual fueron propuestas una serie de medidas para hacer frente a la infracción imputada en el cargo N° 1, al tiempo de acompañar una serie de documentos.

21. Con fecha 24 de septiembre de 2019 y estando dentro de plazo, el titular presentó descargos en contra del cargo N° 2 imputado en su contra mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019, solicitando su absolución y, en subsidio, se calificase la infracción como leve. Asimismo, en el primer otrosí de su presentación, solicitaron se admitiese la declaración de expertos o peritos para efectos de determinar la presunta existencia de daño ambiental derivado de la sobreproducción imputada; al tiempo de acompañar documentos en el segundo otrosí.

22. Mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-091-2019 de fecha 3 de octubre de 2019, se tuvieron por presentados los descargos en el presente sancionatorio y por acompañados los documentos. Asimismo, previo a proveer sobre la diligencia probatoria solicitada en el primer otrosí del escrito de descargos, se requirió al titular para que presentase, dentro de cinco días, ciertos antecedentes para ponderar la pertinencia y conducencia de ello.

23. Mediante la Res. Ex. N° 5/Rol D-091-2019 de fecha 07 de octubre de 2019, se tuvo presente de oficio un cambio de domicilio de la interesada y se ordenó la notificación de dicha resolución como de aquellas que le precedieron a la nueva dirección.

24. Con fecha 04 de noviembre de 2019, mediante Memorándum D.S.C. N° 519/2019 se derivaron los antecedentes asociados al programa de cumplimiento ya individualizado a la Jefatura de la entonces División de Sanción y Cumplimiento de esta SMA, con el objeto de que se evaluaran y se resolviese acerca de su aprobación o rechazo.

25. Mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-091-2019, de fecha 22 de noviembre de 2019, esta Superintendencia resolvió que, previo a proveer el programa de cumplimiento presentado por el titular, este último debía incorporar una serie de

observaciones a la presentación de un programa de cumplimiento refundido, dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación respectiva.

26. Con fecha 29 de noviembre de 2019, esta Superintendencia recibió de parte del titular una solicitud de ampliación de plazo para presentar el programa de cumplimiento refundido, con el propósito de dar un estudio acabo de los antecedentes.

27. Mediante la Res. Ex. N° 7/Rol D-091-2019 de fecha 02 de diciembre de 2019, esta Superintendencia concedió la ampliación de plazos solicitada, por un término de 5 días hábiles contados desde el vencimiento del plazo original.

28. Mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-091-2019 de fecha 6 de diciembre de 2019, esta Superintendencia resolvió rechazar la declaración de expertos y peritos solicitada por el titular, al no haber cumplido con lo ordenado mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-091-2019. Asimismo, le requirió la entrega de sus estados financieros o cualquier documentación que acreditase sus ingresos anuales y mensuales para los años 2017, 2018 y 2019, dentro de cinco días hábiles desde la notificación respectiva.

29. Con fecha 13 de diciembre de 2019 y estando dentro de plazo, el titular ingresó los antecedentes requeridos, solicitando se decretase su reserva, en conformidad con el art. 21 N° 2 de la ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública.

30. Con fecha 16 de diciembre y estando dentro de plazo, el titular ingresó un programa de cumplimiento refundido en el cual fueron propuestas medidas para hacer frente al cargo N° 1, al tiempo de acompañar una serie de documentos.

31. Mediante la Res. Ex. N° 9/Rol D-091-2019, de fecha 22 de enero de 2020, esta Superintendencia resolvió que, previo a proveer el programa de cumplimiento refundido presentado por el titular, este último debía incorporar una serie de observaciones a la presentación de un segundo programa de cumplimiento refundido, dentro del plazo de 6 días hábiles contados desde la notificación respectiva; al tiempo de tener por acompañados ciertos antecedentes.

32. Mediante la Res. Ex. N° 10/Rol D-091-2019 de fecha 29 de enero de 2020, esta Superintendencia concedió la reserva de la información acompañada por el titular con fecha 13 de diciembre de 2019. A su vez, ordenó al titular la práctica diligencias probatorias en la forma de una extracción de muestras de sedimento del fondo marino bajo el centro de engorda –así como de un punto de control–, determinando al menos seis parámetros, junto con la práctica de videograbaciones acuáticas submarinas alrededor de los módulos de cultivo o en transectas según el caso; todo ello practicado por una ETFA elegida por esta SMA a partir de una quina a ser propuesta por el titular dentro de cinco días y con la supervisión directa de la entonces División de Fiscalización.

33. Con fecha 31 de enero de 2020 y estando dentro de plazo, el titular ingresó una solicitud de ampliación de plazos, con el propósito de analizar las diligencias decretadas y preparar la quina de ETFAs para la ejecución de las mismas.

34. Mediante la Res. Ex. N° 11/Rol D-091-2019 de fecha 3 de febrero de 2020, esta Superintendencia concedió la ampliación de plazos solicitada, por un término de 2 días hábiles contados desde el vencimiento del plazo original.

35. Con fecha 17 de febrero de 2020 y estando dentro de plazo, el titular presentó una solicitud de ampliación del plazo establecido para la presentación de un nuevo programa de cumplimiento refundido, fundado en el propósito de dar un estudio acabado a los antecedentes.

36. Mediante la Res. Ex. N° 12/Rol D-091-2019 de fecha 19 de febrero de 2020, esta Superintendencia concedió la ampliación de plazos solicitada, por un término de 3 días hábiles contados desde el vencimiento del plazo original.

37. Mediante la Res. Ex. N° 13/Rol D-091-2019 de fecha 26 de febrero de 2020, esta Superintendencia tuvo por cumplido lo ordenado mediante la Res. Ex. N° 10/Rol D-091-2019, seleccionando a la ETFA "Aquaestión S.A." para los análisis de sedimentos decretados. Asimismo, decretó que la diligencia probatoria sería durante la primera semana del mes de marzo de 2020, ordenando al titular dar aviso, con 48 horas de antelación, del día, hora y lugar de zarpe para el traslado del personal de esta SMA al lugar de ejecución de las actividades.

38. Con fecha 27 de febrero de 2020 y estando dentro de plazo, el titular ingresó un nuevo programa de cumplimiento refundido en el cual fueron propuestas medidas para hacer frente al cargo N° 1, acompañando ciertos antecedentes.

39. Mediante Memorandum D.S.C. N° 180/2022 de fecha 20 de marzo de 2020, se procedió a designar a Julián Cárdenas Cornejo como Fiscal Instructor suplente.

40. Mediante la Res. Ex. N° 14/Rol D-091-2019 de fecha 25 de mayo de 2020, esta Superintendencia aprobó el programa de cumplimiento presentado por el titular. Cabe señalar que el resuelto "IV." de dicha resolución estableció la bifurcación del procedimiento D-091-2019, únicamente con respecto al cargo materia del PdC aprobado; dándose paso, de esta manera, al procedimiento Rol P-001-2020.

41. Mediante la Res. Ex. N° 15/Rol D-091-2019, de fecha 26 de mayo de 2020, se solicitó a la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, "SEA") que se pronunciase respecto de si la producción de salmónidos, en exceso a lo ambientalmente evaluado y aprobado, supone un cambio de consideración que requiere del ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 y 10 letra "n", de la Ley N° 19.300 y los artículo 2 letra "g" y 3 letra "n" del D.S. N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente. Igualmente, mediante la antedicha resolución se ofició a la Corporación Nacional Forestal (en adelante, "CONAF") para que informase acerca del objeto de protección del Parque Nacional Alberto de Agostini, así como respecto de las distintas especies biológicas que pudieran haberse visto afectadas producto de la infracción imputada en el presente sancionatorio, y/o producto de la existencia de condiciones anaeróbicas o carentes de oxígeno en el área de concesión. Atendido lo anterior, el Resuelto "III" de la Res. Ex. N° 15/Rol D-091-2019 decretó la suspensión del presente procedimiento sancionatorio, en conformidad con el art. 9 inciso cuarto de la ley N° 19.880.

42. Con fecha 14 de julio de 2020 y estando suspendido el procedimiento, el titular interpuso recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 15/Rol D-091-2019 por las razones indicadas en dicha presentación.

43. Mediante el ORD. N° 415/2020, de 04 de agosto de 2020, el Director Ejecutivo de CONAF informó a esta Superintendencia sobre los objetos de conservación y efectos derivados de los excesos de producción del CES Cockburn 23 en el Parque Nacional Alberto de Agostini, en el marco del procedimiento Rol D-094-2019, al encontrarse tal centro dentro de dicha área protegida. Dada la situación del CES Cockburn 23 como análoga a la situación imputada en el presente sancionatorio con respecto al CES Aracena 10 y la generalidad de lo informado por CONAF, es que dicha información fue incorporada al presente procedimiento, como se verá más adelante.

44. Con fecha 28 de diciembre de 2020, el titular ingresó una presentación con la que acompañó el informe en derecho "*Non bis in ídem y régimen sancionador ambiental*", de fecha 08 de enero de 2020. Asimismo, en paralelo hizo otra presentación, con la que acompañó el documento "*Informe técnico final. Asesoría técnica procesos sancionatorios Nova Austral S.A.*", de fecha noviembre de 2020.

45. Con fecha 6 de abril de 2021, esta Superintendencia recibió una carta del titular, haciendo entrega de los resultados de las mediciones realizadas al sedimento del fondo marino bajo el CES Aracena 10 y fuera de este; durante 2020; todo en conformidad a lo dispuesto por la Res. Ex. N° 10/Rol D-091-2019.

46. Con fecha 14 de junio de 2021, esta Superintendencia recibió una carta del titular, haciendo entrega de los resultados de las mediciones realizadas al sedimento del fondo marino bajo el CES Aracena 10 y fuera de este durante 2021; y del análisis a la filmación acuática submarina de 2021; todo en conformidad a lo dispuesto por la Res. Ex. N° 10/Rol D-091-2019.

47. Mediante el OF. ORD. N° 202199102652, de 19 de agosto de 2021, el Director Ejecutivo del SEA informó a esta Superintendencia respecto de si la producción de salmónidos, en exceso a lo ambientalmente evaluado y aprobado, supone un cambio de consideración que requiera ingresar al SEIA, en el marco del procedimiento Rol D-091-2019, y respecto del cual se le imputa una sobreproducción de 383,5 toneladas app. en el ciclo 2016 - 2017, para el CES Aracena 10.

48. Mediante la Res. Ex. N° 16/Rol D-091-2019, de fecha 25 de agosto de 2021, esta Superintendencia alzó la suspensión a este procedimiento, tuvo por acompañados los antecedentes presentados por la empresa durante la suspensión del procedimiento, incorporó los Informes entregados por el SEA y CONAF confiriendo traslado al titular para que adujese las alegaciones que estimase convenientes dentro de un plazo de diez días hábiles contados desde su notificación y declaró inadmisibles los recursos de reposición interpuestos con fecha 14 de julio de 2020, en contra de la Res. Ex. N° 15/Rol D-091-2019.

49. Con fecha 31 de agosto de 2021, esta Superintendencia recibió una solicitud de ampliación del plazo de parte de la titular para realizar sus observaciones a los Informes entregados por el SEA y CONAF.

50. Mediante la Res. Ex. N° 17/Rol D-091-2019 de fecha 1 de septiembre de 2021, esta Superintendencia concedió la ampliación de plazos solicitada, por un término de cinco días hábiles contados desde el vencimiento del plazo original.

51. Con fecha 16 de septiembre de 2021, encontrándose dentro de plazo ampliado, la titular presentó ante esta Superintendencia un escrito en virtud del cual realizó observaciones a los Informes entregados por el SEA y CONAF, así como respecto de los resultados de las mediciones efectuadas en el CES Cockburn 10, acompañando ciertos antecedentes.

52. Con fecha 10 de diciembre de 2021, la titular realizó una nueva presentación, solicitando tener presente las medidas adoptadas por la empresa desde 2019 a la fecha para mejorar su gestión ambiental y asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental, y manifestando sus aprehensiones a propósito de las declaraciones emitidas por el Superintendente del Medio Ambiente en reportaje del programa Informe Especial de TVN (emitido el 9 de septiembre de 2021), a la vez, la empresa entregó de oficio información acerca de su situación económica.

53. Mediante Memorándum D.S.C. N° 48/2022 de fecha 26 de enero de 2022, se procedió a designar a Ivonne Miranda Muñoz Fiscal Instructora suplente.

54. Mediante la Res. Ex. N° 18/Rol D-091-2019 de fecha 2 de febrero de 2022, esta Superintendencia tuvo presentes las alegaciones aducidas por la empresa con fechas 16 de septiembre y 10 de diciembre de 2021, por incorporados los antecedentes aportados en ambas oportunidades y, en virtud de los arts. 40 y 50 de la LO-SMA, la requirió para que acompañase cierta información dentro del plazo de seis días hábiles contados desde la respectiva notificación.

55. Con fecha 14 de febrero de 2022, esta Superintendencia recibió una solicitud de ampliación del plazo de parte de la titular *“con el propósito de recopilar la extensa cantidad de información y antecedentes solicitados en la mencionada resolución, los cuales corresponden a información técnica, financiera y comercial, entre otros”*.

56. Mediante la Res. Ex. N° 19/Rol D-091-2019 de fecha 14 de febrero de 2022, esta Superintendencia concedió la ampliación de plazos solicitada, por un término de tres días hábiles contados desde el vencimiento del plazo original.

57. Con fecha 24 de febrero de 2022 y estando dentro de plazo, el titular ingresó a esta Superintendencia la información requerida.

58. Finalmente, mediante la Res. Ex. N° 20/Rol D-091-2021, de fecha 09 de junio de 2022, esta Superintendencia tuvo por respondido el requerimiento de información, tuvo por acompañados los antecedentes y decretó su reserva, tuvo por incorporadas los resultados de las diligencias probatorias de 2020, tuvo por incorporadas las actas de inspección ambiental levantadas en 2020 y 2021 a propósito de las

diligencias probatorias, ordenó la notificación de la interesada en el Diario Oficial y dispuso el cierre de la investigación.

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

59. El inciso primero del artículo 51 de la LOSMA 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 LOSMA, dispone como requisito mínimo del Dictamen, señalar la forma como 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.

60. 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 indicar 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 él³.

61. 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”⁴.

62. 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, clasificación de las infracciones y ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

VI. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

63. En este capítulo, considerando los antecedentes y medios de prueba tenidos a la vista, se analizará la configuración de la infracción que se ha imputado a Nova Austral S.A. en el presente procedimiento administrativo sancionatorio. Para ello, se hará un recuento de lo levantado durante las actividades de

³ Al respecto véase TAVOLARI, Raúl. El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, p. 282.

⁴ Considerando vigésimo segundo sentencia de 24 de diciembre de 2012, Rol 8654-2012, Corte Suprema.

fiscalización para el cargo y se expondrán las respectivas obligaciones ambientales cuyo incumplimiento se imputó mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019. Luego, se expondrán las defensas del titular para cada asunto y su correspondiente análisis.

A. NATURALEZA DE LA IMPUTACIÓN

64. El **Cargo N° 2** se imputó como una infracción de aquellas tipificadas en el artículo 35, letra a), de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la resolución de calificación ambiental, específicamente por superar la producción máxima autorizada de 1.500 ton en su proyecto técnico (Considerandos 3, 5.1.1, 5.1.3 y 5.1.5 de la RCA N° 71/2003) en el ciclo 2016-2017, desde la semana 41 de 2017 hasta la semana 49 de 2017, excediendo lo autorizado en 377.016 kg.

65. En detalle, la RCA N° 73/2003, en su considerando 3 dispone que *“según los antecedentes señalados en la DIA, sus adendas respectivas y carta complementaria, el proyecto consiste en la instalación de dos centros de engorda de salmonídeos, con una producción objetivo de 3000 toneladas anuales, para las dos concesiones”*. Luego, el considerando 5.1.3 del instrumento de gestión ambiental en comento indica que *“[e]l titular deberá dar cumplimiento con el cronograma de actividades y programa de producción señalado en el respectivo proyecto técnico de la solicitud de concesión adjunta en la DIA”*. Este Proyecto Técnico, como fuera indicado previamente, considera la siembra por ciclo productivo de 500.000 salmónidos para alcanzar una producción máxima equivalente a 1.500.000 Kg –o 1.500 toneladas–, máxima cantidad autorizada a mantenerse en las estructuras de cultivo durante la ejecución del mismo.

66. En concreto, a partir de las precedentes condiciones, normas y medidas infringidas, el referido cargo consiste en lo siguiente: *“La producción del centro de engorda de salmónes excedió el máximo autorizado en su Resolución de Calificación Ambiental y Proyecto Técnico (1.500.000 Kg), para el ciclo productivo 2016-2017; según lo expuesto en los considerandos 15 y ss. de esta Formulación de Cargos”*.

B. ANTECEDENTES PROBATORIOS CONSIDERADOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS

67. Según se consigna en el informe denuncia recepcionado por esta Superintendencia con fecha 13 de marzo de 2019, el CES Aracena 10 se encontraba en descanso posterior al periodo de cosecha, que había finalizado en diciembre de 2017. De acuerdo a los datos aportados por el propio titular en la plataforma Sistema de Información para la Fiscalización de Acuicultura (en adelante, “SIFA”) manejada por el SERNAPESCA, y de acuerdo a lo que resume este último organismo, en el último ciclo 2016-2017 se ingresaron 388.964 ejemplares de salmón del atlántico –*Salmo salar*–, llegando a término de ciclo 335.280 peces, equivalente a 1.798.166,55 Kg, con una mortalidad acumulada de 44.171 peces, equivalentes a 85.362,98 Kg. Por ello, la producción total de este centro de cultivo en su último ciclo productivo fue de 1.883.529,53 Kg⁵.

⁵ Cabe hacer presente que, en el marco de la denuncia y la posterior formulación de cargos, se constató mediante tres fuentes distintas que Nova Austral S.A. produjo por sobre lo autorizado en el CES Cockburn 10, de manera que los montos informados por las distintas fuentes varían levemente entre sí, sin perjuicio que todas están cercanas a un cuarto de sobreproducción por sobre lo evaluado. En este contexto, para efectos del cálculo del beneficio económico

68. Para tal análisis, SERNAPESCA Magallanes contó con los siguientes antecedentes, todos aportados por el titular a través de la plataforma SIFA manejada por dicha repartición:

- i. Reportes semanales de mortalidad informados por el titular por unidad de cultivo;
- ii. Declaración de siembra de peces informados por titular por unidad de cultivo;
- iii. Certificados de autorización de movimientos (CAM) emitidos por el servicio a requerimiento del titular; y
- iv. Sistema de acceso a la plataforma de información institucional –“Reporteador”–, herramienta de búsqueda de información del servicio.

69. Sin perjuicio de lo anterior, una segunda fuente de información para evaluar la sobreproducción del centro de cultivo es la que aportó el titular en su Declaración Jurada Cosecha que entregó a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, en cumplimiento de la normativa sectorial. En ella se aprecia que el número de peces cosechados en relación a los datos aportados también por el titular pero en plataforma SIFA del SERNAPESCA es levemente menor, alcanzando 334.725 peces, lo cual corresponde a una diferencia de 249 peces (-0.074%).

70. Como tercera fuente tenida a la vista por parte de SERNAPESCA Magallanes, el titular entregó durante ese período la información de abastecimiento a través de la plataforma “Trazabilidad” manejada por dicha autoridad sectorial; registro que también indica sobreproducción, con valores muy similares a los informados por el titular a través del ingreso de información a través de sus declaraciones en SIFA. De acuerdo a este reporte de “Trazabilidad” la materia prima procesada proveniente del CES Aracena 10 fue de 335.193 peces y 1.791,653 toneladas.

C. DESCARGOS Y OTRAS ALEGACIONES POR PARTE DEL TITULAR

71. Habiendo sido notificado personalmente el titular con fecha 20 de agosto de 2019 de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-091-2019, que dio inicio al presente procedimiento sancionatorio administrativo, Nova Austral S.A. presentó escrito de descargos dentro del plazo otorgado para tal efecto, así como también acompañó prueba documental.

72. El escrito de descargos está organizado en varias secciones. La primera versa acerca de la no configuración de la infracción, por cuanto: no se habría sobrepasado el límite de producción según el conteo propio de la empresa; no se estaría atendiendo a la correcta fórmula legal de conteo; la cantidad de peces sembrados se habría ajustado al límite; la mortalidad habría sido inferior a la proyectada para cada ciclo en la DIA; y no habría habido intencionalidad, requisito indispensable para la configuración de este tipo de infracción.

obtenido con motivo de la infracción que se realiza en esta resolución, se han considerado el monto de producción total sobre la base de lo informado por SERNAPESCA en la Tabla 4 de su denuncia, por representar el escenario oficial más conservador, adicionado a la cifra oficial de mortalidad –desde SIFA–.

73. En segundo término, prosiguen las alegaciones en contra de cada una de las tres clasificaciones atribuidas a la infracción imputada, señalando la empresa que esta Superintendencia no habría demostrado la existencia de daño ambiental a consecuencia del hecho imputado, ya que habría realizado un análisis teórico al respecto, limitado a afirmaciones generales sobre la industria acuícola y suposiciones sobre el caso particular, con excepción del Informe Ambiental (en adelante, “INFA”) de fecha 20 de noviembre de 2017 que arrojó resultados de anaerobiosis, pero que no implicaría necesariamente la generación de daño ambiental.

74. A su vez, indica que tampoco hay elusión al sistema de evaluación de impacto ambiental producto de la supuesta sobreproducción y que menos consiste ello en una actividad sin autorización dentro de un área silvestre protegida por el Estado, ya que el Proyecto contaría con las autorizaciones ambientales y sectoriales —concesión de acuicultura y RCA correspondientes— para desarrollar su actividad dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini.

75. Enseguida, el titular procede a desarrollar cómo cada una de las circunstancias del art. 40 de la LO-SMA concurren a su favor en lo que concierne a la determinación de la sanción específica a ser aplicada por esta SMA. Estas defensas, junto con aquellas que versan acerca de la configuración y clasificación de la infracción, serán ponderadas en el presente dictamen, en lo que corresponda.

76. Por otro lado y tal como fue expuesto más arriba, la empresa ingresó el documento “Informe técnico final. Asesoría técnica procesos sancionatorios Nova Austral S.A.” elaborado por la empresa Costasur Ltda., y el informe en derecho “*Non bis in ídem y régimen sancionador ambiental*”. El primero, en síntesis, señala que la evidencia empírica empleada por esta SMA para concluir un eventual daño ambiental —filmaciones subacuáticas y muestras de sedimento— además de ser extemporánea, adolecería de una condición sub-estándar que no permitiría demostrar una causalidad directa entre los daños sobre el ecosistema acuático y la sobreproducción. Al efecto, destaca que para establecer cualquier efecto sobre el medio se debería considerar una serie de variables, elementos y factores que no fueron tenidas a la vista.

77. Por su parte, en resumen, el informe en derecho expone que, el hecho imputado es la sobreproducción de salmones conforme a los parámetros establecidos en la respectiva RCA (artículo 35 letra a) de la LO-SMA), pero al mismo tiempo se considera que esa producción debió haber ingresado al SEIA, por lo que se aplica la calificante prevista en el artículo 36 N° 2 letra d) de la LO-SMA, lo que implicaría una doble valoración, toda vez que, conforme al artículo 60 de la LO-SMA, esta SMA debería optar por subsumir la infracción de la letra a) del artículo 35 en la hipótesis de la letra b) de dicho artículo relativa a la elusión, para cumplir con la esencia del principio *non bis in ídem*, en la medida de que el mismo hecho no puede ser sancionado dos veces.

78. A su vez, el titular evacuó dentro de plazo el traslado conferido mediante la Res. Ex. N° 16/Rol D-091-2019, en el cual realizó observaciones a los informes remitidos a esta SMA por el SEA y la CONAF, así como respecto de los resultados de las diligencias probatorias efectuadas en el CES Aracena 10.

79. En cuanto al informe del SEA, la empresa reitera lo referido en cuanto a la supuesta vulneración al principio *non bis in ídem* e indica que el SEA excedería su ámbito legal de competencias al configurar daño ambiental y que tampoco aporta antecedentes que permitan acreditarlo. Mientras que, sobre el informe de la CONAF arguye que los objetos de protección identificados no coincidirían con aquellos establecidos en el acto administrativo que creó el Parque Nacional Alberto de Agostini, por lo que las conclusiones respecto de su posible afectación no deben ser consideradas, junto con destacar que se describen una serie de efectos “presumibles” sin aportar antecedentes concretos que permitan sustentarlos.

80. Respecto de los resultados de las mediciones efectuadas en el CES Aracena 10, el titular alega que la toma de muestras y análisis no se ajustaron a los requisitos establecidos en la Resolución N° 3612/2009 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, ni a los exigidos por la Res. N° 10/Rol D-091-2019. Además, existiría un desfase temporal entre el ciclo productivo en que se imputa la infracción y el periodo en que se efectúan las mediciones que, sumado al hecho de que se trata de mediciones sub-estándar, impide obtener conclusiones verosímiles y confiables para acreditar un supuesto daño ambiental. Aun así, los resultados obtenidos darían cuenta de mejoras respecto de ciertos parámetros al compararlos con los contenidos en la INFA interna llevada a cabo en septiembre de 2019.

81. Cabe señalar que los documentos individualizados en los considerandos anteriores constituyen realmente un conjunto de alegaciones y antecedentes que vienen a reforzar lo aducido originalmente en el escrito de descargos en contra de cada una de las clasificaciones de la infracción imputada; razón por la que serán ponderados, conjuntamente, con aquéllos.

82. Por último, el titular manifestó varias aprehensiones a propósito de las declaraciones emitidas por el ex Superintendente del Medio Ambiente en un reportaje del programa “Informe Especial” emitido por Televisión Nacional de Chile con fecha 9 de septiembre de 2021, referido específicamente a Nova Austral y a los procedimientos sancionatorios que ha conocido y está conociendo actualmente la SMA. Sostiene que las autoridades que intervinieron como entrevistadas en el reportaje, en particular el jefe de servicio, emitieron declaraciones que habrían hecho ver equivocadamente a Nova Austral frente a la opinión pública como una compañía que opera al margen de la normativa ambiental, atribuyéndole la comisión de infracciones cuyos alcances y circunstancias aún eran objeto de investigación y que no habían sido acreditadas.

83. Agrega que las declaraciones del ex Superintendente del Medio Ambiente implicaron un prejuizgamiento de tales hechos, en infracción manifiesta a las normas jurídicas que rigen el actuar de la SMA y de principios cruciales como el de juridicidad, imparcialidad y probidad administrativa. Asimismo, la empresa indica que dichas declaraciones habrían implicado una infracción al principio de presunción de inocencia, en un contexto donde hay procedimientos sancionatorios en curso y sin resolución firme y ejecutoriada respecto de Nova Austral S.A. y, a pesar de ello, se le acusó de ser un infractor serial o de ser el titular con peor desempeño ambiental que la SMA conozca.

84. Finalmente, el titular sostiene que el ex Superintendente se habría excedido de las competencias que le han sido asignadas por ley, a partir de declaraciones como “*tenemos que apuntar a un ordenamiento territorial que indique y dé las señales correctas para que los usos que se realizan en un área protegida sean compatibles con su*

objeto de protección”, por cuanto no le compete definir si un determinado proyecto puede o no, o si debiera o no, desarrollarse en un área protegida.

D. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS, OTRAS ALEGACIONES Y MEDIOS PROBATORIOS APORTADOS AL PROCEDIMIENTO

85. Tal como se adelantó más arriba, la empresa arguye que no se habría configurado la infracción objeto del cargo N° 2 de la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019, debido a una serie de consideraciones. En resumen, no se habría sobrepasado el límite de producción según el conteo interno del titular, o bien no se estaría atendiendo a la correcta fórmula legal de conteo, considerando a su vez la cantidad de peces sembrados holgadamente por debajo del límite; que la mortalidad habría sido inferior a la proyectada para cada ciclo en la DIA. Por último, que no habría habido intencionalidad, requisito indispensable para la configuración de este tipo de infracción. Todas estas alegaciones serán tratadas a continuación.

a) No hubo sobreproducción según conteo interno de la empresa; alegaciones acerca de la correcta fórmula legal de conteo

86. Según lo señalado por el titular, la producción del CES Aracena 10 para el período 2016-2017 habría sido de 1.482.944 kg., sin que se haya excedido de los 1.500.000 kg. establecidos en el proyecto técnico del centro, utilizado como referencia por la RCA N° 71/2003. Fundamenta esta cifra sobre la base de los datos obtenidos de la plataforma *FishTalk*, software ampliamente utilizado en la industria acuícola y mediante el cual Nova Austral S.A. efectúa la trazabilidad de sus procesos de producción, cuya diferencia con respecto a los datos obtenidos por SERNAPESCA a través de la plataforma SIFA se explica porque en esta última se ingresan los datos según el conteo efectuado en el respectivo centro, sin que exista una verificación del conteo. Por lo demás, señala que la verificación constituiría una práctica habitual en el rubro acuícola, para lo que se cuenta con un instructivo sectorial que fija el procedimiento a seguir frente a la detección de diferencias de saldos en cada una de las etapas de un ciclo productivo.

87. Al respecto, cabe traer a colación el Decreto N° 129, de 18 de diciembre de 2013, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que establece reglamento para la entrega de información de pesca y acuicultura y la acreditación de origen, el que establece los diferentes mecanismos a través de los cuales el titular debe cumplir su deber de información para con SERNAPESCA. En este sentido, ya sea que se trate de información relativa a la cosecha proveniente de un centro de cultivo -art. 7° N° 3- o bien de aquella información relativa al abastecimiento de materia prima por parte de una planta de procesamiento o transformación -art. 10° letra “a”- e independiente de la vía por la que se presente, el art. 16 del citado reglamento dispone que “[e]l Servicio recibirá los formularios, devolviendo una copia del formulario debidamente timbrado y fechado al interesado; o entregando un certificado electrónico, según corresponda [...] Por otra parte, los declarantes podrán, en casos debidamente justificados, solicitar en el plazo de 15 días hábiles la rectificación de los errores meramente formales en que hayan incurrido en su declaración. Dicha solicitud estará sujeta a la aceptación o rechazo por parte del Servicio” (el subrayado es nuestro).

88. Dadas estas consideraciones, mal puede este Fiscal Instructor atribuirle valor probatorio alguno al documento “Registro de siembra, mortalidad y cosecha del CES Aracena 10 para el ciclo productivo 2016-2017”, extraído de la plataforma *FishTalk* y respecto del cual no consta recepción formal por parte de la autoridad sectorial, no pudiendo acreditar que la empresa se haya acogido efectivamente a la posibilidad de rectificar las diferencias de saldos por concepto de biomasa cosechada dentro de los plazos respectivos, ni menos que dicho ejercicio haya sido aceptado finalmente por SERNAPESCA. Por lo demás, el archivo acompañado no permite trazar el origen de los datos que contiene.

89. Por otro lado, el titular señala que la fórmula de cálculo empleada en la imputación ha omitido la resta de los niveles de mortalidad y otras pérdidas, como la Excm. Corte Suprema habría dicho que debe hacerse, en la sentencia puntualmente citada. Ello se fundamentaría en que la definición del art. 2 letra “n)” del RAMA no engloba las mortalidades, sino que se refiere a la biomasa cosechada, más los remanentes existentes en un ciclo productivo que no han sido cosechados. Valga relevar que la norma citada define “producción” como aquel “*resultado de la suma de todos los egresos, expresados en toneladas, kilos o unidades, y del remanente existente en un centro de cultivo en un período determinado*”.

90. Al respecto, baste con señalar que el titular presenta un análisis parcial de la sentencia de fecha 3 de agosto de 2017 recaída en causa rol N° 38.340-2016, que acogió los recursos de casación en la forma y el fondo interpuestos por esta SMA en contra de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, que había dejado sin efecto la sanción impuesta a Exportadora Los Fiordos Ltda. en el procedimiento rol F-002-2015, precisamente por un caso de sobreproducción acuícola. En efecto, en el fallo del máximo tribunal se decidió que el correcto concepto de producción conforme al art. 2 letra “n)” del RAMA no debe restringirse únicamente a las especies cosechadas al final del ciclo, sino que debía incluir aquellas especies que se encuentran listas para cosechar en las jaulas.

91. Esto último precisamente guarda relación con el objetivo de protección ambiental de la normativa acuícola, que pone su foco no en los niveles de producción sino en los de emisión, que es lo que genera efectos negativos en el entorno y que, tratándose de un cultivo de recursos hidrobiológicos, estará determinado por la magnitud de la biomasa que se mantiene en cultivo pues esta determinará el nivel de alimento utilizado, antibióticos, estructuras en que se mantienen, etc. Bajo estas consideraciones y *a fortiori*, la mortalidad debe constituir producción en los términos del art. 2 letra “n)” del RAMA. Aun cuando un individuo no llegue a final del ciclo para el cual fue sembrado, no por ello deja de ser un individuo que, a lo largo de su engorda al interior del centro y hasta su deceso, fue alimentado y medicado, defecó y consumió oxígeno.

92. Por todo lo anterior, la alegación según la cual no se habría sobrepasado el límite de producción según el conteo interno del titular y en atención a la correcta fórmula de conteo **debe ser rechazada**.

- b) Cantidad de peces sembrados se ajustó al límite; mortalidad inferior a la proyectada para cada ciclo en DIA; no hubo intencionalidad de sobreproducir

93. La empresa sostiene que, para la determinación de la producción final de un ciclo productivo, es necesario considerar la cantidad de peces sembrados y restar el error de conteo y mortalidad: el número de ejemplares ingresados a siembra siempre será el primer parámetro para determinar la existencia de una eventual sobreproducción. Como consta en la DIA del proyecto, el número máximo de individuos a sembrar corresponde al indicado en el respectivo proyecto técnico, que se incluyó como Anexo 9 y que contempla un máximo de 500.000 peces. Pues bien, para el ciclo productivo 2016-2017 se ingresó a siembra un total de 388.217 ejemplares, número considerablemente por debajo del umbral.

94. Por otro lado y de acuerdo con lo señalado en la DIA del proyecto, se generarían 251 toneladas o 3.596 m³ de mortalidad en cada ciclo de producción. Sin embargo, como consta en los antecedentes acompañados como Anexo 1, la mortalidad obtenida durante dicho ciclo productivo en el CES Aracena 10 fue solamente de 105.445 kg., es decir, 105 toneladas, muy por debajo del umbral máximo estimado en la DIA, aunque significativamente por sobre lo indicado en el informe denuncia de SERNAPESCA.

95. En tercer lugar y quedando de manifiesto que no ha existido intención de sobreproducir de parte de la empresa, dada la menor mortalidad obtenida con respecto a la cantidad de peces sembrados bajo el umbral del proyecto técnico, en ningún caso podría considerarse configurada una infracción al respecto.

96. Ahora bien y sin perjuicio de la relevancia que se les asigne en la ponderación del componente de afectación, las alegaciones según la cual no se habría configurado la infracción por no haberse sobrepasado el umbral de siembra, haberse obtenido una mortalidad inferior a la proyectada y no haber concurrido la empresa con intencionalidad al hecho objeto del cargo N° 2, **deben ser rechazadas**. En efecto, para la determinación del hecho constitutivo de infracción se considera el total de la biomasa generada durante todo el ciclo hasta que se pone término a la cosecha. El hecho de incurrirse en una sobreproducción como resultado de un ciclo productivo es en sí mismo una conducta infraccional que afecta dicho ciclo en su conjunto, sin importar la cantidad de peces sembrada o la mortalidad proyectada a su inicio; y que, por ende, se configura independientemente de la intencionalidad del titular.

97. Igualmente, cabe relevar que la producción en una industria como la acuícola obedece a un proceso continuo de siembra, engorda y cosecha, objeto de planificación cuidadosa, en la que inciden aspectos tales como la planificación del establecimiento y crecimiento de los ejemplares de cultivo conforme a determinadas condiciones de siembra, un régimen de alimentación y cuidado sanitario, además de condiciones de cosecha determinadas, con especial atención al peso promedio de los ejemplares cultivados; lo que forma parte inherente del giro comercial del titular. Estos aspectos se canalizan en reportes permanentes a la autoridad sectorial –SERNAPESCA– acerca del aumento de la biomasa a lo largo de todo el ciclo, semana a semana, lo que permite asegurar que la conducta infraccional se verificó con pleno conocimiento por parte del titular de las consecuencias de continuar sucesivamente con las prácticas productivas que llevaron a un resultado de sobreproducción.

98. Por lo tanto, y sin perjuicio del análisis propio del componente de afectación, **no viene al caso atender al número de peces sembrados ni de la mortalidad originalmente proyectada** para determinar la configuración de la infracción, toda vez

que es al final del ciclo cuando se evalúa la producción total y ésta se compara con el máximo permitido por la RCA respectiva. Además, **al sobrepasar los límites establecidos en la RCA N° 71/2003, en el orden de un 25% de lo autorizado, se va en contra del objeto mismo de la planificación, que es prevenir la generación de efectos no deseados**, ya que la evaluación y predicción de impacto ambiental consideró que no existirían efectos adversos significativos sólo con el nivel de producción comprometido en la RCA y no con otro valor, según las características del lugar definido en la caracterización preliminar de sitios (CPS) entregada por el propio titular.

99. Esta conducta por lo demás, fue sostenida y respecto de la misma era posible prever su resultado, que es la concurrencia de efectos no deseados por la sobrecarga del sistema acuático. Así, la conducta infraccional corresponde, por tanto, a la serie de actos sucesivos que dan lugar a una superación de los límites de producción autorizados, los que surgen a consecuencia de una planificación determinada por parte del titular, el cual por lo demás está siempre en condiciones de prever el resultado del ciclo de producción, que en este caso fue considerablemente por sobre lo previsto en la evaluación ambiental.

100. En atención a todo lo expuesto anteriormente, sin que se contradigan los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, **no pudiendo las alegaciones controvertir el hecho imputado mediante el cargo N° 2 objeto de la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019, se tiene por probado y se tiene por configurada la infracción en consecuencia.**

101. Específicamente y sólo respecto al conjunto de alegaciones del titular referidas a las declaraciones vertidas en el programa Informe Especial, teniendo a la vista la separación de etapas y funciones que se colige de lo estatuido por los arts. 49, 50 y 53 de la LO-SMA para la sustanciación de un procedimiento sancionatorio, mal puede este Fiscal Instructor pronunciarse acerca de la supuesta conducta reprochada en contra de una autoridad que aún no ha intervenido en el seno de este verdadero *iter* administrativo sancionador ambiental.

102. Es necesario recordar que, en conformidad a los artículos 7 y 49 de la LOSMA, existe una separación de funciones en la Superintendencia del Medio Ambiente, según la cual es el/la Fiscal instructor/a, quién se encuentra a cargo de la instrucción del procedimiento sancionatorio, hasta la emisión del Dictamen. En este sentido, las declaraciones emitidas por el Superintendente de la época no pueden haber influido de manera alguna en la tramitación del procedimiento sancionatorio.

103. Dado que la autoridad que vertió esos dichos a la fecha de la presente resolución ya no ejerce el cargo de Superintendente, no tiene objeto pronunciarse acerca del contenido de lo expresado. Las alegaciones planteadas se dirigen, en el fondo, a solicitar la inhabilidad del Superintendente que emitió las mencionadas declaraciones, al momento de resolver sobre la propuesta de Dictamen. Esa alegación no resulta necesaria y atendible en la situación actual, en la medida que el Superintendente de la época no es quién debe pronunciarse sobre dicha propuesta.

VII. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

104. En este capítulo se detallará la gravedad de la infracción que en el capítulo anterior se determinó que ha sido configurada durante el presente procedimiento administrativo sancionatorio, ello conforme a la clasificación que realiza el art. 36 de la LO-SMA, el cual las divide en infracciones leves, graves y gravísimas.

105. Debe tenerse presente que la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019 definió la gravedad del cargo N° 2 levantado, a la luz de los antecedentes que se tenían a la vista al momento de realizar la formulación. La determinación de dicha gravedad es provisoria y queda sujeta a ulterior fundamentación y/o a nuevos antecedentes que se reúnan durante el proceso sancionatorio. Por lo tanto, en la presente sección se analizará en detalle la asignación de la clasificación de gravedad de la infracción, en base a todos los antecedentes recopilados durante el procedimiento sancionatorio, a fin de establecer la gravedad asignada en definitiva a la infracción imputada y configurada.

106. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación del cargo N° 2 en la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019, fue identificado en el tipo establecido en la letra “a” del art. 35 de la LO-SMA, esto es, el incumplimiento de condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019 clasificar dicha infracción como grave, atendida la concurrencia alternativa de tres causales; de las que se hará un recuento, luego de lo cual se expondrán las defensas del titular para cada asunto y su correspondiente análisis.

A. **ART. 36, N° 2, LETRA A) LO-SMA: “HAYAN CAUSADO DAÑO AMBIENTAL, SUSCEPTIBLE DE REPARACIÓN”**

1. ***Recuento de la clasificación en la formulación de cargos***

107. En síntesis, según lo señalado en el resuelvo “II” de la formulación de cargos, se pudo constatar en la denuncia de SERNAPESCA que, a partir del Informe Ambiental INFA de fecha 20 de noviembre de 2017 se había producido condiciones anaeróbicas en el sitio en el cual se emplaza el centro de engorda, informe que reflejó la condición bajo la zona de las jaulas justo antes del inicio de la cosecha del ciclo del cual se configuró la infracción de sobreproducción.

108. En efecto, la INFA cosecha⁶ asociada al ciclo productivo 2016-2017 del CES Aracena 10 arrojó como resultado anaerobiosis en la zona de impacto por la presencia de cubiertas de microorganismos en el área de sedimentación del centro de cultivo, lo que coincide con la posterior superación de la biomasa máxima permitida para el proyecto. A este respecto, agrega la denuncia que *“un resultado de anaerobiosis constituye una circunstancia agravante que podría vincularse a la superación de la producción autorizada ambientalmente para el centro, pudiendo tener como consecuencia condiciones adversas para la mantención de la vida acuática en el área de impacto [...] Dicha condición se mantiene hasta la fecha, ya que en muestreos posteriores realizados en este centro de cultivo [...] se sigue detectando*

⁶ Medición realizada el 20 de noviembre de 2017, poco antes del inicio de la cosecha.

la presencia de cubiertas de microorganismos en donde se ubicaba el módulo de cultivo (fecha del último monitoreo: 11 de enero de 2019)”.

109. En el caso de marras y producto de la sobreproducción constatada tal como lo indica SERNAPESCA Magallanes, el titular habría generado un daño en el fondo marino del área de la concesión de acuicultura, al propiciar una condición anaeróbica en el sedimento y por tanto superar la capacidad de carga del ecosistema habido en aquel, provocando la eutrofización del ambiente marino, con la consecuente pérdida de hábitat y alteración de los servicios ecosistémicos que dicha zona provee –principalmente aquellos de soporte, de provisión y de regulación–, además de alterar las condiciones bajo las cuales se desarrolla la flora y fauna marina.

110. Con respecto a lo significativo del detrimento generado, la formulación de cargos agrega que si bien se conocen experiencias de que la condición anaeróbica en el área de concesión de un centro de cultivo es reversible, es decir, que puede recuperarse sin necesidad de la intervención humana, es una condición que puede variar entre algunos meses hasta varios años dependiendo de las características propias de cada microambiente marino, situación que permite avizorar una incertidumbre acerca de la adecuada recuperación del ecosistema, atendido las condiciones particulares del caso.

111. Adicionalmente, en relación al menoscabo en comento, se señaló que éste se ha provocado al interior del perímetro de un área silvestre protegida del Estado como lo es el Parque Nacional Alberto de Agostini que alberga a distintas especies de fauna marina.

112. Por lo descrito anteriormente, se estimó en la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019 que el detrimento generado a la calidad del agua y el sedimento de fondo era de carácter significativo, y consecuentemente fue posible sostener que la sobreproducción de salmónidos en la que ha incurrido Nova Austral S.A., dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini, generaba una hipótesis de daño ambiental sobre la columna de agua y fondo marino del área de la concesión.

2. *Análisis de los descargos, otras alegaciones y medios probatorios aportados al procedimiento*

- a) No se habría acreditado la ocurrencia de un detrimento o menoscabo significativo: emplazamiento dentro de un Parque Nacional no implicaría daño ambiental

113. A juicio del titular, esta Superintendencia no habría demostrado la existencia de daño ambiental a consecuencia del hecho imputado, ya que habría realizado un análisis teórico al respecto, limitado a afirmaciones generales sobre la industria acuícola y suposiciones sobre el caso particular, con excepción del INFA de fecha 20 de septiembre de 2017 que arrojó resultados de anaerobiosis lo que no sería sinónimo de daño ambiental.

114. A su vez, la empresa indica que el hecho de que el centro se ubique dentro de un Parque Nacional no sería una circunstancia que permita fundar la existencia de daño ambiental, sino que lo relevante sería determinar en qué medida el medio ambiente o sus componentes han sido menoscabados de forma significativa, cuestión que estima no habría ocurrido.

115. Al respecto, y de acuerdo con la denuncia de SERNAPESCA, para que ocurra el hecho de producir más allá de lo autorizado, obedece a un esfuerzo consciente y dirigido por parte de la titular para llevar a cabo la infracción, puesto que para lograr esto se requiere una serie de acciones y planificación, las cuales son: I) Incumplir deliberadamente las resoluciones sectoriales que tienden a establecer densidad máxima de cultivo durante el ciclo productivo; II) modificar la planificación alimentaria requerida para el mayor peso de los ejemplares en cultivo; III) retrasar al máximo el inicio de cosecha, esperando que los peces tengan un mayor peso; y por último, IV) disponer de la logística necesaria para transportar y cosechar un mayor volumen de ejemplares.

116. De esta manera, la modificación en la planificación alimentaria, no sólo deriva en una sobreproducción de biomasa, sino que incorporar al sistema una mayor cantidad de alimento trae como consecuencia un cúmulo de alimento no consumido y fecas los cuales intervienen tanto en la columna de agua como en el fondo marino, lo que se traduce en una mayor incorporación de nitrógeno, fósforo y, en general, materia orgánica al sistema, trayendo como consecuencia la disminución de oxígeno tanto en la columna de agua, y como es esperable, la aparición de organismos o ausencia de otros en el sedimento del fondo.

117. Para el caso del CES Aracena 10, la sobreproducción de biomasa fue del orden de un 25% más de lo autorizado ambientalmente, lo que implicaría -de acuerdo a los valores entregados por la misma titular en su evaluación ambiental- una excedencia en la misma proporción de residuos orgánicos provenientes del alimento no consumido y fecas -este punto en particular será desarrollado más adelante-.

118. Las consecuencias que trajo consigo el mayor aporte de nutrientes al sistema marino-, se ve reflejado finalmente en la INFA de cosecha realizada en noviembre 2017. Estos análisis se realizan en el momento de mayor biomasa del centro de cultivo, puesto que es una herramienta que permite evaluar ambientalmente el grado de impacto de las operaciones del centro en el cuerpo de agua y área de sedimentación sobre las cuales se realiza la actividad acuícola. Para este caso particular, de acuerdo a las filmaciones submarinas realizadas en 8 transectas, dio como resultado condiciones anaeróbicas, donde además se observó una baja abundancia de individuos, una cubierta de microorganismos a lo largo de la transecta -la cual se apreció como un manto blanco denso filamentoso sobre el sustrato y alrededor de las rocas-, por lo tanto no se logró cumplir con lo estipulado en el numeral 31 de la R.E N°3612/2009 y sus modificaciones. **Estos resultados evidencian que las condiciones ambientales donde se emplaza el centro Aracena 10 no eran favorables⁷ luego de un ciclo de producción en que se generó una sobreproducción del 25% de lo autorizado ambientalmente.**

119. Luego, terminado el ciclo productivo en diciembre 2017, el centro entró en descanso. Un año después, el 6 de noviembre de 2018, se

⁷ El CES Aracena 10 tiene clasificación Categoría 4 y 5, por lo que se encuentra obligado a realizar mediciones en columna de agua y realizar filmaciones submarinas.

realizó una INFA postanaeróbica del centro, informada por Sernapesca en ORD/D.G.A/N°134213 del 14 de diciembre 2018, indicando en los resultados que se presentó una cubierta de microorganismos en más de tres transectas de la filmación submarina, por lo que concluye que **el centro de cultivo presentó condiciones anaeróbicas para el periodo**, por lo que no podría hacer ingreso de nuevos ejemplares mientras no se reestableciesen las condiciones aeróbicas.

120. Posteriormente, el 11 de enero 2019, SERNAPESCA realizó una nueva actividad de fiscalización al CES Aracena 10, la cual se realizó en contexto de un muestreo ambiental INFA postanaeróbica. Durante dicho muestreo se realizaron 8 transectas de filmación submarina y 8 perfiles de columna de agua, de acuerdo con lo establecido por la R.E N°3612/2009. Durante la ejecución de las filmaciones submarinas se detectaron en la mayoría de las transectas elementos pertenecientes a estructuras de cultivos instaladas durante ciclo productivos previos. Durante el mismo año 2019, precisamente el **15 de marzo 2019**, se vuelve a realizar un muestreo de análisis ambiental al centro, donde SERNAPESCA en su ORD/D.G.A/ N° 139365, del 10 de mayo 2019, estableció la presencia de microorganismos en 3 o más transectas de filmación, por lo que se establecieron una vez más **condiciones anaeróbicas en el lugar de emplazamiento del centro, por lo que estas condiciones desfavorables del medio aún seguían presentes desde el término del ciclo productivo ocurrido en diciembre 2017**.

121. Posteriormente, el titular realizó un monitoreo interno, el cual fue llevado a cabo el 5 de septiembre 2019⁸, donde se realizó mediciones de perfiles de agua -oxígeno, porcentaje de saturación, salinidad y temperatura- y filmación submarina, todos estos análisis dentro del marco establecido en la R.E N° 3612/2009. Dentro de los resultados se obtuvo que, con respecto al oxígeno disuelto a 1 metro del fondo cumplía con límite de aceptabilidad establecido -concentración sobre 2,5 mg/L como límite para condiciones aeróbicas y sobre los 3mg/L para condiciones post-anaeróbica-; **sin embargo se observó la persistencia de microorganismos en seis de las ocho transectas de filmación, por lo que el lugar donde se encuentra emplazado el centro Aracena 10 seguían persistiendo las condiciones anaeróbicas**. Luego, durante los días 20 y 21 de septiembre 2019, el titular llevó a cabo una INFA interna, donde realizó mediciones de sedimento en 12 muestras y filmaciones submarinas en 7 transectas. Los resultados muestran que en las filmaciones submarinas no se visualizó burbujas de gas emanado desde el sustrato a lo largo de toda la transecta, pero **sí se observó en el fondo de la capa de sedimentos y en las transectas 2 y 3 la presencia de cubierta de microorganismos**. Respecto a los análisis de sedimentos se muestrearon 4 estaciones -E1, E2, E5 y E6-, de los cuales se tomaron 3 fracciones sedimentarias para cada estación. El 75% de las muestras presentaron color gris y un olor clasificado como fuerte, mientras el 8% de las muestras presentó una textura de tipo fango. En lo que respecta a la materia orgánica todas las muestras presentaron un porcentaje bajo el 8%, cumpliendo con lo establecido por la RE N°3612/2009. Durante el análisis de macrofauna bentónica **no se observó presencia de organismos en la estación E-6 réplica 3**. Por último para los muestreo de **pH y Potencial redox ninguna de las muestras logró cumplir con la normativa** -pH $\geq 7,1$ y Potencial Redox ≥ 75 mV-.

122. A mayor abundamiento, durante el año 2020, el titular realizó dos actividades de medición, las que fueron efectuadas el 21 de junio y el 3 de septiembre. En ambas se realizaron análisis de la columna de agua y filmaciones submarinas. De acuerdo a los resultados obtenidos en los monitoreos, **el centro presentó cubierta de microorganismos en más de tres transectas de filmación**; por otro lado, los parámetros de

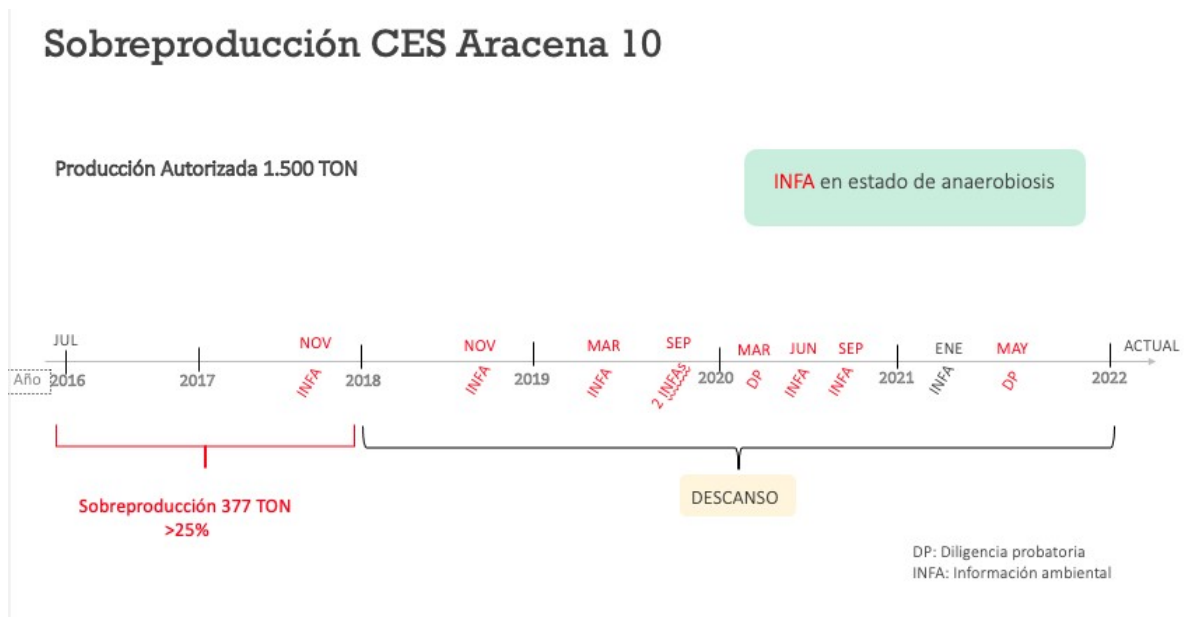
⁸ Cuyo respaldo fuera acompañado el 24 de febrero de 2022, en respuesta al Requerimiento de información establecido por Res.Ex. N° N°18/Rol D-091-2019.

oxígeno disuelto a 1 metro del fondo cumplieron con los límites permitidos por la normativa. Finalmente, resultados anaeróbicos se volvieron a obtener en monitoreos realizados por el titular con fecha 24 de enero 2021 y 16 de julio 2021.

123. Asimismo esta Superintendencia, en el marco de las diligencias probatorias ejecutadas los días 13 marzo 2020 y 1 mayo 2021⁹ por la ETFA Aquagestión, realizó actividades de monitoreo de sedimentos y filmaciones submarinas, de acuerdo con lo establecido por la R.E N°3612/2009. Al respecto, el muestreo de sedimento se realizó en uno de los vértices de la concesión acuícola, donde el pH obtenido fue bajo a 6,5 siendo inferior al aceptable, por otro lado el potencial redox y material orgánica se encontraron dentro de los límites aceptables por la normativa dando como resultado 262 mV y 3,6% respectivamente. En relación con la macrofauna se puede indicar que la mayor abundancia de organismos encontrados pertenecía al *Phylum annelida*, específicamente a la clase *Polychaeta*, y que dentro de la familia *Cirratulidae* se encontró la especie *Cirriformia sp.*, la cual es considerada como especie bioindicadora de sedimentos con alto contenido de materia orgánica y de contaminación.

124. A modo de resumen de la información con que se ha contado en este procedimiento sancionatorio para efectos de ponderar las consecuencias de la infracción al cargo N° 2, la siguiente figura ilustra la secuencia temporal de lo descrito, en que se insertan a lo largo del tiempo, desde el 1° de julio de 2016 hasta la actualidad, los hitos asociados a las distintas mediciones realizadas en el CES Aracena 10, y el resultado asociado, que se refiere al estado anaeróbico. En rojo se muestran las distintas actividades de filmación que arrojan condiciones anaeróbicas:

Figura 2: Ciclo de producción de Aracena 10 2016-2017 y filmaciones submarinas en el tiempo



Fuente: Elaboración propia

125. En síntesis, de acuerdo a los resultados descritos, el CES Aracena 10 aún se encontraba en condiciones anaeróbicas a pesar de que el último ciclo productivo había finalizado en diciembre 2017, es decir, las consecuencias que trajo

9 Las diligencias probatorias fueron ejecutadas en principio el 13 de marzo 2020, sin embargo, las actividades no pudieron ser finalizadas debido a que el operador dio cuenta de una aviso de humedad al interior de equipo ROV, por lo que no es posible finalizar las filmaciones por la presencia de agua al interior del equipo. Es importante considerar que las actividades no se reanudaron en el mismo año debido al estado de alerta sanitaria que presentaba el país.

consigo la sobreproducción constatada han persistido por más de cuatro (4) años. Lo anteriormente descrito permite concluir que lo señalado por la empresa en cuanto a que no habría ocurrido un menoscabo al medio ambiente o sus componentes **no puede ser acogido en virtud de la persistencia del efecto negativo de condiciones anaeróbicas percibidas en el fondo marino, a partir de las filmaciones submarinas** indicativas de que las condiciones ambientales desfavorables ocurridas por la actividad y su sobreproducción en el ciclo 2016-2017, han impedido, a la fecha de los antecedentes expuestos, **que el medio marino sea capaz de autoregularse al punto de acercarse lo más posible a sus condiciones de base.**

126. En atención a todo lo expuesto, es de opinión de este Fiscal Instructor que **las alegaciones del titular, relativas a que no se habría acreditado la ocurrencia de un detrimento o menoscabo significativo, y el emplazamiento dentro de un Parque Nacional no implicarían daño ambiental, fueron desestimados o no tienen la entidad tal para desacreditar la clasificación de gravedad del Cargo N° 2 contemplada en el art. 36, N° 2, letra a), de la LO-SMA, toda vez que éstos no son los únicos argumentos que se tendrán a la vista en el presente dictamen para determinar la concurrencia del daño y su reparabilidad**, como será detallado posteriormente.

b) Los objetos de protección afectados del Parque Nacional no se encontrarían en su declaratoria; efectos presumibles y no ciertos; improcedencia de la infracción tipificada en el art. 35 letra n) de la LO-SMA

127. Tanto en los descargos como en el traslado conferido para que se pronunciara sobre el informe de la CONAF, el Titular arguye que los objetos de protección identificados no coincidirían con aquellos establecidos en el acto administrativo que creó el Parque Nacional Alberto de Agostini, por lo que las conclusiones respecto de su posible afectación no deben ser consideradas. Lo anterior, por cuanto el Decreto Supremo N° 80, de 1965, del Ministerio de Agricultura, que “Crea el Parque Nacional de Turismo que se denominará Alberto M. de Agostini” (en adelante, “D.S. 80/1965”), señala que su objeto es *“garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje”*.

128. Además, la empresa destaca que el informe de la CONAF describiría una serie de efectos “presumibles” sin aportar antecedentes concretos que permitan sustentarlos. Agrega que tampoco debería ser considerada la conclusión relativa a una supuesta infracción al art. 35 letra n) de la LO-SMA¹⁰, por incumplimiento a las normas de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, promulgada por el decreto N° 531, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores (Convención de Washington), toda vez que no sería la fuente normativa en que se basó la declaración de área protegida del Parque Nacional Alberto de Agostini.

129. Como ha sido ya indicado, con fecha 26 de mayo de 2020 y mediante la Res. Ex. N° 10/Rol D-091-2019, esta Superintendencia del Medio Ambiente solicitó antecedentes y pronunciamiento a la CONAF, para que informara acerca del objeto de protección del Parque Nacional Alberto de Agostini, así como respecto de las distintas especies biológicas, en especial de flora y fauna marinas, que pudieran haberse visto afectadas

¹⁰ Artículo 35.- Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: (...) n) El incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica.

producto de la superación en la producción máxima autorizada en el CES Aracena 10, y/o producto de la existencia de condiciones anaeróbicas o carentes de oxígeno en el área de concesión.

130. Con fecha 4 de agosto de 2020, el Director Ejecutivo de la CONAF remitió a esta SMA un informe solamente con respecto a la situación que afecta al Parque Nacional Alberto de Agostini, debido a la superación de la producción máxima autorizada en el CES Cockburn 23, mediante la RCA N° 78/2010; respuesta que, sin embargo, fue incorporada al presente sancionatorio mediante la Res. Ex. N° 16/Rol D-091-2019, habida cuenta de lo genérico de sus contenidos, plenamente aplicables al CES Aracena 10. En este sentido, la Corporación informa respecto aquellos objetos de conservación del referido parque que podrían verse afectados por la sobreproducción imputada, así como los efectos que presumiblemente podrían haberse producido debido a este incumplimiento. En particular, el informe reconoce como objetos de conservación, tanto a canales y fiordos, como a mamíferos marinos.

131. Sobre lo expuesto por la titular, cabe tener en consideración primeramente que el Decreto N° 80/1965, reconoce que el objeto de los parques nacionales de turismo, conforme el artículo 10.o de la Ley de Bosques vigente a la época, corresponde a *“garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje”*; agregando inmediatamente que si bien son muchos los lugares en Chile que pueden calificarse de tales, entre ellos destaca *“uno de singular belleza, por el conjunto natural y armónico de canales, fiordos, fauna y bosques con especies de gran valor”*, motivando así la ubicación del referido parque nacional. De ello se colige que el Parque Nacional Alberto de Agostini fue declarado parque nacional de turismo, tanto para garantizar la existencia de determinadas especies arbóreas, como para conservar la belleza de su paisaje que destaca por sus canales, fiordos, fauna y bosques.

132. Ello, pareciera consecuente con lo acordado en la Convención de Washington, la cual fuera adoptada como ley nacional en el año 1967, elevando el estatuto de protección de entre otros, los parques nacionales existentes en el continente americano, y que en su artículo I, conceptualiza los parques nacionales como las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial, calificación que guarda coherencia y coincidencia con el Parque Nacional Alberto de Agostini y sus objetos de protección recién expuestos. Dicha interpretación, por lo demás, ha sido refrendada por la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 38.429 de 2013, referido precisamente al Parque Nacional Alberto de Agostini, y al cual le aplicó la Convención de Washington.

133. Además, el mencionado dictamen ha asentado que el legislador le ha asignado recursos a la CONAF para la administración coordinada de las áreas protegidas puestas bajo su tuición, entendiendo que estas forman parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (en adelante, “SNASPE”), de modo que *“si bien el artículo 34 de la ley N° 19.300 entrega la administración y supervisión del sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, ese órgano público aún no existe, pues el proyecto que lo crea se encuentra en trámite en el Congreso Nacional. Por esta razón, de acuerdo al principio de continuidad de la función pública, hasta la creación del referido servicio dichas prerrogativas se mantienen radicadas, en el caso de los parques nacionales, en la CONAF (aplica criterio contenido en el dictamen 26.190, de 2012)”*.

134. Por consiguiente, **la administración y supervisión** del Estado sobre el SNASPE, **que incluye los parques y reservas marinas, con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental, es una atribución radicada hoy en la CONAF.**

135. En ese orden de ideas, esta Superintendencia requirió correctamente el pronunciamiento a la CONAF para que, dentro de sus competencias, informase fundadamente acerca de las distintas especies biológicas existentes en el parque, en especial de flora y fauna marinas, que pudieran haberse visto afectadas producto de la superación en la producción máxima autorizada en el CES Aracena 10. En, y/o producto de la existencia de condiciones anaeróbicas por presencia de microorganismos en el fondo marino del área de concesión. En ese contexto, dado el conocimiento específico de dicho servicio, atendida su calidad de administrador y supervisor del Parque Nacional Alberto de Agostini, detalló todas las especies presentes e identificó sus vulnerabilidades ante la presencia de centros de engorda dentro del área protegida, de forma general.

136. En detalle, **la CONAF indicó -en consistencia con el Decreto N° 80/1965- que existen dos grandes objetos de conservación, a saber (i) los canales y fiordos, y (ii) los mamíferos marinos**, sobre los cuales identificó los componentes que podrían verse afectados por la sobreproducción y la generación de condiciones anaeróbicas, para luego establecer los posibles efectos que ello podría generarles. Al respecto, **si bien es cierto que los “presumibles” efectos no constituyen un medio probatorio capaz de acreditar la existencia de un daño ambiental**, como bien sostiene el titular, lo cierto es que para efectos del informe, **su valor reside en relevar la vulnerabilidad y exposición del parque nacional en comento, junto a sus distintos componentes protegidos, ante la infracción cometida.**

137. En efecto, la información aportada por la CONAF en el presente procedimiento sancionatorio resulta ilustrativa y de gran valor para ponderarla, en su justo mérito, en el análisis específico del numeral 3 de este acápite denominado “*Acerca de la concurrencia del daño ambiental*”, mas no para configurar el daño en sí mismo.

138. Finalmente, respecto a la alegación de la empresa referente a que no correspondería incluir la conclusión relativa a una supuesta infracción al art. 35 letra n) de la LO-SMA, por incumplimiento a las normas de la Convención de Washington, pues no sería la fuente normativa en que se basó la declaración de área protegida del Parque Nacional Alberto de Agostini, **es importante aclarar que esta Superintendencia ya definió y asignó la tipología de la infracción bajo el artículo 35 letra a) de la LO-SMA, por lo tanto, no resulta procedente referirse a la conclusión de la CONAF ni a lo alegado por el titular al respecto.**

139. En atención a todo lo expuesto, es de opinión de este Fiscal Instructor que **las alegaciones del titular, relativas a que los objetos de protección afectados del Parque Nacional no se encontrarían en su declaratoria, los efectos informados por la CONAF serían presumibles y no ciertos, y la improcedencia de la infracción tipificada en el art. 35 letra n) de la LO-SMA, fueron desestimados o no tienen la entidad tal para desacreditar la clasificación de gravedad contemplada en el art. 36, N° 2, letra a) de la LO-SMA**, es decir, por daño ambiental reparable, de la infracción del Cargo N° 2.

c) Desfase temporal entre el ciclo productivo en que se imputa la infracción y el periodo

en que se efectúan las mediciones y filmación, junto con la falta de consideración de otras variables, impediría acreditar daño ambiental.

140. El titular argumenta que la evidencia empírica empleada por esta SMA para concluir un eventual daño ambiental —filmaciones subacuáticas y muestras de sedimento— además de ser extemporánea, adolecería de una condición sub-estándar que no permitiría demostrar una causalidad directa entre los daños sobre el ecosistema acuático y la sobreproducción. Al efecto, destaca que para establecer cualquier efecto sobre el medio se debería considerar una serie de variables, elementos y factores, que interactúan pudiendo potenciar los efectos o disminuir las condiciones de hipoxia o de bajas concentraciones de oxígeno, junto con tener en cuenta aquellas consideraciones respecto a canales y fiordos con baja ventilación que podrían verse afectados por el cambio climático que modifica la estratificación de la columna de agua, todo lo cual no habría sido considerado por la formulación de cargos.

141. Respecto de la alegación que la evidencia empírica empleada adolecería de una condición sub-estándar que no permite demostrar una causalidad directa entre el daño sobre el ecosistema acuático y la sobreproducción ocurrida, cabe recordar que: **i) El CES Aracena 10 es la única fuente de materia orgánica y residuos en la zona de la concesión** y donde efectivamente se han realizado las mediciones en columna de agua y sedimentos marinos, incluidas filmaciones submarinas, por tanto, los resultados tenidos a la vista en este procedimiento sancionatorio, necesariamente reflejan los efectos producidos en el fondo marino; **ii) Cabe recordar lo señalado en la DIA presentada en la evaluación de impacto ambiental¹¹, donde se presentaron los aportes de residuos orgánicos por ciclo productivo a partir del alimento no consumido y las fecas de los peces¹². iii) Uno de los impactos de la actividad acuícola es el aporte de nitrógeno, fósforo y materia orgánica a la columna de agua como a los sedimentos aportados por la alimentación de los salmones, por medio del alimento no consumido, y sus fecas¹³; iv) Los fiordos naturalmente se caracterizan por presentar condiciones ambientales altas en oxígeno y, por ende, **no presentan señales de anoxia en condiciones sin intervención antrópica**. Lo anterior se refuerza con los resultados del Informe de CPS acompañada durante la evaluación ambiental del proyecto, que incluyó resultados de OD, temperatura, saturación de O₂, salinidad, estudio de correntometría, marea, batimetría, y filmaciones submarinas; los cuales pueden ser considerados como la línea base o *background* del Noreste de la Bahía Kempe del Seno Lyell de la Isla Capitán Aracena.**

142. Por consiguiente y comprendiendo la naturaleza prístina de un ambiente como el fiordo donde se encuentra emplazado el CES Aracena 10, las condiciones desfavorables asociadas a la anaerobiosis demostrada por las pruebas con que contó esta Superintendencia, a saber, la afloración de microorganismos bajo el área de concesión

11 Capítulo IV Principales Emisiones, Descargas, y residuos del proyecto o Actividades, de la DIA, p.11 (fj. 161 de expediente consolidado).

12 A partir del alimento no consumido se liberan 34 toneladas de residuos orgánicos por ciclo –un 85% precipitable–, y debido al aporte por las fecas de peces una cantidad de 170 toneladas de residuos por ciclo –un 85% precipitable–, dando un total de 204 ton de residuos orgánicos por ciclo. El nivel de exceso de producción asociado al ciclo en infracción (377.016 kg), aportó una cantidad de 51 toneladas adicionales por alimento no consumido y fecas, que sumado a los aportes de un ciclo en cumplimiento a la RCA N° 71/2003, se aportó al fondo marino un total de 255 toneladas de residuos en el ciclo productivo 2016-2017.

13 Buschmann, A. 2001. Impacto ambiental de la acuicultura el Estado de la investigación en Chile y el mundo. Terram. Publicaciones 61p.

han ocurrido, sin lugar a dudas, por la ejecución del proyecto y no por eventos o circunstancias naturales de la zona, principalmente a partir de la sobreproducción constatada en el ciclo productivo 2016-2017, lo cual reafirmaría que estos factores —presencia del proyecto sumado a la sobreproducción— serían las variables que potencian condiciones anaeróbicas del área afectada.

143. Por su parte, **respecto al supuesto desfase temporal en que se imputa la infracción y el periodo en que se efectúan las mediciones y filmación**, se debe señalar que, al no haberse constatado una mejora en las condiciones de aceptabilidad en todas las mediciones tenidas a la vista en este procedimiento sancionatorio, es decir, persistiendo aún la anaerobiosis en el fondo marino en la concesión, ante la total inactividad del centro de engorda, es imposible no concluir que la calidad ambiental que se ha registrado en el presente no sea consecuencia del último ciclo productivo, que corresponde al de la infracción configurada. En efecto, la permanencia de condiciones desfavorables constatadas en el ciclo en cuestión ha perdurado a través de los años y fueron ratificadas y complementadas por los muestreos y análisis realizados por SERNAPESCA, el titular y por las diligencias probatorias realizadas por esta Superintendencia.

144. **De esta manera se evidencia que, de acuerdo a lo evaluado por la titular en su CPS, el lugar de emplazamiento del proyecto presentaba condiciones de calidad en la columna de agua y sedimentos de fondo marino en condiciones prístinas; sin embargo, es posible constatar con las diligencias probatorias que los efectos negativos generado por la sobreproducción, en los sedimentos, iniciado en el ciclo 2016-2017, dan cuenta de un deterioro que ha perdurado en toda el área de concesión del CES Aracena 10.**

145. Por otro lado, cabe hacerse cargo de lo que indica el titular acerca de que las **filmaciones submarinas no se llevaron a cabo de acuerdo a lo indicado por la Res. En N° 10/Rol D-091-2019 debido a que el registro visual fue llevado a cabo en 2 transectas -uno de ellos control- y no en 8 y sumado a que la evaluación de las características fisicoquímicas y biológicas fueron realizadas en una única estación de muestreo -denominada VA-, por lo que no se habrían ejecutado la muestras y los análisis de acuerdo a la metodología que se debe llevar a cabo para una INFA interna**. Al respecto, la diligencia probatoria no solicitó la ejecución de una INFA interna como tal. Asimismo, es importante mencionar que las filmaciones submarinas se realizaron durante el 13 de marzo de 2020 y el 1 mayo de 2021, donde en la primera etapa se ejecutaron 2 transectas -T1 y T2- y en la segunda etapa se realizaron 2 transectas más -Tc y T1-, las cuales cumplieron con lo establecido por la normativa. Es importante destacar que, durante la inmersión del equipo ROV, en el año 2020, no fue posible obtener todas las transectas solicitadas, debido a que el operador del equipo dio cuenta de la presencia de humedad al interior de la máquina, razón por la cual se decidió finalizar la actividad. Sin perjuicio de lo anterior, para las filmaciones realizadas en 2021, se determinó realizar sólo dos filmaciones por la línea imaginaria conformadas por las boyas del sistema de fondeo del módulo de cultivo, debido a la presencia de líneas de sujeción de la mencionada estructura. Por lo demás, ello se adecuó a la Res. En N° 10/Rol D-091-2019 en cuanto al escenario de encontrarse el centro con estructuras, como fue el caso.

146. Cabe señalar que, pese a que no se logró realizar las filmaciones submarinas en el área que se encontraría directamente debajo de las jaulas -sino que fueron realizados en los perímetros de los módulos-, éstas de igual modo logran ser representativas del sector de impacto, debido a que la dispersión de la materia orgánica generada por el proyecto que comprendería los biosólidos -fecas y alimentos no consumido-, se dispersa en

forma de pluma alrededor de las balsas-jaulas, generando los cambios bentónicos ya descritos en el presente dictamen. Por consiguiente, las consecuencias generadas por los aportes de materia orgánica de la actividad productiva no sólo se verían proyectadas bajo las balsas jaulas, sino que puede abarcar un área mayor dependiendo de la dinámica oceanográfica del sector a analizar¹⁴. A mayor abundamiento, en la evaluación ambiental del proyecto se proyectó el área de dispersión del alimento no consumido y las fecas cubriendo un área dentro del rango de 176.412 m² a 332.833 m²¹⁵.

147. Respecto del análisis de una sola muestra, se precisa que, en el año 2021, al realizar la recuperación del segundo lanzamiento de la draga en el punto definido como vértice VB, los profesionales de Aquagestión S.A indicaron que el equipo se encontraba enganchado, sin poder lograr su recuperación, por lo que se procedió a utilizar la draga de respaldo, sin embargo el dispositivo de activación de la draga no se encontraba en perfectas condiciones, impidiendo el cierre de la misma, por lo que se decidió no continuar con la actividad.

148. Por ende, a pesar de que no fue necesario realizar las ocho transectas solicitadas por la Res. Ex. N° 10/Rol D-091-2019 y de la imposibilidad de obtener más de una muestra de sedimento considerando las condiciones de la draga, éstas de igual modo cumplen con un estándar de medición y, por ende, logran ser representativas del sector de estudio, en tanto proveen de información de calidad suficiente en atención a las exigencias que la sana crítica le impone a esta SMA. Por lo demás, no hay que soslayar que la R. E. N° 3612/2009 consagra una metodología cuyo alcance se vincula más con la circunstancia de que, en su virtud, se levanta información destinada a la autorización para el inicio de un nuevo ciclo de cultivo, lo que justifica que en tal escenario se deba observar estrictamente. Mas en el presente ejercicio, no puede obstar a las conclusiones que se han vertido.

149. En virtud de lo anterior, es de opinión de este Fiscal Instructor que **las alegaciones del titular, relativas a que el desfase temporal entre el ciclo productivo en que se imputa la infracción y el periodo en que se efectúan las mediciones y filmación, junto con la falta de consideración de otras variables, impediría acreditar daño ambiental, fueron desestimadas para desacreditar la clasificación de gravedad del Cargo N° 2 contemplada en el art. 36, N° 2, letra a), de la LO-SMA.**

d) Supuesta infracción al principio *non bis in idem* al desprender el daño del mismo hecho infraccional e incompetencia del SEA para configurarlo

150. Por una parte, el titular alega que lo que esta SMA ha realizado mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019, ha sido desprender el daño ambiental del mismo hecho infraccional. En otras palabras, que la sobreproducción imputada ha sido la causa del daño. Al respecto, Nova Austral S.A. sostiene que si el daño se desprende de la infracción normativa, se le pretende infligir un castigo doble, en infracción al principio *non bis in idem*: por un

14 R.E N°701/2017 "Resuelve recurso de reclamación, atinente al proyecto "Centro de engorda de salmonídeos Norte de Punta Huezhui N°PERT 210141019", del 20 junio 2017, del Servicio de Evaluación Ambiental.

15 Los radios de dispersión proyectados se estimaron en 85,91 metros (producto del alimento no consumido) a 229,09 metros (producto de las fecas) medidos desde los márgenes de la concesión. Capítulo IX Anexos, Anexo 10 Línea base de la DIA (fj. 31 de expediente consolidado).

lado, por la infracción cometida; y por el otro, por el efecto que automáticamente le atribuye al mentado incumplimiento, sin fundamento fáctico.

151. Al respecto, cabe relevar que el inciso segundo del art. 60 de la LO-SMA prescribe que “[e]n ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”. Del propio tenor literal se aprecia claramente que el legislador recogió este principio en cuanto mecanismo de solución del concurso de infracciones –que se daría cuando un mismo hecho puede dar lugar a dos o más infracciones por separado; como sería el caso en que una conducta diere simultáneamente lugar a sendas infracciones a una norma de emisión y a una resolución de calificación ambiental–, lo que además se refrenda en la historia legislativa de la ley 20.417¹⁶. Luego, mal se puede hablar de infracción al mentado principio, en circunstancias de que no se están imputando dos o más infracciones por el mismo hecho materia de la formulación de cargos.

152. Por otro lado, no puede sostenerse que se pretende infligir un castigo doble, por el hecho de derivar el daño de la infracción normativa, puesto que necesariamente debe considerarse la clasificación de una infracción, en conformidad con las características o efectos de la misma, contenidas en el art. 36 de la LO-SMA. En este sentido, la judicatura ambiental ha señalado que “el sistema sancionatorio ambiental establecido en la LOSMA, ha sido configurado de manera tal que la consideración de un mismo hecho para determinar la infracción (art. 35), clasificarla (art. 36) y, posteriormente, fijar la sanción (artículos 39 y 40), no implica una ilegalidad imputable a la SMA, ya que el hecho infraccional o efecto derivado del mismo, cumple fines distintos y complementarios en el proceso de determinación de las sanciones de las infracciones”¹⁷.

153. Luego, **la alegación proferida por el titular en sus descargos debe ser rechazada**. Por lo demás, el efecto que se ha atribuido a la infracción configurada no carece de fundamentos fácticos; más bien estos son desarrollados en el presente dictamen, sobre la base de las diligencias probatorias decretadas durante el procedimiento.

154. Por otra parte, la empresa alega que el Director Ejecutivo del SEA, en su oficio OF. ORD. N° 202199102652/2021, excedería su ámbito legal de competencias al determinar que producto de la infracción imputada se generó daño ambiental, y que además, tampoco aportó antecedentes suficientes para acreditarlo.

155. Al respecto, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 19.880, el valor de los informes emitidos por un órgano de la Administración distinto del que tramita el procedimiento, salvo disposición expresa en contrario, son facultativos y no vinculantes. En ese sentido, esta Superintendencia ponderará las opiniones, declaraciones y/o conocimientos emitidos por el SEA en el presente sancionatorio en su justo mérito, por cuanto no se encuentra obligada a compartir en su análisis todo lo expuesto por el Director Ejecutivo, sino que representan antecedentes de juicio que pueden o no orientar a la decisión final.

¹⁶ La norma citada, que no formaba parte del proyecto original contenido en el Mensaje, fue incluida merced de una indicación del Ejecutivo durante el primer trámite constitucional, la que fue aprobada por unanimidad por la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente. A mayor abundamiento, durante su la posterior discusión en sala entre el 28 de abril y el 05 de mayo de 2009, fue expuesta y aprobada en tanto “*nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho*”.

¹⁷ Primer Tribunal Ambiental, en sentencia de fecha 17 de septiembre de 2020 recaída en causa rol R-5-2018, cons. cuadrigentésimo trigésimo quinto. (Pascua Lama II).

156. Por consiguiente, **esta alegación de la empresa también debe ser desestimada por este Fiscal Instructor.**

3. ***Acerca de la concurrencia del daño ambiental***

157. La Ley N° 19.300, establece las definiciones de medio ambiente y daño ambiental en su art. 2°, letras l) y e), respectivamente, definiendo medio ambiente como *"el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"*; y el daño ambiental como ***"toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes"*** (énfasis agregado). En razón de lo anterior, se entiende que daño ambiental es sólo aquel inferido al medio ambiente o a alguno de sus elementos, y la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido debe ser de cierta entidad o importancia, exigiéndose que la afectación sea "significativa", excluyendo de esta forma afectaciones menores.

a) Pérdida, disminución, detrimento o menoscabo producto de la infracción

158. A continuación se expone sobre como los efectos negativos asociados a la infracción suponen un detrimento a la calidad de la columna de agua, y los sedimentos dentro del área de la concesión del CES Aracena 10. Para lo anterior se procederá primero a describir lo señalado por la bibliografía consultada, que identifica los típicos efectos ambientales negativos producto de la operación de los centros de engorda de salmones, para luego concluir que en el caso concreto los efectos identificados constituyeron un detrimento y menoscabo a la calidad del agua y los sedimentos marinos en la zona alrededor y bajo las jaulas.

159. Así, según Quiñones et al (2019)¹⁸, la eutrofización de canales y fiordos patagónicos¹⁹ provocado por las granjas marinas ha sido reconocida como un riesgo ambiental crucial, aunque la mayor parte de la evidencia científica proviene de los efectos locales debajo y alrededor de los centros de cultivo. Particularmente, dentro de los impactos sobre el medio ambiente producidos por el cultivo de salmones se incluyen: la alteración de ambientes bentónicos debajo de las balsas jaulas –principalmente producto de heces y alimento no consumido–; la posible amplificación y propagación de enfermedades y parásitos a las poblaciones de peces silvestres; los posibles impactos ecológicos y genéticos del salmón escapado, particularmente entre las poblaciones vulnerables de especies silvestres específicas; y la liberación de agentes quimioterapéuticos y otros productos químicos en las aguas costeras (antibióticos) limitando la capacidad productiva de esas zonas²⁰.

160. A su vez, dentro de los impactos ambientales identificados por el SEA en su "Guía para la descripción de proyectos de engorda de salmónidos en

18 Quiñones RA, Fuentes M, Montes RM, Soto D, León-Muñoz J (2019) Environmental issues in Chilean salmon farming: a review. Rev Aquac 11(2):375–402.doi: 10.1111/raq.12337. Disponible en: <http://bcn.cl/2dbw8> (Marzo 2022).

19 Traducida como exceso de nutrientes en columna de agua y sedimentos, que es posible de detectar a través del parámetro materia orgánica total.

20 Ayer, Nathan & Tyedmers, Peter. (2009). Assessing alternative aquaculture technologies: life cycle assessment of salmonid culture systems in Canada. Journal of Cleaner Production. 362-373. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959652608001820> (Marzo 2022).

mar en el SEIA”, derivados de la alimentación de peces, se incluyen el cambio de propiedades físico-químicas y microbiológicas en la columna de agua y el sedimento marino²¹. En la tabla siguiente se puede ver en detalle los impactos ambientales identificados en esta guía.

Tabla 2: Identificación de impactos ambientales más frecuentes que se generan durante la fase de operación de los CES

FACTORES DEL PROYECTO QUE GENERAN IMPACTOS AMBIENTALES	IMPACTOS AMBIENTALES	
Transporte marítimo de balsas, jaulas, artefactos navales y otros materiales	Emisiones a la atmósfera	<p>Aire:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Aumento de la concentración de gases (NO_x, CO, SO₂, entre otros)
	Efluentes al agua	<p>Agua:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Cambio en las propiedades físico, químico y microbiológicas de la columna de agua
	Emisión de ruido	<p>Fauna:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Perturbación de fauna marina — Perturbación de tránsito y hábitat de mamíferos y aves marinas
Instalación de partes y obras del proyecto	Instalación del sistema de fondeo o anclaje	<p>Suelo marino:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Remoción de sedimento marino — Compactación de suelo/sedimento marino <p>Fauna:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Perturbación o pérdida de individuos de fauna marina
	Instalación de artefactos navales, redes de cultivo y sistema de control de depredadores	<p>Fauna:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Perturbación de tránsito y hábitat de mamíferos y aves marinas <p>Sistemas de vida y costumbres de grupos humanos:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Restricción al acceso de recursos naturales utilizados como sustento económico de grupos humanos — Obstrucción de rutas de navegación de grupos humanos <p>Valor paisajístico:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Alteración de atributos biofísicos del paisaje — Obstrucción de la visibilidad del paisaje — Alteración del valor turístico
Alimentación de peces	Disposición de nutrientes (P, N, C, aceites y grasas)	<p>Agua:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Cambio en las propiedades físico, químico y microbiológicas de la columna de agua <p>Fauna:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Alteración de los índices de abundancia y diversidad de poblaciones de peces
	Disposición de alimento no consumido y fecas sobre el sedimento marino	<p>Suelo marino:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Cambio en las propiedades físico, químico y microbiológicas del sedimento marino
		<p>Fauna:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Pérdida de individuos o comunidades de fauna bentónica — Alteración de la estructura de las

²¹ Servicio de Evaluación Ambiental SEA (2021). Guía para la descripción de proyectos de engorda de salmónidos en mar en el SEIA. 96pp.

FACTORES DEL PROYECTO QUE GENERAN IMPACTOS AMBIENTALES	IMPACTOS AMBIENTALES	
		comunidades bentónicas Flora: – Alteración de los índices de abundancia de comunidades de flora marina Flora y fauna: – Pérdida de hábitat
Tratamientos terapéuticos de peces	Efluentes al agua	Agua: – Cambio en las propiedades físico, químico y microbiológicas de la columna de agua
Limpieza y desinfección de artes de cultivo y otros		Flora y fauna: – Alteración o pérdida de biota marina
Manejo de peces muertos o mortalidades	Emisiones a la atmósfera	Aire: – Aumento de concentración de gases
	Emisión de olor	Sistemas de vida y costumbres de grupos humanos: – Molestias a la población por olores
Transporte de mano de obra, insumos, productos y residuos	Emisiones a la atmósfera	Aire: – Aumento de concentración de gases
	Efluentes al agua	Agua: – Cambio en las propiedades físico, químico y microbiológicas de la columna de agua
	Emisión de ruido	Fauna: – Perturbación de fauna marina – Perturbación de tránsito y hábitat de mamíferos y aves marinos

Fuente: SEA (2021). Guía para la descripción de proyectos de engorda de salmónidos en mar en el SEIA

161. Asimismo, la crianza de salmones genera la liberación de nutrientes que pueden estar disueltos o no a través de las excreciones, estando estos nutrientes orgánicos en forma particulada a través de la defecación, y nutrientes orgánicos disueltos mediante la resuspensión de las fracciones particuladas. A lo anterior, en el caso de peces en cultivo, se adiciona a este medio el alimento no consumido. Así, estos diferentes componentes de desecho, indican Olsen *et al*, afectan diferentes partes del ecosistema marino; el alimento no consumido y las partículas de heces más grandes sedimentan por gravedad y afectan los sedimentos y las comunidades bentónicas presentes, mientras que los nutrientes orgánicos e inorgánicos disueltos, y las partículas de heces pequeñas afectan las comunidades pelágicas y el estado y calidad de las aguas eutróficas²².

162. Luego, como fuera latamente descrito en el acápite de las alegaciones de la empresa respecto de la calificación asignada a la infracción – considerandos 113 y ss de este acto administrativo–, la sobreproducción de biomasa en el ciclo productivo 2016-2017 generó una INFA cosecha anaeróbica, que correspondió principalmente a los resultados de la filmación submarina realizada en el mes de noviembre de 2017, condición que se verificó también en el mes de noviembre de 2018 y en marzo de 2019 –INFA post anaeróbicas–, presentando cubierta de microorganismos en más de tres transectas de la filmación submarina.

²² Olsen, Lasse & Holmer, Marianne & Olsen, Yngvar. (2008). Perspectives of nutrient emission from fish aquaculture in coastal waters: Literature review with evaluated state of knowledge. Disponible en: <http://bcn.cl/2dbwk> (Marzo 2022)

163. Luego, en septiembre 2019²³ la titular realiza un monitoreo de carácter interno, detectándose presencia de microorganismos en seis de las ocho transectas realizadas, lo que da cuenta de la persistencia del estado anaeróbico del lugar de emplazamiento del centro de engorda. Durante el mismo mes, la titular realiza otra medición interna²⁴ en la cual se realiza filmaciones submarinas y campaña de muestreo de sedimentos marinos al cual se realizó análisis de granulometría, materia orgánica, macrofauna bentónica, medición pH y potencial redox in situ. En esta última se muestrearon 6 estaciones con 2 réplicas cada una, es decir que se tomaron 12 muestras. Al respecto, los resultados de pH y potencial redox, ninguna de las muestras cumplió los límites de aceptabilidad aplicables a los sedimentos en términos de pH -mayor a 7,1- y Potencial redox -mayor o igual a 75 mV-. En cuanto a características organolépticas del sedimento, el 75% de las muestras presentaron una tonalidad gris, con un olor fuerte, el cual se relaciona a un estado de descomposición. En tanto que del registro visual, se realizaron 7 transectas, siendo la 6 y 7 de tipo control. En el registro se pudo observar la ausencia de burbujas en todas las transectas y la presencia de microorganismos en las transectas 2 y 3. En cuanto al análisis de macrofauna bentónica, no se observó presencia de organismos en la estación E-6 réplica 3.

164. Durante el año 2020, la titular realizó dos monitoreos internos en los meses de junio²⁵ y septiembre²⁶. En el primero de ellos se realizó registro de concentración de oxígeno de la columna de agua en 8 perfiles y filmaciones submarinas en 8 transectas. Los resultados de concentraciones de oxígeno disuelto en la columna de agua resultaron favorables en todas las estaciones, sin embargo, en la filmación submarina se registró un total de 9 taxa pertenecientes al *phyllum Cnidaria, Mollusca, Annelida, Arthropoda, Echinodermata, y Chordata*. El sustrato observado en las transectas fue de tipo principalmente duro con bolones de gran tamaño, cubierta por arena fina. Se observó presencia de microorganismos en siete de las ocho transectas de filmación submarina. En el segundo de los muestreos, el oxígeno disuelto en columna de agua resultó favorable nuevamente, pero nuevamente las filmaciones submarinas dieron cuenta de presencia de cubierta de microorganismos en las transectas 3, 4, 5, 6 y 7, por lo que las condiciones del centro se encontrarían, una vez más, en condiciones anaeróbicas.

165. Respecto del año 2021, en enero la empresa realizó una campaña de monitoreo interno²⁷, que detectó cubierta de microorganismos en la transecta número 6; sin embargo, seis meses después, en otra campaña realizada por la empresa, junio²⁸ se volvieron a presentar condiciones anaeróbicas debido a la presencia de microorganismos en las transectas 3, 5, 4 y 8. Finalmente, en julio de 2021 se realizó una última filmación por parte de la empresa, manteniéndose los resultados anteriores, es decir, presencia de microorganismos en el fondo, que preservan la condición de anaerobiosis en el CES Aracena 10.

23 Informe de ensayo OT 2782/2019, emitido por el laboratorio GAMACHile-Gestión Acuícola Marítima y Ambiental, acompañado en la respuesta al Requerimiento de información de la R.E N°18/ Rol D-091-2019

24 Informe de ensayo N° 10.698 - 990 y N° 10.692-990, elaborado por el Laboratorio Aquagestión, acompañado en los anexos del escrito de la titular presentado el 16 de septiembre 2021

25 Informe de ensayo OT 2997/2020, realizado por el laboratorio GAMACHile, acompañado en los anexos del Requerimiento de información de la de la R.E N°18/ Rol D-091-2019

26 Informe de ensayo OT 3034/2020, realizado por el laboratorio GAMACHile, acompañado en los anexos del Requerimiento de información de la de la R.E N°18/ Rol D-091-2019

27 Informe de ensayo OT 3116/2021, realizado por el laboratorio GAMACHile, acompañado en los anexos del Requerimiento de información de la de la R.E N°18/ Rol D-091-2019.

28 Informe de ensayo OT 3216/2021, realizado por el laboratorio GAMACHile, acompañado en los anexos del Requerimiento de información de la de la R.E N°18/ Rol D-091-2019.

166. Todo lo anterior, que constituye un resultado equivalente a INFA post anaeróbica, dan cuenta que **el deterioro de la calidad del sedimento marino ha sido persistente en el tiempo, permitiendo calificar este hecho como un detrimento y menoscabo de la calidad física y química del mismo**. En tanto que respecto de la columna de agua, no es posible concluir un detrimento a partir de los antecedentes tenidos a la vista en el presente procedimiento sancionatorio.

167. Por otro lado, la diligencia probatoria establecida mediante Res. Ex. N° 10/Rol D-091-2019, permitió contar con resultados de una campaña de muestreo de sedimentos marinos y una filmación submarina realizadas en 2021²⁹. En el sedimento se obtuvo muestra de uno de los vértices³⁰ de la concesión acuícola, donde el pH obtenido fue bajo 6,5 siendo inferior al aceptable para este tipo de muestras, por otro lado el potencial redox y materia orgánica se encontraron dentro de los límites aceptables por la normativa dando como resultado 262 mV y 3,6% respectivamente. En relación con la macrofauna se puede indicar que la mayor abundancia de organismos encontrados pertenecía al *Phylum annelida*, específicamente a la clase *Polychaeta*, y que dentro de la familia *Cirratulidae* **se encontró la especie *Cirriformia sp.*, la cual es considerada como especie bioindicadora de sedimentos con alto contenido de materia orgánica y de contaminación**. Por su parte, el registro visual, la filmación presentó un fondo de tipo semiduro, y visualización de macrobiota representada principalmente por los *Phylum Annelida*, *Arthropoda*, *Brachiopoda*, *Cnidaria*, *Echinodermata*, *Mollusca* y *Porifera* y ausencia de burbujas de gas emanadas desde el fondo marino. A su vez, la transecta 1 se observó cubierta de microorganismos.

168. En términos de identificación de macrofauna en muestras de sedimento que se han obtenido a lo largo del tiempo, luego del ciclo en infracción, y para efectos comparativos, en la siguiente tabla, se muestran los resultados obtenidos entre las campañas relativa a la INFA cosecha, la actividad realizada por la empresa en septiembre de 2019, y la diligencia probatoria de esta SMA, en mayo de 2021:

Tabla 3: Resumen de resultados de muestreo de filmaciones submarinas para los años 2017, 2019 y 2021.

Parámetro	Año de INFA		
	2017	2019	2021
Riqueza de especies	6 taxa, microorganismos	13 taxa, microorganismos	14 taxa, microorganismos
Clase/Familia/ Género/Nombre científico	<i>Cancer sp</i> , <i>Infraclase Cirripedia</i> , <i>Pseudechinus magellanicus</i> , <i>clase Asteroidea</i> , <i>clase Gastropoda</i> , <i>Familia Mytilidae</i>	<i>Metridium sp</i> , <i>Mytilidae</i> , <i>Gastropoda</i> , <i>Chaetopteridae</i> , <i>Lithodes santolla</i> , <i>Pycnogonida</i> , <i>Pagurus spp</i> , <i>Decapoda</i> , <i>Cosmasterias lurida</i> , <i>Porania sp</i> , <i>Pseudechinus magellanicus</i> , <i>Arbacia dufresnii</i> , <i>Patagonotothen spp</i> .	<i>Actinostola</i> , <i>Primniella sp</i> , <i>Chaetopteridae</i> , <i>Mytilidae</i> , <i>Gastropoda</i> , <i>Decapoda</i> , <i>Lithodes santolla</i> , <i>Cosmasterias lurida</i> , <i>Porania sp</i> , <i>Labidiaster sp.</i> , <i>Arbacia dufresnii</i> , <i>Psolus sp.</i> , <i>Terebratellidae</i> , <i>Patagonotothen spp</i> .

²⁹ Durante el año 2020 se lograron realizar sólo 2 transectas debido a que el equipo durante la inmersión dio aviso de humedad al interior, razón por la cual fue imposible seguir con las filmaciones submarinas. Luego, para el resto del año 2020 las restricciones producto de la pandemia por COVID19 no permitieron otros intentos ese año. Las diligencias fueron complementadas con 2 transectas más durante el año 2021.

³⁰ A este vértice se le dominó VA.

Fuente: Elaboración propia a partir de INFA anaeróbicas realizadas por SERNAPESCA³¹, titular³² y diligencia probatoria³³

169. Los resultados de las filmaciones y determinación de macrofauna logradas en el tiempo indican que los sedimentos presentan condiciones equivalentes a anaerobiosis, que permite la proliferación de microorganismos característicos de ambientes contaminados, que implican un deterioro importante de su capacidad de sustentación de vida bentónica. Lo anterior permite comprobar que la infracción **ha generado un detrimento y menoscabo a la calidad del sedimento en toda el área de la concesión, y en particular bajo los módulos productivos.**

170. En razón de lo señalado, en el presente caso, debido a que se trata de un cargo por la superación de la producción máxima autorizada en el CES Aracena 10, en que la infracción cometida por Nova Austral ha provocado una perturbación del medio ambiente con una “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo” del fondo marino en una zona con un alto valor ecológico, lo que corresponde a continuación, es analizar si la afectación del medio ambiente que ya ha sido identificada presenta una connotación significativa que exige el tercer elemento de la definición legal de daño ambiental, lo que será desarrollado a continuación.

b) Significancia del daño

171. En relación con la significancia del daño, esta no está definida en la ley, ni tampoco se establecen en ella criterios para su determinación, por lo que éstos se han desarrollado a nivel doctrinario, pero, principalmente jurisprudencial. En este sentido la Excelentísima Corte Suprema, ha señalado que: (i) la determinación de la significancia debe constatar en concreto, no estando limitada solo a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento, “(...) sino que debe acudir a una calibración de la significación de los deterioros infligidos a aquél [al medio ambiente o a uno o más de sus componentes]”³⁴, y que ésta no debe necesariamente determinarse únicamente por un criterio cuantitativo³⁵; (ii) se deben considerar las especiales características de vulnerabilidad³⁶ del medio, como por ejemplo, en aquellos casos en que se afecta un área o especie bajo protección oficial³⁷. Así lo ha señalado también el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa Rol D-14-2014, en sentencia de fecha 24 de agosto de 2016, causa “Inversiones J y B Limitada en contra de la Sociedad Contractual Minera Tambillos y otro.”

31 De acuerdo al reporte de filmación submarina, Informe de ensayo ecosistema N° RV 160/2017, del día 20 de noviembre de 2017. SERNAPESCA. Informe de denuncia, CES Aracena 10.

32 De acuerdo al reporte de filmación submarina, Informe de ensayo N° OT 2782/2019, del día 8 de agosto de 2019, relativo a lo visualizado en transecta 2, a las 10:35 hrs.

33 De acuerdo al reporte de filmación submarina, Informe de ensayo N° DP-030-A E11, del día 16 de julio de 2021, relativo a lo visualizado en transecta 1, a las 10:55 hrs

34 CORTE SUPREMA. Rol N° 5.826-2009, 28 de octubre de 2011, CDE con SCM Cía. de Salitre y Yodo Soledad, Casación en el fondo, considerando séptimo.

35 CORTE SUPREMA. Rol N° 421-2009, 20 de enero de 2011, Krause Figueroa Horst Erwin y otros con Sociedad Explotadora de Áridos Arimix Ltda., Casación Forma y Fondo, considerando undécimo.

36 CORTE SUPREMA. Rol N° 5.826-2009, 28 de octubre de 2011, CDE con SCM Cía. de Salitre y Yodo Soledad, Casación en el fondo, considerando séptimo

37 CORTE SUPREMA. Rol N° 4033-2013, 3 de octubre de 2013, CDE con García Brocal Julio y otro, Casación en el Fondo, considerando décimo quinto; CORTE SUPREMA. Rol N° 32.087-2014, 3 de agosto de 2015, Fisco de Chile con Singer Rotem, Casación en el Fondo, considerando quinto; CORTE SUPREMA. Rol N° 3579-2012, 26 de junio de 2013, Fisco de Chile con Sociedad Forestal Sarao S.A. y otros, Casación en la Forma y Fondo, considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero.

172. Del mismo modo, el Segundo Tribunal Ambiental ha señalado que "(...) la significancia del daño, entendida en su acepción más pura y simple, esta es, "adj. Que tiene importancia por representar o significar algo" (Diccionario de la RAE), deberá ser determinada caso a caso"³⁸, agregando luego "Que la significancia del daño tampoco está condicionada a la extensión o duración del mismo, sino que, como ya se dijo, la entidad del perjuicio deberá determinarse caso a caso, siendo el carácter significativo del daño un elemento cualitativo, y no cuantitativo"³⁹.

173. Así también, en el derecho comparado, en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, "Sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales" (en adelante, Directiva del Parlamento Europeo), en su Anexo 1, considera que "[e]l carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. Los cambios adversos significativos en el estado básico deberían determinarse mediante datos mensurables como: a) El número de individuos, su densidad o la extensión de la zona de presencia; b) El papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación del hábitat, la rareza de la especie o del hábitat (evaluada en el plano local, regional y superior, incluido el plano comunitario); c) La capacidad de propagación de la especie (según la dinámica específica de la especie o población de que se trate), su viabilidad o la capacidad de regeneración natural del hábitat (según la dinámica específica de sus especies características o de sus poblaciones); d) La capacidad de la especie o del hábitat, después de haber sufrido los daños, de recuperar en breve plazo, sin más intervención que el incremento de las medidas de protección, un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico".

174. En el contexto del SEIA se han desarrollado criterios para poder determinar si un proyecto generará en el futuro impactos significativos sobre el medio ambiente y, más específicamente, si generará o presentará "[e]fectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire", esto es, si configura la hipótesis de la letra b) del artículo 11 de la Ley N°19.300. Sin perjuicio de que la evaluación de impacto ambiental corresponde a un escenario distinto al presente caso, dado que es un ejercicio de carácter preventivo y, por lo tanto, tiene como objetivo evitar, mitigar o compensar futuros efectos de una actividad o proyecto, lo cual tiene una naturaleza diferente a la determinación de la significancia de daño ambiental, los criterios desarrollados acerca de la magnitud de los efectos adversos, son funcionales al presente análisis de significancia, por lo que serán utilizados.

175. El RSEIA indica en su artículo 6° que, "[s]e entenderá que el proyecto o actividad genera un efecto adverso significativo sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire si, como consecuencia de la extracción de estos recursos; el emplazamiento de sus partes, obras o acciones; o sus emisiones, efluentes o residuos, se afecta la permanencia del recurso, asociada a su disponibilidad, utilización y aprovechamiento racional futuro; se altera la capacidad de regeneración o renovación

³⁸ Sentencia Iltmo. Segundo Tribunal Ambiental, Rol D N° 6-2013, 29 de noviembre 2014. Considerando 42°.

³⁹ Ibid. Considerando 44°.

del recurso; o bien, se alteran las condiciones que hacen posible la presencia y desarrollo de las especies y ecosistemas”. Se agrega, además, que “[d]eberá ponerse especial énfasis en aquellos recursos propios del país que sean escasos, únicos o representativos”.

176. El mencionado artículo 6° contempla también un grupo de aspectos específicos que deben ser considerados en forma especial para determinar la significancia del efecto adverso, dentro de los cuales se encuentran: (i) la pérdida de suelo o de su capacidad para sustentar biodiversidad por degradación, erosión, impermeabilización, compactación o presencia de contaminantes; (ii) la superficie con plantas, algas, hongos, animales silvestres y biota intervenida, explotada, alterada o manejada y el impacto generado en dicha superficie, considerando su diversidad biológica, así como la presencia y abundancia de especies silvestres en estado de conservación; (iii) la magnitud y duración del impacto sobre el suelo, agua o aire en relación con la condición de línea de base; (iv) el impacto generado por el volumen o caudal de recursos hídricos a intervenir o explotar, incluyendo el generado por ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas y superficiales, teniendo en cuenta especialmente la magnitud de la alteración en vegas y/o bofedales y las zonas de humedales que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas y áreas.

177. Los citados criterios han sido complementados técnicamente, a su vez, por la “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental de Efectos Adversos Sobre Recursos Naturales Renovables”, que entró en vigencia con la dictación de la Res. Ex. N°1196/2015 del SEA, de fecha 11 de septiembre de 2015 (en adelante e indistintamente, “Guía SEA Efectos Adversos Sobre Recursos Naturales”).

178. Como se puede observar, los criterios descritos en ambas fuentes normativas —Directiva del Parlamento Europeo y SEIA a propósito del artículo 11 letra b) de la Ley N° 19.300— tienden a coincidir en términos generales, ya que combinan **aspectos cuantitativos, relativos a la dimensión de la afectación (extensión, número de especies afectadas, cantidad, magnitud y duración), con elementos cualitativos, relativos al valor ecológico de lo afectado (diversidad biológica, grado de conservación de las especies, unicidad, escasez y representatividad)**. Tal como se señaló previamente, nuestra jurisprudencia ha manifestado que no se trata de que uno de ellos pueda excluir al otro, sino que deben considerarse de manera complementaria. Así, por ejemplo, el hecho de que se trate de un daño pequeño en tamaño o extensión, no impide que pueda ser un daño de carácter significativo si lo afectado tiene un valor ecológico elevado.

179. En razón de lo señalado, en el presente dictamen se determinará la significancia del daño ocasionado, utilizando factores y criterios aplicables y comunes a las evaluaciones de impacto ambiental^{40 41 42 43 44}, a saber: la singularidad

40 También basadas en metodologías multi criterio de evaluación (MCE) de impacto y riesgo ambiental utilizados en Canadá, Finlandia y Estados Unidos de América.

41 BC (EAO) Environment Assessment Office. 2014. Procedures for mitigating impacts on environmental values. Version I, 68 pp.

42 Ministry of the Environment. 2002. Reports of the Ministry of the Environment. Remediation of significant environmental damage, Manual on Procedures. Department of the Natural Environment, Finland, Helsinki, 84pp.

43 Gallagher, S. S., Rice, G. E., Scarano, L. J., Teuschler, L. K., Bollweg, G., & Martin, L. 2015. Cumulative risk assessment lessons learned: A review of case studies and issue papers. Chemosphere, 120, 697-705.

44 Canter, L., Atkinson, S. F., & Sadler, B. (2010). Introduction to a special issue on cumulative effects assessment and management. Impact Assessment and Project Appraisal, 28(4), 259-260.

del medio afectado y servicios ecosistémicos asociados; la presencia de especies de relevancia o interés; la magnitud y alcance de los efectos; la fragmentación del hábitat y poblaciones; y la permanencia y duración de los efectos constatados hasta ahora.

b.1. Singularidad del medio afectado y servicios ecosistémicos asociados

180. Alberto de Agostini es uno de los parques nacionales más grandes de Chile, no obstante que, el carácter singular de esta área se encuentra en su flora y fauna. Además, recientemente se ha designado a los Bosques Subantárticos Magallánicos como uno de los lugares más prístinos en el mundo (Mittermeier et al. 2001)⁴⁵.

181. El Parque Nacional Alberto de Agostini está ubicado en el extremo sur de tierra del fuego y su núcleo central lo constituye la Cordillera Darwin que se interna en la Península Brecknock que es complementado por las Islas London, Basket, Steward y Londonberry. Los principales canales comprendidos en el área antes descrita son el Estrecho de Magallanes, Beagle, Brecknock, Abra, Bárbara y Walsingham.

182. Esta zona presenta clima de tundra isotérmica, aunque en el sector oriental de Isla Hoste se presenta una pequeña influencia estepario-fría. Las precipitaciones muestran una notable gradiente desde el Noroeste al Sureste, mientras que en el sector de Isla Desolación se presentan aún los altos niveles de precipitación que caracterizan los canales Occidentales de Magallanes. Las temperaturas son homogéneas, tanto en el espacio como en el tiempo, por lo que la zona está comprendida entre las isothermas de los 5 y 6 °C. La oscilación anual de la temperatura media es pequeña, no sube de los 10 °C en verano, ni baja de los 0 °C en invierno. La humedad relativa es en general alta todo el año, con un leve repunte en invierno, oscilando alrededor del 80%. El viento es otro de los elementos del clima que tiene gran influencia en las características ecológicas del área, sobretodo en la zona más expuesta a la influencia oceánica directa, donde los vientos tienen mucha fuerza con promedio de 43 km/hr, predominando los de NO en la entrada del Estrecho. En el extremo Sur del parque nacional los vientos dominantes son los del SO registrándose en Evangelistas rachas de hasta 183 km/hr.

183. Por su parte, los suelos más comunes en la zona son los de turba, formados por acumulación de materia orgánica semidescompuesta sobre rocas sin intemperizar, lo que da como resultado un suelo orgánico (sobre 90% de MO), muy pobre en fracción mineral y, por lo tanto, muy ácido (pH alrededor de 4.0).

184. Particularmente, tiene una gran diversidad de tipos de hábitat: bosques mixtos y deciduos predominantes en la porción oriental, y bosques siempreverdes magallánicos junto a tundras en la parte occidental. A su vez, un promedio de aproximadamente 50% de las cuencas presentan cobertura de bosque, mientras que roca desnuda y tundra ocupan un 28% y 17%, respectivamente. Por su parte, los glaciares y hábitats de plantas herbáceas sólo constituyen el 3% de la superficie. En cuanto a las perturbaciones debidas al impacto humano y la introducción de especies exóticas, cabe señalar que están localizadas principalmente en la parte este de la península Brecknock, en varios fiordos aislados, donde se practica el cultivo de salmones.

45 Mittermeier R., Mittermeier C., Robles-Gil P., Pilgrim J., Fonseca G., Brooks J. and Konstant J. 2001. Wilderness: Earth's Last Wild Places. Conservation International, Washington D.C. 573 pp

185. Así, el parque cuenta con una tupida vegetación que se dispersa por los faldeos cordilleranos contrastando con el blanco de los hielos de los glaciares. Dicha vegetación está formada, principalmente, por coigües, canelos, lengas y algunas especies comestibles, como la frutilla magallánica. Además, como es común en los sectores australes, en los suelos se encuentran musgos, líquenes y hongos. En las planicies son las turberas las encargadas de dar vida a las tierras.

186. En relación a los ecosistemas marinos, el parque está caracterizado por zonas donde predomina la mayor exposición a las olas oceánicas que determinan comunidades distintas a aquellas típicas de las costas de canales interiores y protegidos, lo que le da mayor diversidad de paisajes y hábitats para distintas especies de fauna marina y de avifauna. En el parque se pueden encontrar gran diversidad de especies de cetáceos, los cuales, muchos de ellos se encuentran bajo alguna categoría de conservación, el Sur de Chile es considerado un lugar de relevancia por ser un lugar de reproducción y destino migratorio para muchas especies⁴⁶.

187. El reconocimiento de esta zona está dado por su importancia biogeográfica y su relevancia en conservación a nivel nacional, regional e internacional. Por ello, esta área ha sido reconocida como prioritaria de conservación, no obstante, su ubicación remota y extensa superficie hace que presente limitado financiamiento y fiscalización por parte del Estado. En efecto, la superficie del parque alberga 1.460.000 ha, donde el 16,4% está bajo protección del Estado. Asimismo, pese a que su aislamiento y vastedad son razones para que sea muy poco estudiado, existe un desarrollo acuícola y turístico creciente (Jax & Rozzi 2004⁴⁷).

188. Es importante destacar que **los ecosistemas terrestres descritos del Parque Nacional Alberto de Agostini son insulares, es decir, incrustados en un intrincado sistema de fiordos, canales, estuarios y bahías**, como se muestra en la figura que sigue:

46 Aguayo, A. 1999. Los cetáceos y sus perspectivas de conservación. *Estud. Oceanol.* 18: 35-43,1999.

47 Jax, K. and R. Rozzi 2004. Ecological theory and values in the determination of conservation goals: examples from temperate regions of Germany, United States of America, and Chile. *Revista Chilena de Historia Natural* 77: 349-366

Figura 3: Parque Nacional Alberto de Agostini, ubicado en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena



Fuente: Elaboración propia

189. En relación a los servicios ecosistémicos, la definición, marco conceptual y clasificación de éstos (en adelante, “SS.EE.”) siguen siendo materia de debate, por lo que el concepto de SS.EE. está en constante evolución⁴⁸, sin perjuicio que, se podría decir que son aquellos beneficios insustituibles que los ecosistemas brindan a la humanidad y al resto de la biodiversidad⁴⁹. Respecto a su clasificación, se utiliza la propuesta de la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio (MEA 2005), que clasifica a los SS.EE. en cuatro grupos: provisión (i.e. madera, agua), regulación (i.e. control de inundaciones y de pestes), culturales (i.e. espirituales, recreación) y soporte (i.e. ciclo de nutrientes).

190. Por otro lado, la “Cascada de los Servicios Ecosistémicos” (en adelante, “CSE”) conecta lógica y sucintamente las estructuras y procesos ecosistémicos con los elementos que afectan el bienestar humano a través de una especie de “cadena de producción”. De esta manera, la CSE demuestra que se requieren estructuras funcionales de un ecosistema para la generación de servicios ecosistémicos y de los consiguientes beneficios asociados a ellos⁵⁰. En otras palabras, la CSE revela que para obtener un flujo continuo de SS. EE. se requiere proteger y conservar los ecosistemas y la biodiversidad que les dan sustento.

191. Como se describió anteriormente, **un ecosistema funcional puede generar servicios ecosistémicos, pero para que esto ocurra el ecosistema deberá estar en un estado de equilibrio.**

192. Dentro de los servicios ecosistémicos identificados para el caso del presente procedimiento sancionatorio se incluyen: hábitat de especies, biomasa vegetal y animal, provisión de alimento a diversas especies del parque nacional dentro de la cadena trófica, sumidero de carbono, entre otros. **Por lo tanto, la alteración**

48 Haines-Young, R & Potschin, M. 2012. Common International Classification of Ecosystem Services (CICES): Consultation on Version 4, EEA Framework Contract No EEA/IEA/09/003.

49 MEA 2005, Ecosystems and human well-being, Millennium Ecosystem Assessment.

50 Potschin, MB & Haines-Young, RH. 2011. Ecosystem services Exploring a geographical perspective. Progress in Physical Geography, vol. 35, no. 5, pp. 575-94.

importante al fondo marino repercute en los servicios ecosistémicos que provee este ecosistema. Esto se puede verificar con la evaluación de los elementos bióticos, estructurales y funcionales de este ecosistema, en donde se puede observar que permanece en estado anóxico, sin especies marinas que lo habiten y con presencia de un manto de bacterias⁵¹.

193. Sobre la base de los antecedentes expuestos, se concluye que el ecosistema afectado posee un alto nivel de singularidad, que está dada por la presencia de gran diversidad de ecosistemas marinos, costeros e insulares, proporcionando áreas para la reproducción y el desove de peces, formar parte del hábitat de especies que se desarrollan en los bosques mixtos y bosques siempreverdes magallánicos, representados por coigües, canelos, lengas y algunas especies comestibles, como la frutilla magallánica, junto con musgos, líquenes y hongos, presentes en los suelos; como asimismo las turberas junto a tundras en la parte occidental del parque, que corresponde a hábitat de especies en alguna categoría de protección y que proporciona numerosos servicios ecosistémicos.

b.2. Presencia de especies de relevancia o de interés

194. En cuanto a la vegetación presente en el Parque Nacional Alberto de Agostini, a nivel de paisaje, el Archipiélago Magallánico Subantártico presenta una gran diversidad de tipos de hábitats, incluyendo: (i) bosques siempreverdes de hoja ancha, dominados por *Nothofagus betuloides* y *Drimys winteri*; (ii) bosques deciduos dominados por *Nothofagus pumilio* y/o *N. antarctica*; (iii) hábitats Alto-andinos dominados por cojines de vegetación y praderas de líquenes; (iv) formaciones diversas y complejas de tundra; (v) formaciones de glaciares; (vi) una serie de ecosistemas dulceacuícolas (Pisano 1977⁵²). A su vez, la península ubicada al SO de la Isla de Tierra del Fuego, contiene gran parte del Parque Nacional Alberto de Agostini, lo que incluye en su mayoría bosque siempreverde y turberas (sensu Gajardo 1994⁵³). Esta combinación de hábitats es característico de la Ecorregión Magallánica Sub-Antártica de Bosque lluvioso siempreverde (Rozzi et al. 2004⁵⁴).

195. Si bien dichos atributos no se verían directamente afectados con la infracción configurada, ocurre lo opuesto con las especies de fauna. En efecto, se destaca que **la avifauna marina es la principal forma de vida animal en el parque**, muchas de ellas son residentes y otras migratorias, por lo que se analizarán aquellas de mayor probabilidad de encontrarse en la zona de ubicación del proyecto acuícola objeto del procedimiento sancionatorio. Otro factor a considerar en la evaluación de significancia del impacto, son las **especies de fauna presentes en el parque nacional bajo alguna categoría de conservación, las que en total son aproximadamente 63**^{55y56}. Además, esta área protegida es corredor biológico de muchas especies de fauna, destacando las aves acuáticas y mamíferos

51 Según se informa en el Informe de filmación submarina y las fotografías de las 2 transectas filmadas, y emitido por Aquagestión, laboratorio que realizó esta actividad el 28 de abril de 2021, con ocasión de las diligencias probatorias de este procedimiento sancionatorio.

52 Pisano E. 1977. Fitogeografía de Fuego-Patagonia Chilena. I. Comunidades vegetales entre las latitudes 52° y 56° S. Anales del Instituto de la Patagonia (Chile) 8:121-250.

53 Gajardo, R. 1994. La vegetación natural de Chile: Clasificación y distribución geográfica. Editorial Universitaria. Santiago de Chile.

54 Rozzi R., Massardo F. and Anderson C.B. (eds.) 2004. Reserva de Biosfera Cabo de Hornos: Una propuesta de conservación y turismo para el desarrollo sustentable en el extremo austral de América. Ediciones de la Universidad de Magallanes. Punta Arenas, Chile. 263 pp.

55 Según CONAF. 1982. Plan de Manejo del Parque Nacional Alberto D'Agostini. 213 pp.

56 Instituto de la Patagonia. 1982. Informe de Investigación: Prospección zoológica del PNA. 59pp.

marinos –sin perjuicio de los de la familia cetácea–, las que muchas de ellas están bajo alguna categoría de conservación (Tabla 1):

Tabla 4: Especies de fauna en el Parque Nacional Alberto de Agostini bajo alguna categoría de conservación

Presencia en medio marino	Nombre Científico	Nombre Común	Estado de Conservación	Decreto
Aves				
	<i>Chloephaga rubidiceps</i>	Canquén Colorado	En Peligro	DS 151/2007 MINSE-GPRES
*	<i>Phoebetria palpebrata</i>	albatros de manto claro, albatros tiznado		DS 44/2021 MMA
*	<i>Coscoroba coscoroba</i>	Cisne Coscoroba		DS 5/1998 MINAGRI
*	<i>Macronectes giganteus</i>	Petrel gigante antártico	Vulnerable	DS 23/2019 MMA
*	<i>Cygnus melancoryphus</i>	Cisne de Cuello Negro		DS 5/1998 MINAGRI
*	<i>Phoenicopterus chilensis</i>	Flamenco Chileno		DS 5/1998 MINAGRI
*	<i>Diomedea epomophora</i>	albatros real del sur		DS 44/2021 MMA
*	<i>Diomedea exulans</i>	albatros errante, albatros viajero		DS 44/2021 MMA
*	<i>Cinclodes oustaleti baekstroemii</i>	churrete chico de masafuera		DS 23/2009 MINSE-GPRES
*	<i>Chloephaga hybrida</i>	caranca, cagüe, cauquén costero, cauquén blanc		DS 16/2016 MMA
*	<i>Diomedea exulans</i>	albatros errante, albatros viajero		DS 44/2021 MMA
	<i>Buteo ventralis</i>	Aguilucho de Cola Rojiza	Rara	DS 5/1998 MINAGRI
	<i>Accipiter bicolor</i>	Peuquito		DS 5/1998 MINAGRI
	<i>Strix rufipes</i>	Concón	Casi Amenazada	DS 16/2016 MMA
	<i>Vultur gryphus</i>	Cóndor		DS 23/2019 MMA
*	<i>Ardenna grisea</i>	Fardela negra		DS 23/2019 MMA
*	<i>Speculanas specularis</i>	Pato anteojillo, pato perro		DS 79/2018 MMA
*	<i>Tachyeres pteneres</i>	quetru no volador, pato quetru no volador, pato vapor		DS 16/2016 MMA
	<i>Campephilus magellanicus</i>	Carpintero Negro		DS 16/2020 MMA
*	<i>Gallinago paraguayiae</i>	Becacina		Preocupación

Presencia en medio marino	Nombre Científico	Nombre Común	Estado de Conservación	Decreto
	<i>Falco peregrinus</i>	Halcón Peregrino	Menor	DS 06/2017 MMA
	<i>Attagis gayi</i>	Perdicitita Cordillerana		DS 16/2016 MMA
*	<i>Ardea cocoi</i>	Garza Cuca		DS 16/2016 MMA
*	<i>Spatula platalea</i>	Pato Cuchara		DS 16/2016 MMA
*	<i>Tachyeres patachonicus</i>	Quetru Volador		DS 16/2016 MMA
*	<i>Merganetta armata</i>	Pato cortacorrientes		DS 38/2015 MMA
	<i>Theristicus melanopis</i>	bandurria		DS 06/2017 MMA
	<i>Accipiter chilensis</i>	peuquito, gavián chileno		DS 16/2020 MMA
*	<i>Gallinago paraguaiiae</i>	becacina		DS 16/2016 MMA
	<i>Attagis gayi</i>	perdicitita cordillerana		DS 16/2016 MMA
	<i>Charadrius modestus</i>	chorlo chileno		DS 44/2021 MMA
	<i>Asio flammeus</i>	Nuco		DS 16/2016 MMA
Mamíferos				
*	<i>Cephalorhynchus comersoni</i>	tonina overa	En Peligro	DS 23/2009 MINSE-GPRES
*	<i>Lontra felina</i>	chungungo, nutria marina, gato de mar, chinchimén		DS 44/2021 MMA
*	<i>Lontra provocax</i>	huillín		DS 42/2011 MMA
	<i>Hippocamelus bisulcus</i>	Huemul		DS 151/2007 MINSE-GPRES
	<i>Ctenomys magellanicus</i>	Tuco Tuco de Magallanes		DS 13/2013 MMA
*	<i>Mirounga leonina</i>	elefante marino	Vulnerable	DS 06/2017 MMA
	<i>Lycalopex culpaeus</i>	Zorro Culpeo		DS 151/2007 MINSE-GPRES DS 33/2012 MMA
	<i>Lyncodon patagonicus</i>	Huroncito	Rara	DS 5/1998 MINAGRI
	<i>Puma concolor</i>	Puma	Casi Amenazada	DS 42/2011 MMA
	<i>Leopardus geoffroyi</i>	Gato de Geoffroy		DS 42/2011 MMA
*	<i>Arctocephalus australis</i>	lobo fino austral		DS 06/2017 MMA
	<i>Zaedyus pichiy</i>	Piche		DS 38/2015 MMA
	<i>Euneomys chinchilloides</i>	Ratón Sedoso, chinchilloides	Insuficientemente Conoci-	DS 5/1998 MINAGRI

Presencia en medio marino	Nombre Científico	Nombre Común	Estado de Conservación	Decreto
			da	
*	<i>Globicephala melas</i>	calderón negro	Datos insuficientes	DS 06/2017 MMA
*	<i>Orcinus orca</i>	orca		DS 06/2017 MMA
*	<i>Lagenorhynchus australis</i>	delfín austral	Preocupación Menor	DS 06/2017 MMA
*	<i>Otaria flavescens</i>	lobo marino común, lobo de un pelo		DS 13/2013 MMA
*	<i>Hydrurga leptonyx</i>	foca leopardo		DS 06/2017 MMA
	<i>Lama guanicoe</i>	Guanaco		DS 33/2011 MMA
	<i>Galictis cuja</i>	Quique		DS 16/2016 MMA
	<i>ChaetophRACTUS villosus</i>	Peludo		DS 16/2016 MMA
	<i>Abrothrix longipilis</i>	Ratón Lanudo Común		DS 19/2012 MMA
	<i>Myocastor coypus</i>	coipo		DS 16/2016 MMA
	<i>Lycalopex griseus</i>	Zorro Gris		DS 33/2011 MMA
Anfibios y Reptiles				
	<i>Diplolaemus bibroni</i>	Cabezón de Bibrón	Vulnerable	DS 16/2016 MMA
	<i>Diplolaemus darwini</i>	Cabezón de Darwin		DS 16/2016 MMA
	<i>Liolaemus archeforus sarmientoi</i>	Lagartija Patagónica de	Rara	DS 5/1998 MINAGRI
	<i>Liolaemus magallanicus</i>	Lagartija Magallánica	Casi Amenazada	DS 5/1998 MINAGRI
	<i>Pleurodema bufonina</i>	Sapo de Cuatro Ojos		DS 41/2011 MMA
Peces				
*	<i>Aplochiton taenianus</i>	Peladilla	En Peligro	DS 33/2011 MMA
*	<i>Galaxias maculatus</i>	Puye	Preocupación Menor	DS 19/2012 MMA

Fuente: Elaboración propia con información del PMPNAA⁵⁷, actualizado categoría de estado de conservación y decretos MMA⁵⁸

196. En definitiva, la singularidad de los ecosistemas presentes en esta área, permite una biodiversidad única, caracterizada por un alto nivel de

57 PMPNTP: Plan de Manejo Parque Nacional Alberto D'Agostini.

58 <https://clasificacionespecies.mma.gob.cl/>

abundancia de algunas especies y un alto nivel de endemismo⁵⁹. En razón de lo anterior, **puede sostenerse que el área afectada por la infracción cometida por la empresa, en incumplimiento a los niveles de producción de biomasa establecidos por la RCA N° 71/2003, es el hábitat de distintas especies de avifauna terrestre y fauna acuática en alguna categoría de conservación.**

b.3. Extensión y alcance de la afectación en la columna de agua y sedimentos marinos

197. Sobre la base de los antecedentes que constan en el presente procedimiento es posible establecer en forma muy conservadora que, producto de la infracción por parte Nova Austral, la afectación en términos de superficie, se aproxima a 36.000 m², que corresponde a la extensión de la concesión acuícola otorgada para el centro de engorda⁶⁰, pero que sin embargo, en la evaluación ambiental se habría proyectado un área circular de dispersión de los residuos provenientes del alimento no consumido y las fecas, dentro del rango de los 176.400 m² a 332.830 m² ⁽⁶¹⁾, con radio a partir de los márgenes de la concesión, área que supera ampliamente la concesión otorgada. Cabe mencionar que la información disponible en el expediente sancionatorio no permite estimar un volumen de columna de agua afectado.

198. Asimismo, antes pronunciarse acerca del alcance de la afectación en términos de la intensidad con que se expandió el detrimento es necesario dar cuenta del concepto de resiliencia asociado a este ambiente afecto. En efecto, históricamente, las interacciones ocurridas entre las actividades humanas y el medio ambiente en sistemas terrestres y marinos han resultado en diferentes procesos de perturbación, fragmentación y degradación de hábitats que potencialmente han afectado la biodiversidad del planeta en diferentes vías⁶².

199. En este contexto, un sistema que posee resiliencia es aquel que, cuando se ve sujeto a una alteración, sigue existiendo y funcionando esencialmente de la misma manera. Por su parte, el funcionamiento de los ecosistemas es lo que permite la prestación de muchos de los servicios que el medio ambiente le brinda a la economía, de manera que los factores que fomentan a la resiliencia de un ecosistema dan paso a una sostenibilidad; no obstante que, un ecosistema puede ser resistente respecto a un tipo de alteración pero no a otro. Al respecto, es relevante destacar que existe consenso en cuanto a que las reducciones de la biodiversidad —pérdida de poblaciones— en un ecosistema se deben considerar amenazas a la resiliencia. De ello se desprende que la pérdida de biodiversidad debe ser considerada una amenaza a la sostenibilidad. Al efecto, tanto la extracción de recursos como la acumulación de residuos participan en la pérdida de biodiversidad, es decir, estos dos aspectos constituyen una amenaza para la sostenibilidad en cuanto a las consecuencias que acarrearán para la resiliencia de los ecosistemas⁶³.

59 Foro para la Conservación del Mar Patagónico y Áreas de Influencia, *Informe técnico sobre el desarrollo de directrices para la creación y gestión efectiva de áreas marinas protegidas en Chile* (2019), p. 12.

60 Informe Consolidado de la Evaluación de la Declaración de Impacto ambiental proyecto, capítulo 1.1.1. Descripción del proyecto, que señala un área de la concesión de 36.000 m².

61 Considerando 3.2.1.4.2 Dispersión de alimento y fecas de RCA N° 71/2003, que señala un radio de dispersión de entre 250 a 750 metros de dispersión por fecas y 94 metros por alimento.

62 Gascon C, Williamson GB, da Fonseca AB. 2000. Receding forest edges and vanishing reserves. *Science*, 288: 1356-1358.

63 Cuevas, P. 2010. Importancia de la resiliencia biológica como posible indicador del estado de conservación de los ecosistemas: implicaciones en los planes de manejo y conservación de la biodiversidad. *Biológicas* 12(1): 1-7.

200. De esta manera, la resiliencia es una medida de la magnitud de los disturbios que puede absorber un sistema para pasar de un equilibrio a otro, y por consiguiente, se argumenta que **las actividades económicas son sostenibles solamente si los ecosistemas que soportan la vida, y de los cuales son dependientes estas actividades, tienen un adecuado nivel de resiliencia**⁶⁴.

201. En efecto, **dentro de un ecosistema conservado existen funciones que resultan esenciales para su mantenimiento y organización, las cuales se verían afectadas directamente a partir de una perturbación antropogénica, lo que generará un deterioro ambiental con grandes repercusiones biológicas.** Los ecosistemas presentan una gran diversidad de especies y responden a situaciones de estrés de diferente manera. Las mayores presiones que causan la transformación del sistema son la reestructuración física y la introducción de especies no nativas⁶⁵.

202. En consecuencia, para el caso concreto, **al evaluar el alcance o intensidad del detrimento alcanzado en el sedimento en el fondo marino**⁶⁶, este nivel de alteración es completamente negativa, tanto en su estructura y funcionalidad, evidenciándose un sedimento en estado anaeróbico, a través de la INFA cosecha informada por Sernapesca y en las posteriores campañas de filmación disponibles en el expediente sancionatorio para el fondo marino se puede indicar que la mayor abundancia de organismos encontrados en la macrofauna evaluada, pertenecen al Phylum annelida, específicamente a la clase Polychaeta, y que dentro de la familia *Cirratulidae* se encontró la especie *Cirriformia sp.*, la cual es considerada como especie bioindicadora de sedimentos con alto contenido de materia orgánica y de contaminación, a partir de la diligencia probatoria.

203. En efecto, y a modo de contexto, la epifauna (fauna que habita el fondo marino) en los sistemas de fiordos y canales de la región sur austral de Chile presenta una serie de componentes biológicos únicos en su tipo, lo que le otorga un interés especial para el estudio de la diversidad marina. En concesiones de salmonicultura que presentan fondos rocosos, como es el caso del CES Aracena 10, la reglamentación indica que debe tomarse un registro visual para evaluar el grado de impacto por el aporte de materia orgánica sobre la epifauna bentónica, detectar la presencia de burbujas y/o la presencia de tapices bacterianos conformados por *Beggiatoa*.

204. En los roqueríos del Seno Lyell, predominan cuatro especies de moluscos bivalvos; cholga (*Aulacomya atra*), choro maltón (*Choromytilus chorus*), quilmahue (*Mytilus edulis chilensis*), y chorito maico (*Perumytilus purpuratus*), los que forman un cordón compacto y continuo a lo largo de la línea costera, extendiéndose desde la línea de marea baja, hacia las zonas más profundas⁶⁷. Estas especies pertenecen a la epifauna local descrita como parte de la caracterización preliminar de Seno Lyell. Sin embargo, en el caso del CES Aracena 10, no se encontraron estas especies en las filmaciones realizadas durante la diligencia probatoria⁶⁸, en el fondo marino del CES Aracena 10 –imagen 2– se observó un manto blanquecino

64 Common, M., Stagl. S. 2008. Introducción a la Economía Ecológica Editorial Reverté, Barcelona.

65 Ricklefs RE. 1990. Ecology. New York: W.H. Freeman and Co.

66 Como fuera descrito en los párrafos 113 y ss de este dictamen.

67 Anexo 10 "Línea de Base", expediente de evaluación conducente a la RCA N° 71/2003, pp. 38 y ss.

68 De acuerdo al reporte de filmación submarina, Informe de ensayo N° DP-030-A E11, del día 16 de julio de 2021, relativo a lo visualizado en transectas 1 y 2.

formado por microorganismos dominados por la especie *Beggiatoa*, lo que es considerado por varios autores como indicador de condiciones adversas para la vida de la epifauna⁶⁹, explicándose su nula presencia el año 2021.

205. Los mantos de microorganismos del género *Beggiatoa*, consisten en una bacteria filamentososa que forma tricomas y tienen depósitos de sulfuro en su interior. Estas bacterias se encuentran en sedimentos que contienen concentraciones de sulfuro de hidrógeno (H₂S) que proveen las condiciones para que estos tapices se desarrollen. Las bacterias de *Beggiatoa* normalmente existen en la interface de sedimentos anóxicos donde hay producción de sulfuro de hidrógeno⁷⁰.

206. En general, los tapices de *Beggiatoa* asociado a las balsas jaula, muestran agregaciones muy bien definidas sobre los sedimentos, caracterizados por un alto contenido de materia orgánica y considerados ambientes reductores por la presencia de H₂S. La presencia de sulfuro de hidrógeno es un indicador de condiciones de anoxia, siendo *Beggiatoa* un indicador ampliamente descrito en la literatura de estas condiciones ambientales⁷¹. La asociación entre sedimentos blandos con características subóxicas y/o anóxicas y la presencia de *Beggiatoa*, ha sido descrita en otros ecosistemas donde se realiza salmonicultura en forma intensiva, lo que es considerado como indicador de condiciones adversas para la vida de la epifauna⁷².

b.4. Permanencia y duración de los efectos

207. La duración está referida al tiempo en que el efecto persiste en el medio. Se hace presente que, al referirnos a la permanencia y duración de los efectos en esta sección, hemos considerado la situación que existe hasta el día de hoy, dado que la discusión acerca de la posibilidad de restauración del ecosistema dañado a futuro se desarrollará en la sección de este dictamen relativa a la susceptibilidad de reparación.

208. En el presente caso, los efectos constatados en este procedimiento, consistentes, en lo medular, en la pérdida y sepultación de los componentes bióticos –producto de la acumulación de carga orgánica proveniente de fecas y alimento no consumido– y físicos en las áreas afectadas, que en el caso de los sedimentos en todo el fondo marino bajo el área de concesión acuícola **persisten hasta el día de hoy**, toda vez que el agente estresante, en este caso la sobreproducción ocurrida en el ciclo productivo entre 2016 y 2017, siguen haciendo presión sobre el ecosistema asociado a esta componente, impidiendo que éste pueda recuperarse a un estado que pueda sostener otro ciclo productivo.

c) Conclusiones sobre la concurrencia del daño ambiental

69 Hargrave, B.T. 2002. Thresholds for assessing organic matter assimilative capacity in marine sediments, p. 22-28. In: B.T. Hargrave (ed.). Environmental studies for sustainable aquaculture (ESSA): 2002 workshop report. Can. Tech. Rep. Fish. Aquat. Sci. 2411: v + 117 p.

70 Silva y Quiroga. 2010. Manual de evaluación de informes ambientales de la acuicultura. PUCV. 45-72 pp.

71 Hargrave BT (2010) Empirical relationships describing benthic impacts of salmon aquaculture. Aquaculture Environment Interactions 1: 33-46

72 Hargrave, B.T. 2002. Thresholds for assessing organic matter assimilative capacity in marine sediments, p. 22-28. In: B.T. Hargrave (ed.). Environmental studies for sustainable aquaculture (ESSA): 2002 workshop report. Can. Tech. Rep. Fish. Aquat. Sci. 2411: v + 117 p.

209. Sobre la base de todo lo anteriormente expuesto, se concluye que el detrimento y menoscabo provocado al componente ecosistema sedimento marino, así como sobre el hábitat de fauna que sustenta dicho ecosistema, tanto desde una perspectiva cuantitativa -por las dimensiones y la permanencia de la afectación- como cualitativa -por el valor ecológico de lo afectado- debe ser considerado de carácter significativo, concurriendo, por ende, los elementos para que se configure una hipótesis de daño ambiental.

4. *Susceptibilidad de reparación del daño ambiental ocasionado*

210. El objetivo jurídico de evaluar la susceptibilidad del daño ocasionado en el marco de un procedimiento sancionatorio ante la SMA, regulado por la LO-SMA, es la determinación de un elemento de severidad de la infracción, en virtud del cual corresponde realizar una clasificación de gravedad de ésta. El objetivo jurídico en esta sede dista, por lo tanto, de lo que se pretende en el derecho de daños o en el contexto de un plan de reparación, que es, en lo central, lograr restablecer un ecosistema dañado a una calidad lo más similar posible a la que tenía con anterioridad, por lo que, en caso de no ser eso posible, se acepta el restablecimiento de, al menos, sus propiedades básicas.

211. En derecho administrativo sancionatorio ambiental, en cambio, el objetivo jurídico de la evaluación y determinación de daños ocasionados por una infracción y su susceptibilidad de reparación, persigue constatar la severidad de las consecuencias que una infracción ha tenido en el lugar en que se cometió la infracción, pues de ello se deriva la severidad de la respuesta sancionatoria que corresponda aplicar. Ampliar el concepto de reparación, más allá de los límites territoriales de la reparación *in situ*, es, por lo tanto, ajeno a la lógica jurídica que corresponde aplicar en esta instancia.

212. Lo anterior, no obsta a que se tengan a la vista y se apliquen conceptos y criterios desarrollados en la doctrina y jurisprudencia del derecho de daños al momento de evaluar la existencia de éste y su susceptibilidad de reparación, pero sin perder de vista el objetivo fundamental en esta sede, que es determinar qué tan grave fue la infracción que se cometió, a la luz de las consecuencias en el medio ambiente que ésta ocasionó.

213. Dicho lo anterior, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2° literal s) de la Ley N°19.300, se entiende por reparación “[...] *la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas*”. En similar sentido, la *Society for Ecological Restoration* sostiene que la restauración ecológica tiene por objeto principal retornar a un ecosistema a su trayectoria o ruta de desarrollo histórico. Para ello, la restauración implica acciones que inician o aceleran la recuperación o restablecimiento de un ecosistema que ha sido degradado, dañado o destruido.⁷³

214. De igual forma, el CIREF precisa el concepto, señalando que “[r]estaurar es restablecer o recuperar un sistema natural a partir de la eliminación

73 Principios de SER International sobre la Restauración Ecológica. Society for Ecological Restoration International. [en línea] <http://www.ser.org/docs/default-document-library/spanish.pdf>.

de los impactos que lo degradaban y a lo largo de un proceso prolongado en el tiempo, hasta alcanzar un funcionamiento natural y autosostenible”⁷⁴.

215. Se hace presente que la reparación *in situ* o *in natura* del medio ambiente dañado, puede adoptar cualquiera de las dos formas contempladas por el legislador en el artículo 2° letra s) la Ley N° 19.300, esto es, la reposición del medio ambiente dañado a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al hecho dañoso, o bien el restablecimiento de sus propiedades básicas, en caso de no ser posible lo primero.

216. Por lo tanto, la pregunta sobre la posibilidad de reparación del daño ambiental causado —y, en oposición, sobre su irreparabilidad— se vincula con la factibilidad de que el medio ambiente degradado recupere sus funciones, ya sea a una calidad similar a la que se encontraba en una etapa previa a la afectación o de no ser ello posible, deben, al menos, restablecerse sus propiedades básicas de modo que sus procesos funcionales retornen a su trayectoria, ya sea por medio de una recuperación natural o por acciones positivas de intervención, que la posibiliten o aceleren.

217. Así las cosas, se considera irreparable un daño, cuando se presenta una imposibilidad fáctica o física de reparación de éste, como ocurre por ejemplo en el caso de la pulverización de una pieza de valor arqueológico, y también en aquellos casos en que, si bien es posible visualizar una posibilidad hipotética de reparación, esta no es realista por requerir tiempos que se alejan de la escala humana, recursos desproporcionados, o tener una probabilidad de éxito incierta o baja, a la luz de las experiencias internacionales o locales.

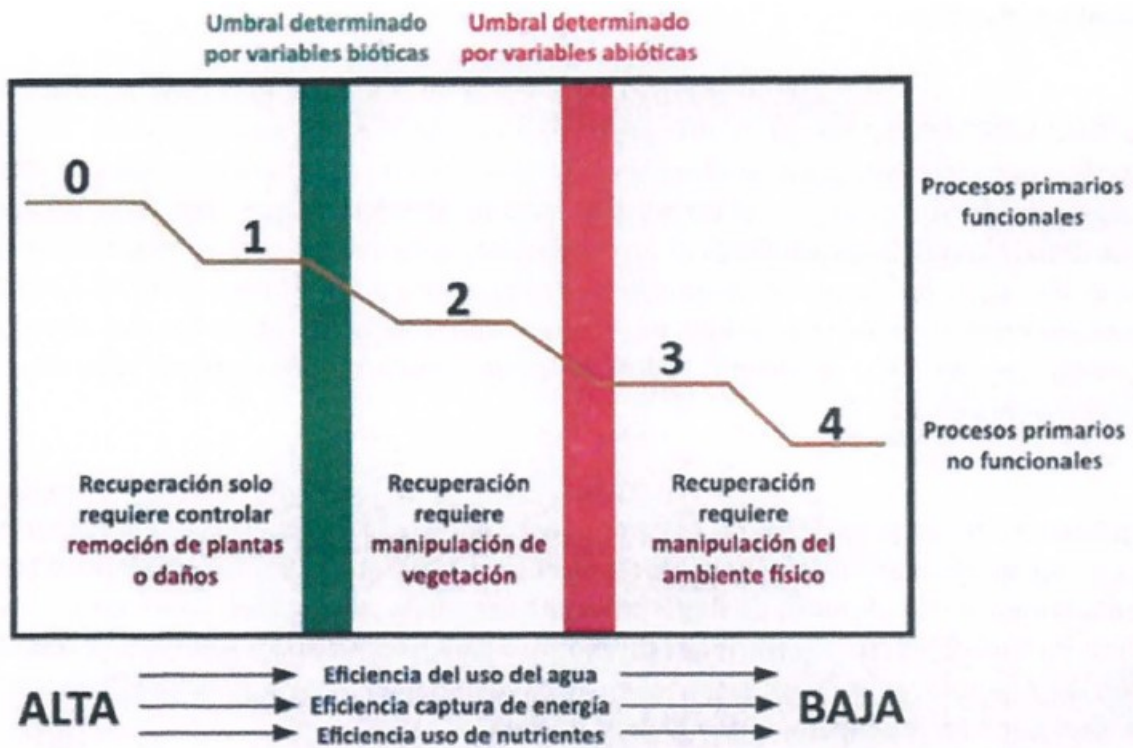
218. Para determinar la factibilidad técnica y las posibles acciones a ser ejecutadas para procurar la reparación de un ecosistema dañado, se requiere establecer, en primer lugar, el nivel de daño o afectación de los sistemas bióticos y abióticos en que se encuentra el ecosistema afectado.

219. Así, en el presente caso, como se ha señalado latamente en este acto administrativo, las acciones efectuadas por la empresa Nova Austral, consistentes en la sobreproducción de biomasa al cabo del ciclo productivo 2016-2017, han significado cambios profundos en los sedimentos marinos, en la composición y cantidad de especies que habitan estos sedimentos, los que persistían al año 2021. En efecto, se ha constatado en diversas oportunidades la condiciones de anaerobiosis en el sedimento marino, tanto en el INFA cosecha, realizada en noviembre de 2017, a partir de la presencia de cubierta de microorganismos en el área de sedimentación en torno al módulo de cultivo, como también, en la campaña de muestreo de sedimentos de diciembre de 2019, reportada por Sernapesca, realizada también bajo el área de la concesión, y los módulos de cultivo, y en septiembre de 2019 —que fuera realizada por el titular—, y en mayo de 2021, con ocasión de la ejecución de la diligencia probatoria, en que fue posible concluir, que el sedimento marino afectado ha perdido la capacidad de mantener un estado de equilibrio ecosistémico.

74 CENTRO IBÉRICO DE RESTAURACIÓN FLUVIAL (CIREF). 2010 ¿Qué es restauración fluvial? Notas técnicas del CIREF, n° 4. Zaragoza, España. 2 pp.

220. Aplicando al presente caso el modelo propuesto por Whisenant (1999)⁷⁵ (ver la siguiente figura), es posible concluir que el ecosistema dañado, principalmente el sedimento marino, se encuentra en estado 3, dado que su recuperación requiere una modificación físico-química de los componentes abióticos y que se ha detectado en él la presencia de procesos primarios no funcionales, como lo es la pérdida del componente sedimento marino, sustento del ecosistema impactado.

Figura 4: Modelo hipotético de degradación de ecosistemas naturales



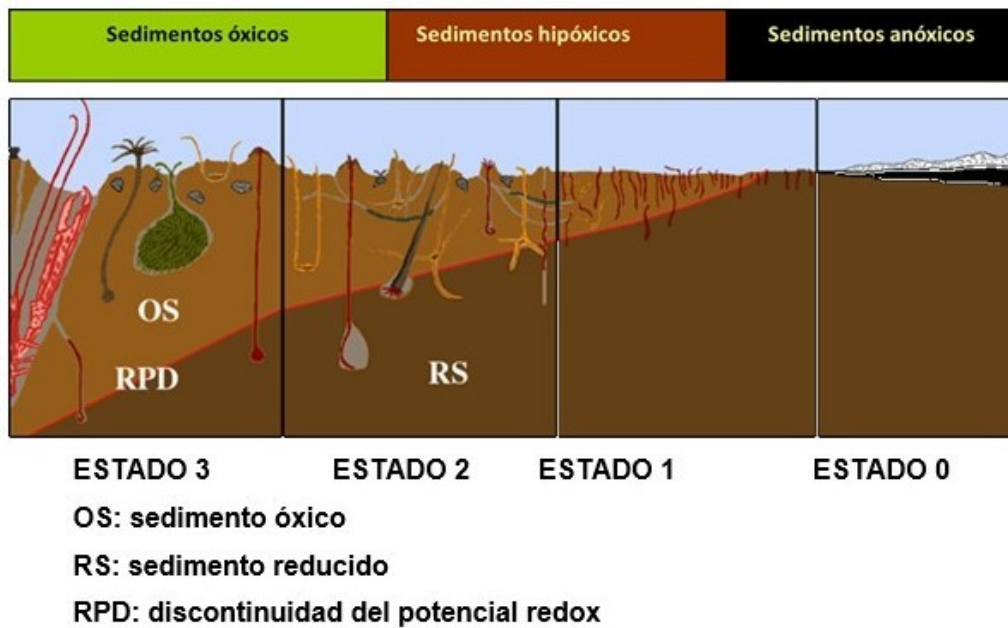
Fuente: Diagrama traducido por Bown, H. 2012. Diplomado de Restauración y rehabilitación ambiental, Universidad de Chile. Santiago, Chile

221. Respecto a lo señalado en el numeral precedente, cabe indicar que la susceptibilidad de reparación es un análisis que se hace a nivel teórico respecto de un daño causado, pero basado en elementos de hecho de carácter técnico, como se ha indicado previamente al aplicar el modelo de Whisenant al presente caso. La susceptibilidad de reparación no es, por lo tanto, un elemento a determinar puramente sobre la base de consideraciones teóricas o anhelos sin un sustento material y técnico que vincule efectivamente el análisis a un territorio determinado, como ocurre en el presente caso.

222. Para ilustrar aún más lo expuesto, en la figura siguiente se presenta un esquema teórico de cambio en los sedimentos según la concentración de oxígeno, en que la dinámica de cambio apunta a estados de mayor deterioro considerando exclusivamente la concentración de oxígeno como factor restrictivo. Por lo tanto, los límites entre estos estados son claros, no obstante que pueden encontrarse formando zonas de transición entre los estados, en función de la disponibilidad de oxígeno que tenga el sedimento.

75 WHISENANT, S. 1999. Repairing Damaged Wildlands: A Process-Oriented, Landscape-Scale Approach. Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press.

Figura 5: Tipos de sedimentos según concentración de oxígeno. Se basa en una sucesión ecológica en una gradiente de materia orgánica



Fuente: Pearson & Rosenberg 1978

223. En particular, en relación al “Estado 3” se presentan sedimentos oxigenados y organismos de gran tamaño, principalmente filtradores; en el “Estado 2” se observa sedimentos óxicos o hipóxicos y organismos variados aún que son comunidades en equilibrio en un estado transicional; en el “Estado 1” hay sedimentos y comunidades, enriquecimiento orgánico, sedimentos hipóxicos o anóxicos y poliquetos de pequeño tamaño, consideradas especies oportunistas; y en el “Estado 0” existen sedimentos anóxicos, sin presencia de organismos salvo colonias de bacterias anaeróbicas.

224. Por lo tanto, este tipo de afectación no implica necesariamente un daño con una caracterización única para toda la zona dañada, sino que ésta va pasando por etapas, dentro de las cuales las primeras implican una colonización de especies que no corresponden a las propias del fondo marino, para finalmente no presentar ningún tipo de vida y terminar en el estado de afectación más grave con la presencia de un manto de microorganismos y bacterias.

225. El resultado final de la transición descrita puede ser apreciada en las filmaciones obtenidas en la visita inspectiva de julio de 2021, que también es observable en los años 2017 y 2019, como se muestra en las siguientes imágenes:

Imagen 1: Presencia de cubierta de microorganismos en sustrato⁷⁶ (color blanquecino)



Fuente: Extracto informe de ensayo N° DP-030-A E11

Imagen 2: Presencia de cubierta de microorganismos en sedimentos desde 2017 al 2021



Fuente: Extracto informe ambiental INFA realizadas por SERNAPESCA⁷⁷, Titular⁷⁸, diligencia probatoria⁷⁹, respectivamente.

226. Consecuentemente, a partir del marco teórico anterior, debe tenerse presente que la degradación del fondo marino, generada por la sobreproducción de salmones, no se trata de un daño que revista la misma intensidad en toda su extensión ya descrita en forma previa, sino que, por el contrario, éste se fue gestando gradualmente en el tiempo, afectando con mayor intensidad a unas zonas que a otras, lo anterior es posible proyectar a partir del anexo 2 incorporado en la denuncia de Sernapesca, sobre cosechas por estructuras, que algunas de éstas generaron más biomasa que otras, siendo la unidad de cultivo N° 6 la que tuvo mayor nivel de cosecha con 165.916 kilos de biomasa, y la unidad N°7, presentó el menor nivel con 116.102 kilos. A medida que el exceso de alimento y fecas se fue depositando en el fondo marino, se fue extendiendo la afectación en la zona debajo de la ubicación del respectivo módulo de cultivo, siguiendo la dirección de las corrientes marinas.

227. En consecuencia, a nivel teórico y a grandes rasgos, el estado del ecosistema en comento requiere en la actualidad una rehabilitación, esto es,

76 De acuerdo al reporte de filmación submarina, Informe de ensayo N° DP-030-A E11, del día 16 de julio de 2021, relativo a lo visualizado en transecta 1, a las 10:55 hrs.

77 De acuerdo al reporte de filmación submarina, Informe de ensayo ecosistema N° RV 160/2017, del día 20 de noviembre de 2017. SERNAPESCA. Informe de denuncia, CES Aracena 10.

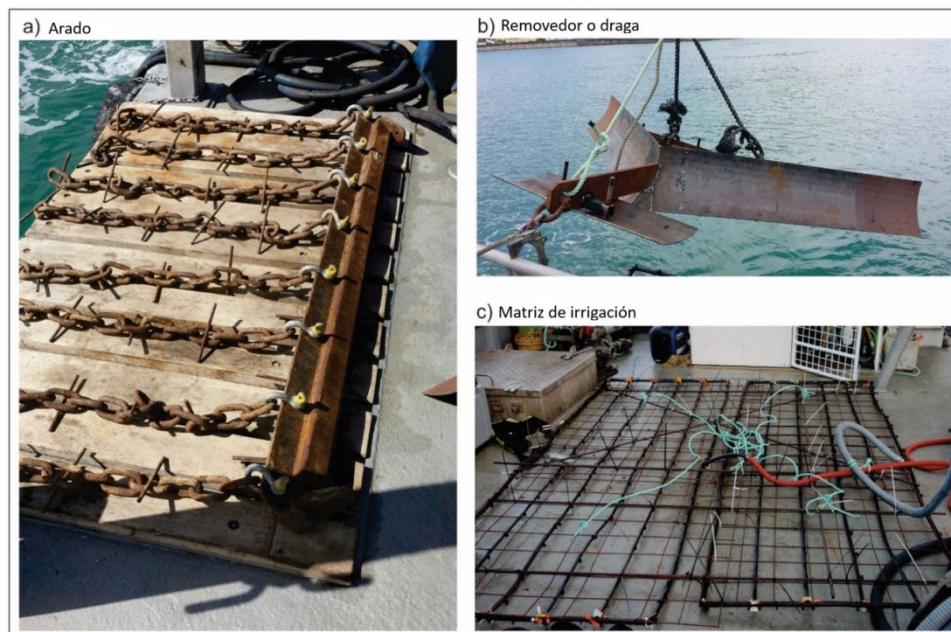
78 De acuerdo al reporte de filmación submarina, Informe de ensayo N° OT 2782/2019, del día 8 de agosto de 2019, relativo a lo visualizado en transecta 2, a las 10:35 hrs.

79 De acuerdo al reporte de filmación submarina, Informe de ensayo N° DP-030-A E11, del día 16 de julio de 2021, relativo a lo visualizado en transecta 1, a las 10:55 hrs.

una modificación físico-química de los componentes abióticos, lo que corresponde a acciones de fondo con un alto grado de modificación del estado actual del ecosistema. Así, las acciones que deberían llevarse a cabo para reparar el daño ambiental ocasionado, tendrían que ser, en primer lugar, la remoción o eliminación de la materia orgánica depositada en el perfil anóxico del sedimento bajo el área de la concesión acuícola, requiriéndose además la restitución de biota marina⁸⁰

228. En la práctica, se han documentado algunas medidas de remediación posterior a una cosecha de salmones en el océano⁸¹, donde se utilizan tres métodos: el arado o “cadeneo”⁸², el removedor o dragado, y la irrigación de sedimentos, los que se muestran a continuación:

Imagen 3: Imágenes de la maquinaria empleada en medidas de remediación del fondo marino. Acciones de arado, remoción e irrigación de sedimentos depositados en el fondo marino posterior a un periodo de cosecha de salmones



Fuente: Adaptado de Keeley *et al* (2017)

229. Específicamente, estos métodos se realizan con el objetivo de mejorar las características físico-químicas y biológicas de los sedimentos y columna de agua. En particular, el arado consiste en el barrido o cadeneo sobre el fondo marino⁸³, la remoción o dragado consiste en la eliminación de los sedimentos o materia orgánica del fondo marino a través de una extracción mediante bombeo⁸⁴, y la irrigación consiste en aplicar o inyectar agua oxigenada a través de un mecanismo de irrigación⁸⁵.

230. Al respecto, cabe señalar que la remoción de sedimentos degradados ha presentado los mejores resultados, restableciendo las características físico- químicas y biológicas del fondo marino, posibilitando el repoblamiento de especies de

80 De acuerdo al reporte de filmación submarina, Informe de ensayo N° 11.148-2062, del día 29 de abril de 2021, que indica presencia de cabo y de neumático durante la filmación de la transecta 2.

81 Keeley, NB., Macleod, CK., Taylor D., Forrest R. 2017. Comparison of three potential methods for accelerating seabed recovery beneath salmon farms. *Aquaculture* 479:652-666. <http://dx.doi.org/10.1016/j.aquaculture.2017.04.011>.

82 Término utilizado en Chile para el arado de sedimentos en el fondo marino.

83 Fotografía a) de la imagen 3.

84 Fotografía b) de la imagen 3.

85 Fotografía c) de la imagen 3.

bentos, pese a que sería la medida más invasiva. En relación a las medias de arado e irrigación, estas tendrían un efecto reducido en el tiempo, en el restablecimiento de las condiciones del fondo marino, en comparación con la recuperación natural, ya que solo se producen mejoras momentáneas de muy corta duración en comparación al periodo que se extiende un ciclo productivo en la zona donde está ubicado el CES Aracena 10.

231. A nivel nacional, existen algunas experiencias de aplicación o inyección de nanoburbujas a la columna de agua, en el marco del procedimiento sancionatorio D-008-2021 en el que se ha utilizado el sistema de oxigenación desde principio de mayo de 2021. Sobre este sistema, mediante Res. Ex. 202011101171, de 22 de septiembre de 2020, la Dirección Regional del SEA de la Región de Aysén ha estimado que no constituye un cambio de consideración que requiera ingresar al SEIA.

232. En el mismo sentido se ha pronunciado la autoridad ambiental ante consultas de pertinencias sobre liberación pasiva de un compuesto de carbonato de sodio peroxihidratado en columna de agua, sistema cuyo principio activo sería el mismo al de irrigación visto anteriormente, que consiste en la instalación temporal de bloques del compuesto, a través de un sistema suspendido en la columna de agua mediante una boya plástica en superficie con línea de fijación, para lograr oxigenación en la columna de agua y favorecer la mantención de las condiciones aeróbicas establecidas en los respectivos instrumentos de calificación ambiental (RCA N° 077/2010⁸⁶, N° 081/2010⁸⁷ y N° 078/2010⁸⁸).

233. Cabe advertir que, sin perjuicio que aún falta información que acredite la eficacia e inocuidad de estos métodos, por la falta de estudios propios de la industria acuícola, solamente se tiene monitoreos posteriores a la oxigenación de la columna de agua que evidencia mejoras en oxígeno, pero que son momentáneas lo que no se condice con el estado del ecosistema y sus características físico-químicas y biológicas. En efecto, parece necesario realizar mayores estudios para determinar las mejores medidas de remediación y tiempos de recuperación de los ecosistemas marinos ubicados en fiordos y estuarios con bajas temperaturas y movilidad de corrientes.

234. Por otra parte, el tiempo como variable de evaluación para determinar la posibilidad de revertir el daño producido se estima dentro de una escala de tiempo humana. Ahora bien, dadas las características del ecosistema afectado y las condiciones de deterioro del mismo, se puede establecer que el fondo marino ubicado bajo del CES Aracena 10 se podría reparar en el mediano a largo plazo, considerando que es un área acotada, sin embargo, la profundidad promedio del sitio -de 54,6 metros⁸⁹- podría reducir las opciones de ejecutar la medida en un corto plazo, es decir, menos de un año; lo mismo podría ocurrir al tener presente las condiciones meteorológicas extremas prevalentes en la zona, y las condiciones específicas de corrientes marinas prevalentes en el lugar de ubicación del CES. Cabe destacar que el centro ha permanecido desde el año 2017 sin ciclos productivos, y sin embargo las condiciones de anaerobiosis han perdurado hasta la actualidad, por lo tanto, suena razonable un horizonte no inferior a 6 años⁹⁰.

86 <https://pertinencia.sea.gob.cl/api/public/expediente/PERTI-2021-21826>

87 <https://pertinencia.sea.gob.cl/api/public/expediente/PERTI-2021-21141>

88 <https://pertinencia.sea.gob.cl/api/public/expediente/PERTI-2021-19196>.

89 Según RCA 71/2003. https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?id_expediente=4378&idExpediente=4378

90 Garmendia, A., A. Salvador, C. Crespo, L. Garmendia. 2005. Evaluación de Impacto Ambiental. Pearson Educación, S.A., Madrid. ISBN: 84-205-4398-5. 416 pp.

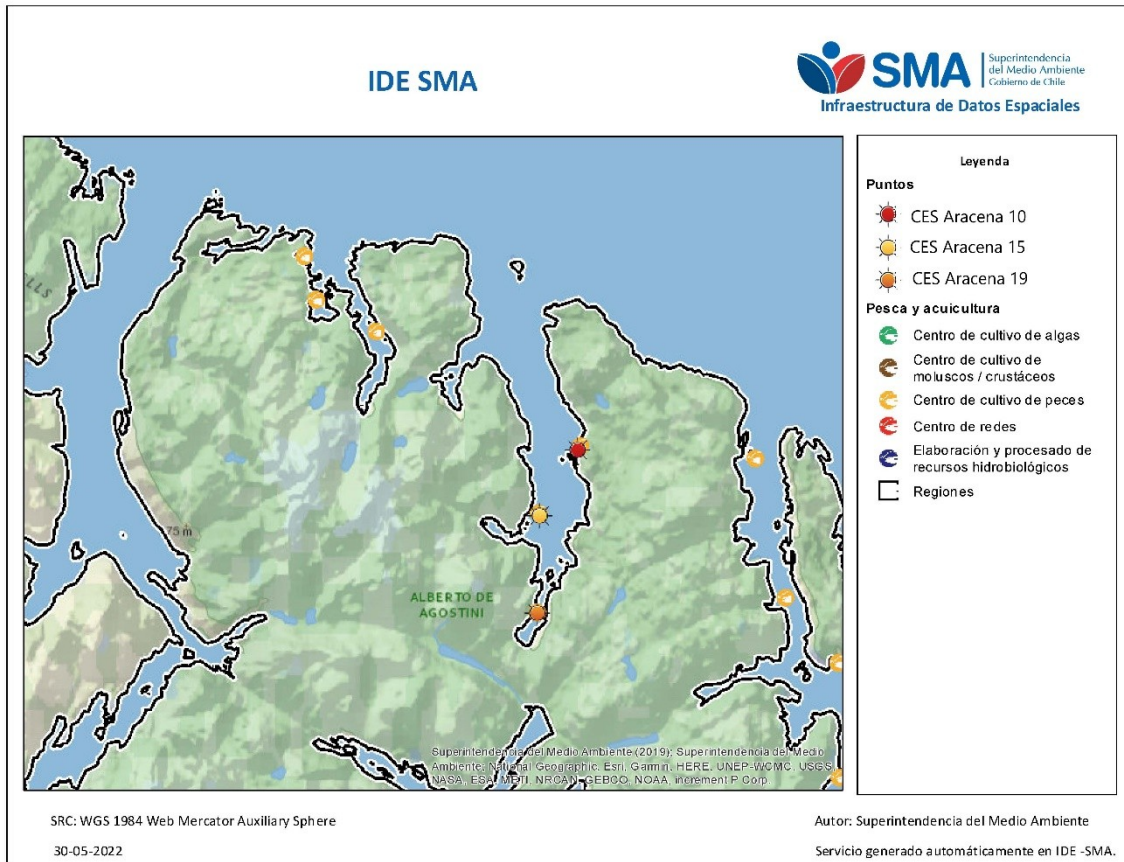
235. A su vez, los costos asociados a la reparación del fondo marino y columna de agua, están determinados por la singularidad de los recursos afectados, las acciones a realizar para reparar el daño producido y el tiempo estimado en lograr su recuperación. Estos factores se relacionan con sus características físico-químicas y biológicas, donde se determinó que a la fecha de julio de 2021, se encontraba el sedimento en estado de anaerobiosis con reducida riqueza de especies, de 14 taxas, donde la mayor abundancia de organismos encontrados pertenecen al *Phylum annelida*, específicamente a la clase *Polychaeta*, y que dentro de la familia *Cirratulidae* se encontró la especie *Cirriformia* sp., la cual es considerada como especie bioindicadora de sedimentos con alto contenido de materia orgánica y de contaminación, con una intensidad de daño alta en que los procesos primarios se encuentran en estado de no funcionales.

236. Cabe destacar que, la ubicación del CES Aracena 10, dentro del Seno Lyell, Bahía Kempe, se encuentra ubicado hacia una zona encajonada donde el flujo de agua tiene una velocidad de corrientes sobre 5,17 cm/s⁹¹. Debido a la sobreproducción, se desencadena un aumento de aportes en materia orgánica e inorgánica en los sedimentos que facilitan los procesos anaeróbicos; dispersión en el agua y precipitación en sedimentos; disminución del oxígeno disuelto en la columna de agua como consecuencia de la mayor cantidad de peces en cultivo; propagación de enfermedades y disponibilidad de fármacos en el medio; disminución de flujo de agua por mayor biomasa; empeorando las condiciones físico químicas básicas para el desarrollo de la vida y hábitat de especies de este lugar. En la siguiente imagen es posible ubicar el CES Aracena 10 en el contexto descrito.

Imagen 4: Mapa del Seno Lyell, Bahía Kempe CES Aracena 10

91 Según RCA 71/2003.

https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?id_expediente=4378&idExpediente=4378



Fuente: Elaboración propia.

237. Por consiguiente, para la recuperación del ecosistema es necesario ejecutar acciones de reparabilidad y prolongar los periodos de descanso para que recupere su capacidad de sostener un ecosistema sano y funcional equivalente a una condición sin detrimento alguno, como lo indicó la CPS del proyecto. Pese a que técnicamente existen algunas medidas para la reparación de fondos marinos, no es posible ni afirmar ni descartar que éstas sean totalmente factibles en el caso concreto. Por lo tanto, tampoco existen pruebas para concluir que el daño ambiental configurado sea irreparable.

238. En suma, en razón de las consideraciones previamente expuestas, adoptando un criterio conservador, se concluye que el daño causado en las 3,6 hectáreas de superficie de la concesión es susceptible de reparación in situ, por lo que en opinión de este Fiscal Instructor, resulta forzoso mantener la clasificación en comentario, relativa al artículo 36 numeral 2, letra a), que establece "Son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: [...] a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación".

B. **ART. 36, Nº 2, LETRA D) LO-SMA: "INVOLUCREN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS O ACTIVIDADES DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY Nº 19.300 AL MARGEN DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL [...]"**

1. **Recuento de la clasificación en la formulación de cargos**

239. Según lo señalado en el resuelvo “II” de la formulación de cargos, la naturaleza de la infracción constatada implica, de por sí, la ejecución de la actividad económica por parte del titular al margen de su licencia ambiental originalmente obtenida, la que estableció una limitación cierta a la producción del centro de engorda objeto de la presente resolución; por lo que cualquier producción en exceso a lo ambientalmente aprobado, debe ser sometida nuevamente a evaluación ambiental.

240. En función de lo anterior, SERNAPESCA Magallanes indicó en su denuncia que **“el aumento de la producción por sobre lo evaluado, redundaría necesariamente en la vulneración del SEIA, en atención a que las consideraciones ambientales base de funcionamiento del proyecto autorizado, son modificadas posteriormente por el titular, de manera que los presupuestos fácticos de operación constatados dejan de guardar relación con los evaluados ambientalmente, existiendo en este sentido un mayor nivel de impacto y riesgo ambiental al evaluado, en razón del aumento de aportes en materia orgánica e inorgánica en los sedimentos que facilitan los procesos anaeróbicos; dispersión en el agua y precipitación en sedimentos, disminución del oxígeno disuelto en la columna de agua como consecuencia de la mayor cantidad de peces en cultivo; propagación de enfermedades y disponibilidad de fármacos en el medio; disminución de flujo de agua por mayor biomasa; y un aumento en la probabilidad de escape de peces al medio con el peligro de depredación de ejemplares de fauna nativa, son algunos de los aspectos que se reconocen, puede generar un impacto negativo en la abundancia y riqueza de la flora y fauna del medioambiente”**.

2. **Análisis de los descargos, otras alegaciones y medios probatorios aportados al procedimiento**

241. De acuerdo a lo dispuesto en el literal “d)” del art. 36 N° 2 de la LO-SMA, constituyen infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que involucren la ejecución de proyectos o actividades del art. 10 de la LBMA al margen del SEIA, si no generan los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la misma ley. Enseguida, en la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019 se afirma la concurrencia de esta circunstancia calificante ya que la naturaleza de la supuesta infracción constatada implicaría, de por sí, la ejecución de la actividad económica por parte del titular al margen de su licencia ambiental, dado que cualquier producción en exceso a lo ambientalmente aprobado, debería ser sometida nuevamente a evaluación ambiental.

242. Según el titular, la manera en que se formuló el cargo N° 2 iría en contra de la normativa que dispone que deben evaluarse ambientalmente los proyectos listados en los artículos 10 de la LBMA y 3° del RSEIA y sus modificaciones, sólo en la medida en que constituyan “cambios de consideración” de un proyecto ya aprobado –art. 2° letra “g)” del RSEIA–. Ello por cuanto no se clarificaría en la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019 cuál o cuáles causales concurrirían en el presente caso. Igualmente, iría en contra del criterio sostenido por esta SMA en casos previos en que ha sido imputada la infracción de sobreproducción pues, en ninguno de ellos se habría estimado calificar la infracción como grave fundada en una potencial elusión al SEIA⁹².

92 Procedimientos sancionatorios SMA, roles N° D-019-2014, F-002-2015 y D-010-2016.

243. Por otro lado, sostiene que la imputación sucesiva al hecho de que el titular ha “sobreproducido” y a que ha “eludido el SEIA” constituiría una violación abierta al principio de *non bis in ídem* pues, en la especie, la sobreproducción imputada constituye el hecho infraccional y, a la vez, sirve de único fundamento a la calificante de gravedad. Dicho de otro modo, la sobreproducción tendría una doble consideración –infracción y calificante–, lo que resultaría en un aumento desproporcionado de la respuesta sancionatoria que se pretende imponer. Valga señalar que, con posterioridad a haber evacuado los descargos, el titular acompañó el informe en derecho “*Non bis in ídem y régimen sancionador ambiental*”, de fecha 8 de enero de 2020, elaborado por el académico Eduardo Cordero Quinzacara, en cuyo contenido se desarrolla esta defensa con mayor profundidad.

244. Ahora bien, se aclara por esta Superintendencia que, desde una óptica del derecho sancionatorio en general, no se puede desconocer que una misma conducta puede implicar la concurrencia de dos o más infracciones, contenidas en un sólo cuerpo normativo o incluso varios. En la particular sede ambiental, es perfectamente posible que una conducta antijurídica como resulta ser la sobreproducción en un centro de engorda de salmónidos dé lugar, por un lado, a una infracción al instrumento de gestión ambiental que recoge o, mejor dicho, consagra un cierto límite a dicha actividad, y por otro lado, implique una infracción a la LBMA –y a la normativa infralegal que la desarrolla– en aquellas reglas precisas que establecen el deber de someter dicha conducta a una evaluación de impacto ambiental previa.

245. Ante ello, cabe relevar que el inciso segundo del art. 60 de la LO-SMA prescribe que “[e]n ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”; norma que, en la práctica, le impone a este Servicio el deber de elegir, ante una misma conducta, una sola de las alternativas que ofrece este verdadero catálogo de infracciones que resulta ser el art. 35 de la LO-SMA.

246. Enseguida, cabe señalar que el *iter* sancionatorio ambiental no se agota en la mera configuración de una de las infracciones contenidas en la norma recién mencionada. En efecto, el proceso mismo de determinación de la infracción y sus consecuencias exige la aplicación sucesiva de los arts. 36, 39 y 40 de la LO-SMA, que contienen los elementos para clasificar y determinar la sanción definitiva y específica de una infracción, los que se relacionan entre ellos en forma complementaria, como parte de un proceso por etapas⁹³. Por ello es que, una vez que se ha determinado la configuración de una de las infracciones de este catálogo que representa el art. 35, debe necesariamente ponderarse su clasificación conforme a lo dispuesto en el art. 36, norma que contiene una serie de efectos alternativos referidos a ciertas circunstancias que rodean la infracción⁹⁴.

247. Al realizarse un barrido general acerca de cada una de estas circunstancias que permiten clasificar una infracción como gravísima, grave o leve –la regla general que prescinde de todo efecto alternativo–, podría sostenerse que algunas se asocian a cierto tipo de infracciones, debido a su naturaleza intrínseca.

248. Particularmente, dicho razonamiento, podría considerarse respecto de la clasificación de la letra “d)” del N° 2, del artículo 36 de la LOSMA, clasificación objeto del presente acápite. En efecto, una infracción según la letra “b)” del artículo

93 Segundo Tribunal Ambiental, en sentencia de fecha 08 de junio de 2016 recaída en causa rol R-51-2014, cons. 114°.

94 BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de derecho ambiental*² (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014), p. 478.

35, “la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella (...)” pareciera más acorde a la clasificación de la letra “d)” del N° 2, “[i]nvolucran la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior”. No obstante, cabe añadir que, en el presente caso, la infracción se encuentra clasificada como grave conforme a otras causales del artículo 36 de la LOSMA, razón por la cual no resulta necesario profundizar en la relación entre la infracción del artículo 35 letra a) y la clasificación del artículo 36 N° 2 letra d) del mismo cuerpo legal.

249. En atención a lo señalado, no es necesario exponer y pronunciarse acerca del resto de defensas esgrimidas en el escrito de descargos, a continuación de lo hasta aquí analizado, descartándose la clasificación referida en este acápite.

C. ART. 36, N° 2, LETRA I) LO-SMA: “SE EJECUTEN AL INTERIOR DE ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS DEL ESTADO, SIN AUTORIZACIÓN”

1. Recuento de la clasificación en la formulación de cargos

250. Según lo señalado en el resuelto “II” de la formulación de cargos, la infracción configurada de sobreproducción no autorizada se ejecutó al interior de un área protegida oficialmente. Como se ilustra en la Figura 2 del presente dictamen, el CES Aracena 10 se emplaza en una porción de mar que se encuentra al interior del perímetro del Parque Nacional Alberto de Agostini, fijado mediante el plano N° XII-4-34-7-R de la División del Catastro Nacional de los Bienes del Estado, del Ministerio de Bienes Nacionales; cuestión que, por lo demás, no ha sido cuestionada durante el transcurso del presente procedimiento.

251. Al respecto, el Parque Nacional Alberto D’Agostini fue creado mediante Decreto Supremo N° 80 del Ministerio de Agricultura, el 22 de enero de 1965; y publicado en Diario Oficial de la República de Chile el 24 de febrero de 1965. Posteriormente, fue ampliado mediante D.S. N° 330, de 2 de Junio de 1967 y mediante D.S. N° 252, de 11 de julio de 1969. En tal calidad, constituye un área silvestre protegida del Estado (en adelante e indistintamente, “ASPE”)⁹⁵.

2. Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento

252. De acuerdo a lo alegado por la empresa, el sólo emplazamiento de la unidad fiscalizable afectada dentro de un área silvestre protegida del Estado (en adelante e indistintamente, “ASPE”) no basta para calificar como grave dicha infracción, sino que debe tratarse de una ejecución no autorizada del proyecto.

253. En detalle, y tomando en consideración lo que dispone el inciso primero del artículo 158 de la LGPA, según el cual “[l]as zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado,

⁹⁵ Según la interpretación que la Contraloría General de la República pronunció acerca del asunto, mediante el dictamen N° 38.429 de 2013, se colige que el sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado se encuentra vigente y se conforma, entre otras categorías de protección, por los parques nacionales.

quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura”, el titular señala que el área protegida en comento sólo integró originalmente terrenos fiscales y no zonas marítimas; por lo que la extensión del área protegida a las porciones de mar situadas dentro de su perímetro vino recién por la entrada en vigencia de la LBMA y la interpretación que la Contraloría General de la República pronunció acerca del asunto, mediante sendos dictámenes N° 38.429 de 2013 y N° 41.121 de 2014. En dichos pronunciamientos, aun cuando se haya zanjado que no es posible desarrollar actividades de acuicultura en aguas marítimas que formen parte de parques nacionales, ello “*debe entenderse, por cierto, sin perjuicio del respeto que corresponde otorgar a las situaciones jurídicas ya consolidadas*”, no resultando aplicable a las autorizaciones y concesiones de acuicultura o pesca que se hayan otorgado en parques nacionales con anterioridad, como resulta ser la situación en la que se encontraría la unidad fiscalizable.

254. Igualmente, el titular recalca que cuenta con las autorizaciones ambientales y sectoriales para desarrollar su proyecto dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini. En efecto, el CES Aracena 10 cuenta con una concesión de acuicultura otorgada por el Ministerio de Defensa mediante la Resolución 1771, de fecha 14 de noviembre de 2003, y la RCA N° 71/2003, todas ellas, otorgadas considerando el hecho de que el centro se emplazaría dentro de los límites del Parque Nacional.

255. Ahora bien, a juicio de la empresa, de acuerdo a lo dispuesto en el literal “i)” del art. 36 N° 2 de la LO-SMA, constituyen infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que se ejecuten al interior de ASPE, sin autorización. De acuerdo a lo sostenido por el titular, y no obstante de tratarse de una actividad desarrollada dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini, su actividad se encuentra amparada por el marco normativo aplicable y debidamente autorizada por los organismos competentes, por lo que la clasificación no le sería aplicable.

256. Sin embargo, lo que se alega parece ignorar que **lo imputado** mediante el cargo N° 2, objeto de la Res. Ex. N° 1/Rol D-091-2019 **no ha sido la mera operación normal del CES Aracena 10 durante el ciclo de cultivo 2016-2017, sino el haber producido por sobre el límite establecido en el instrumento de gestión ambiental concernido. En efecto**, resulta importante aclarar que **el hecho concretamente imputado no se encuentra amparado por el marco normativo aplicable**, puesto que la conducta por la que se inició el presente procedimiento sancionatorio estriba exclusivamente en haber producido una cantidad de biomasa por sobre el límite de 1.500 toneladas consagrado en el proyecto técnico que desembocó en la RCA N° 71/2003, lo que constituye una infracción al marco normativo aplicable, desde luego.

257. En un segundo orden de ideas, cabe admitir que, de acuerdo a la literalidad de la disposición que sustenta la clasificación en comento, no procede ante cualquier contravención de las señaladas en el art. 35 de la LO-SMA con tal que se haya verificado al interior de una ASPE, sino que se requiere que dicha contravención implique, a su vez, una conducta por la que se deba contar con autorización previa para su ejecución. Al respecto, aun cuando el titular sostenga que la operación del CES Aracena 10 está autorizada debidamente por los organismos competentes, valga hacer la misma prevención anteriormente relevada, esto es, que lo que se pretende reprochar mediante el presente sancionatorio no es la operación normal de la unidad fiscalizable, sino exclusivamente el haber quebrantado el límite de

producción establecido en la resolución de calificación ambiental que regula la operación del proyecto; (sobre)actividad para la que la empresa no cuenta con autorización, evidentemente⁹⁶.

258. Así las cosas y sin que resulte baladí traer a colación que una resolución de calificación ambiental, en tanto acto terminal de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, constituye el ejemplo de autorización en nuestro ordenamiento jurídico administrativo-ambiental por antonomasia⁹⁷, es que el hecho imputado y configurado se ejecutó al interior de una ASPE, sin autorización, es decir, en un área que ha sido resguardada con un objeto específico de conservación, denominada Parque Nacional Alberto D'Agostini (PNAA), creado mediante Decreto Supremo N° 80 del Ministerio de Agricultura, el 22 de enero de 1965; y publicado en Diario Oficial de la República de Chile el 24 de febrero de 1965. Posteriormente, fue ampliado mediante D.S. N° 330, de 2 de junio de 1967 y mediante D.S. N° 252, de 11 de julio de 1969.

259. Luego, en opinión de este Fiscal Instructor, **forzoso resulta mantener la clasificación en comento referente al art. 36, N° 2, letra i) de la LO-SMA**, es decir, "*Son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: [...] Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización*".

260. Por último, es pertinente hacer presente que, de conformidad con lo dispuesto en la letra "b)" del art. 39 de la LO-SMA, las infracciones graves pueden ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales.

X. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40 DE LA LO-SMA QUE CONCURREN A LAS INFRACCIONES

Rango de sanciones aplicables según gravedad asignada a la infracción

261. El art. 38 de la LO-SMA establece el catálogo o tipos de sanciones que puede aplicar la SMA, estos son, amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales, clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA. Por su parte, el art. 39, establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal "b" que "[l]as infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la

⁹⁶ Por lo demás, valga relevar que Dirección Ejecutiva del SEA dio respuesta a la consulta proferida por esta Superintendencia mediante la Res. Ex. N° 15/Rol D-091-2019, concluyendo perentoriamente que "*la sobreproducción verificada en el CES Aracena 10 se encuentra sujeto [sic] a la obligación de ingresar al SEIA, principalmente en atención a que en la especie, los volúmenes producidos por sobre el límite establecido en la RCA N° 71/2003, configuran por sí sola, la tipología de ingreso contenida en el artículo 3 literal n), subliteral n.3), constituyendo con ello la hipótesis de cambio de consideración de los literales g.1.) y g.2), así como la modificación sustantiva de la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad de acuerdo al literal g.3)*".

⁹⁷ "[E]l sistema de evaluación de impacto ambiental no es un instrumento que coadyuva a una decisión introduciendo una variable ambiental, sino que es un procedimiento autorizatorio de proyectos y, en este sentido, se constituye en un verdadero proceso decisonal considerado en sí mismo"; vid. CORDERO VEGA, Luis, *El medio ambiente como título de intervención administrativa: el caso del sistema de evaluación de impacto ambiental*, en *Revista de Derecho Público* 63 (Santiago, 2002), p. 144.

resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de una hasta cinco mil unidades tributarias anuales”.

262. La determinación específica de la sanción que debe ser aplicada dentro de dicho catálogo, está sujeta a la configuración de las circunstancias indicadas en el art. 40 de la LO-SMA. Esta última norma dispone que, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado*⁹⁸.
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción*⁹⁹.
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción*¹⁰⁰.
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma*¹⁰¹.
- e) *La conducta anterior del infractor*¹⁰².
- f) *La capacidad económica del infractor*¹⁰³.
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º*¹⁰⁴.
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado*¹⁰⁵.
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*¹⁰⁶.

98 En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.

99 Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas, y también la generación de condiciones de riesgo, sean o no de importancia.

100 Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento en los ingresos, o por una disminución en los costos, o una combinación de ambos.

101 En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuricidad asociada a dicha contravención. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

102 La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente, de la unidad de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

103 La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

104 Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del grado de ejecución de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio

105 Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

106 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.

263. Para orientar la ponderación de estas circunstancias, mediante la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de esta Superintendencia, se aprobó la actualización de las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, la que fue publicada en el Diario Oficial con fecha 31 de enero de 2018 (en adelante, “las Bases Metodológicas”). Además de precisar la forma en que deberán ser aplicadas las citadas circunstancias del art. 40 de la LO-SMA, las Bases Metodológicas establecen que para la determinación de las sanciones pecuniarias que impone esta Superintendencia, se debe realizar una sumatoria entre un primer componente, que representa el beneficio económico derivado de la infracción, y una segunda variable, denominada componente de afectación, que representa el nivel de lesividad asociado a la infracción.

264. Por tanto, en esta sección se abordarán las circunstancias del art. 40 de la LO-SMA, comenzando por el análisis del beneficio económico obtenido como consecuencia de las infracciones, para luego ponderar el componente de afectación. Este último se calculará sobre la base del valor de seriedad asociado a cada infracción. Este último 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.

265. Dentro de este análisis se exceptuarán las circunstancias asociadas a las letras d) –en cuanto a grado de participación– y g) del artículo precitado, puesto que, en el presente procedimiento la atribución de responsabilidad de la infracción ha sido a título de autor y la Empresa no presentó un Programa de Cumplimiento cuyo grado de ejecución deba ser ponderado, respectivamente.

A. EL BENEFICIO ECONÓMICO OBTENIDO CON MOTIVO DE LA INFRACCIÓN (ART. 40 LETRA “C” LO-SMA)

266. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento, cuyo método de estimación se encuentra explicado en el documento Bases Metodológicas. De acuerdo a este método, el citado beneficio puede provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, de una disminución en los costos, o de una combinación de ambos. De esta forma, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción equivaldrá al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella. Por ello, según se establece en las Bases Metodológicas, para su determinación será necesario configurar dos escenarios económicos:

a) **Escenario de cumplimiento:** Consiste en la situación hipotética en que el titular no hubiese incurrido en la infracción. De esta forma, en este escenario los costos o inversiones necesarios para cumplir la normativa son incurridos en la fecha debida, y no se realizan actividades no autorizadas susceptibles de generar ingresos.

b) **Escenario de incumplimiento:** Corresponde a la situación real, con infracción. Bajo este escenario, los costos o inversiones necesarios para cumplir la normativa son incurridos en una fecha posterior a la debida o

definitivamente no se incurre en ellos, o se ejecutan actividades susceptibles de generar ingresos que no cuentan con la debida autorización.

267. Así, a partir de la contraposición de ambos escenarios, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de dos aspectos: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados, por un lado; y el beneficio asociado a ganancias ilícitas, anticipadas o adicionales, por el otro.

268. De esta manera, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción debe ser analizado para cada cargo configurado, identificando las variables que definen cada escenario, es decir, los costos o ingresos involucrados, así como las fechas o periodos en que estos son incurridos u obtenidos-, para luego valorizar su magnitud a través del modelo de estimación utilizado por esta Superintendencia, el cual se encuentra descrito en las Bases Metodológicas¹⁰⁷.

269. Para el cargo analizado se consideró, para efectos de la estimación, una fecha de pago de multa al 15 de julio de 2022¹⁰⁸ y una tasa de descuento de un 11%, estimada en base a parámetros económicos de referencia generales, información financiera de la empresa y parámetros específicos del rubro de producción y procesamiento de alimentos. Por último, cabe señalar que todos los valores en UTA que se presentan a continuación, se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de junio de 2022.

270. En relación a la infracción objeto del presente procedimiento sancionatorio, la obtención de un beneficio económico se asocia a las ganancias ilícitas adicionales obtenidas a partir de la biomasa producida en el CES Aracena 10 por sobre el límite de producción autorizado en la RCA N°71/2003, que corresponde a 1.500.000 Kg, durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de julio de 2016 y diciembre de 2017. La configuración de ganancias ilícitas, en este caso, se sustenta en la generación adicional de ingresos asociados a la actividad comercial ejercida en base a cada unidad de biomasa que fue cosechada de manera ilícita o no autorizada, ingresos que, en un escenario de cumplimiento normativo, no hubiesen sido obtenidos. Las ganancias ilícitas obtenidas corresponden a la diferencia entre estos ingresos y los costos directamente asociados a su generación.

271. En este contexto, el primer paso para la estimación de las ganancias ilícitas obtenidas en el escenario de incumplimiento, es la determinación de la cantidad de biomasa que fue producida por sobre el límite autorizado en los meses en los cuales se configura la infracción.

107 El modelo utilizado por la SMA, el cual toma como referencia el modelo utilizado por la US-EPA, calcula el beneficio económico como la diferencia entre el valor presente del escenario de incumplimiento y el del escenario de cumplimiento a la fecha estimada del pago de la multa, internalizando así el valor del dinero en el tiempo por su costo de oportunidad, a través de una tasa de descuento estimada para el caso. En este marco metodológico, la temporalidad en que los costos o ingresos se incurren u obtienen en cada escenario tiene suma relevancia, implicando asimismo la consideración, si corresponde, del efecto de la inflación a través de la variación del IPC o los valores de la UF, así como también del tipo de cambio si existen costos o ingresos expresados en moneda extranjera. Además, se incorpora en la modelación el efecto tributario a través del impuesto de primera categoría del periodo que corresponda. Para mayor detalle, véase páginas 88 a 99 de las Bases Metodológicas.

108 Se hace presente que esto se utiliza con el objeto de efectuar una estimación de fecha de cálculo en caso que se obstase por una sanción pecuniaria, sin perjuicio de lo que se resolverá en definitiva respecto al tipo de sanción a aplicar.

272. Para determinar la sobreproducción de biomasa, se debe considerar lo establecido por el RAMA, el cual en su artículo 15 dispone que “[e]l titular de un centro de cultivo no podrá superar los niveles de producción aprobados en la resolución de calificación ambiental”. Ello se complementa con la definición de producción que el mismo reglamento entrega en su artículo 2 letra n), por cuanto ella corresponde al “resultado de la suma de todos los egresos, expresados en toneladas, kilos o unidades, y del remanente existente en un centro de cultivo en un período determinado”.

273. Los antecedentes considerados para el análisis de la producción total del CES Aracena 10, corresponden a los contenidos en el informe denuncia de SERNAPESCA.

274. Conforme a los datos informados, el total de biomasa cosechada durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de julio de 2016 y diciembre de 2017, fue de 1.791.653 Kg¹⁰⁹. Respecto de la mortalidad generada durante este ciclo productivo, de acuerdo a los datos aportados por el propio titular en la plataforma SIFA manejada por SERNAPESCA, y de acuerdo a lo que resume este último organismo, la mortalidad acumulada es equivalente a 85.362,98 Kg de biomasa. De este modo, al sumar la biomasa cosechada a la biomasa registrada como mortalidad, se tiene que la producción total del centro de cultivo en el ciclo bajo análisis, asciende a 1.877.016 Kg.

275. De acuerdo al resultado anterior, la producción por sobre lo autorizado se estima en 377.016 Kg, que corresponde a la diferencia entre lo producido y el límite de producción establecido en la RCA de 1.500.000 Kg. Sin embargo, para la determinación de las ganancias ilícitas, es necesario estimar la cantidad de la biomasa producida por sobre lo autorizado que pudo ser comercializada, es decir, la biomasa cosechada asociada a la sobreproducción, la cual excluye la mortalidad.

276. Para la estimación de la cantidad de biomasa producida por sobre lo autorizado que correspondería a biomasa cosechada, en primer lugar, se procedió a estimar la proporción de biomasa cosechada respecto del total de producción de biomasa obtenida en el ciclo productivo comprendido entre los meses de julio 2016 y diciembre de 2017, la cual resulta ser un 95,45%. Luego, aplicando esta misma proporción a la producción máxima que la empresa debió generar en dicho ciclo productivo de acuerdo a lo establecido en la RCA, de 1.500.000 Kg, se obtiene la cosecha estimada asociada a este nivel de producción autorizado, la que resulta ser de 1.431.783 Kg. Con este resultado, es posible estimar la biomasa cosechada asociada a la producción por sobre el límite autorizado, como la diferencia entre la biomasa cosechada estimada que se podría haber obtenido en un escenario en que se hubiese cumplido el límite de producción autorizado y la biomasa cosechada que efectivamente se obtuvo en el ciclo productivo. La estimación anterior se presenta en la tabla siguiente:

109 Informado en Tabla N°4 del informe denuncia de SERNAPESCA (materia prima procesada).

Tabla 5: Estimación de biomasa cosechada asociada a la producción de biomasa por sobre el límite autorizado en el ciclo productivo comprendido entre julio de 2016 y diciembre de 2017

Biomasa total según antecedentes disponibles en procedimiento	Kg	% sobre producción total
Cosecha total ciclo productivo	1.791.653	95,45%
Mortalidad total ciclo productivo	85.363	4,55%
Producción total	1.877.016	100%

Biomasa estimada considerando producción total equivalente al límite establecido en la RCA	Kg	% sobre producción total
Cosecha estimada ciclo productivo	1.431.783	95,45%
Mortalidad estimada ciclo productivo	68.217	4,55%
Producción total	1.500.000	100%

Nota: Estimación partí de proporciones efectivas de cosecha y mortalidad en el ciclo productivo con una producción total igual al límite establecido en la RCA N°71/2003

	Kg
Biomasa cosechada asociada a la sobreproducción	359.870

Nota: Estimada como la diferencia entre la cosecha efectiva del ciclo productivo y la cosecha estimada en base a una producción equivalente al límite establecido en la RCA N°71/2003

Fuente: Elaboración propia

277. Para la estimación de las ganancias obtenidas a partir de la biomasa cosechada asociada a la sobreproducción, se cuenta con la información de ingresos y costos operacionales relacionados con la biomasa cosechada en el ciclo productivo bajo análisis, proporcionada por SERNAPESCA en la Tabla 4 de su denuncia. A partir de esta información, es posible estimar el margen de ganancia operacional promedio asociado a cada unidad (Kg) de biomasa cosechada¹¹⁰. Esta estimación se presenta en la tabla siguiente:

Tabla 6: Estimación de margen de ganancia operacional unitario promedio asociado a la biomasa cosechada en el ciclo productivo comprendido entre julio 2016 y diciembre 2017

Estimación margen de ganancia unitario promedio		
Ingresos totales por venta de biomasa	USD	7.762.045
Costos operacionales totales biomasa cosechada	USD	7.114.336
Margen ganancia operacional estimado	USD	647.709
Biomasa total cosechada	Kg	1.791.653
Margen unitario promedio biomasa cosechada	USD/Kg	0,4

Fuente: Elaboración propia

110 Cabe señalar que, para efectos de la determinación del margen unitario asociado a un determinado monto de producción, no se estima pertinente considerar las partidas de depreciación del activo fijo dentro de los costos operacionales, puesto que esta no constituye un costo efectivo para la empresa, sino que a una representación contable del menor valor de los activos fijos por el desgaste que ocasiona su uso, y que se reconoce en la contabilidad de la empresa para efectos tributarios. En efecto, en relación a la definición de depreciación, el Servicio de Impuestos Internos señala: "Corresponde a una parte del valor del bien, originada por su uso, el que es factible de cargar al resultado de la empresa y que se origina por el valor del bien reajustado y la vida útil de éste. La cuota de depreciación anual está regulada en el artículo 31 de la Ley de la Renta.". En el citado artículo 31 de la Ley de la Renta, se describe la forma en que se determina a cuota de depreciación y se señala la posibilidad de acogerse a diferentes regímenes de depreciación de su activo fijo. La cuota de depreciación que se determine para cada año, de acuerdo al régimen de depreciación al que la empresa se acoja, se reconoce como un gasto deducible de la renta para la determinación de la Renta líquida imponible, sobre la cual aplica el impuesto a la renta. De acuerdo a lo señalado, en el marco de la estimación del beneficio económico no es correcto que la depreciación sea considerada como un costo asociado a la producción, por cuanto: (i) no corresponde a un desembolso monetario, sino que a una representación contable del desgaste de los activos fijos y que finalmente redundará en un beneficio tributario para la empresa al reducir su renta líquida imponible; y (ii) es independiente de la producción, puesto que la depreciación depende únicamente del valor del bien y la vida útil de los activos, cuya consideración depende del régimen de depreciación al que se acoja la empresa.

278. A partir de lo anterior, es posible estimar las ganancias totales generadas por la cosecha asociada a la sobreproducción, como el producto entre el margen de ganancia operacional unitario promedio y las toneladas de biomasa cosechadas asociadas a la sobreproducción. El resultado de la estimación se presenta a continuación:

Tabla 7: Estimación de la ganancia operacional total obtenida a partir de la biomasa cosechada asociada a la producción de biomasa por sobre el límite autorizado en el ciclo productivo comprendido entre julio de 2016 y diciembre 2017

Estimación ganancias obtenidas por biomasa asociada a sobreproducción		
Margen unitario promedio biomasa cosechada	USD/Kg	0,4
Biomasa cosechada asociada a la sobreproducción	Kg	359.870
Ganancias operacionales estimadas por biomasa cosechada asociada a la sobreproducción	USD	143.948

Fuente: Elaboración propia

279. En relación a las posibles inversiones en activo fijo efectuadas por la empresa que pudieran encontrarse directamente asociadas a la producción de biomasa por sobre el límite establecido en la RCA, en su escrito de respuesta al requerimiento de información formulado por la SMA, la empresa señala que “[...] *para realizar la operación del centro en cada ciclo productivo, Nova Austral utiliza inversiones y equipos adquiridos con anterioridad que se van actualizando conforme a las necesidades operativas y adquisición de nuevas inversiones.*”¹¹¹. Lo anterior es consistente con el detalle presentado por la empresa que da cuenta de los ítems y de las cifras de las inversiones llevadas a cabo para el ciclo productivo 2016 - 2017, en el cual se aprecia la baja magnitud relativa de las inversiones realizadas para este ciclo productivo respecto de las inversiones que ya habían sido llevadas a cabo para la producción en años anteriores. Además, a partir de lo informado, no es posible inferir que alguna de estas inversiones hubiese estado directamente relacionada con la sobreproducción. Por este motivo, para efectos de la estimación de las ganancias ilícitas, en este caso, se desestiman costos de inversión en activo fijo directamente relacionados a la cosecha asociada a la sobreproducción.

280. A partir de los resultados anteriores, se concluye que la ganancia ilícita total estimada que fue obtenida por motivo de la infracción, asciende a un total de USD 143.948. Para efectos de la modelación del escenario de incumplimiento, se considera obtenida en el mes de diciembre de 2017, que corresponde al último mes del ciclo productivo comprendido entre julio de 2016 y diciembre 2017. Bajo este supuesto, considerando el tipo de cambio observado promedio del mes de diciembre de 2017¹¹², las ganancias ilícitas mencionadas se estiman en \$ 91.683.900, equivalentes a 133 UTA.

281. De acuerdo a todo lo anteriormente expuesto y a partir de la aplicación del modelo de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a **160 UTA**.

282. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción.

B. COMPONENTE DE AFECTACIÓN

¹¹¹ Véase página 1 del escrito de respuesta a requerimiento de información realizado.

¹¹² De \$ 636,92.

b.1 Valor de Seriedad

283. El valor de seriedad se determina a través de la asignación de un “Puntaje de Seriedad” al 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, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse, el análisis relativo a la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental y al detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

b.1.1 Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (art. 40 letra “a” LO-SMA)

284. Según disponen las Bases Metodológicas, la circunstancia en cuestión, correspondiente a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, considerará en todos los casos en que se constaten elementos o circunstancias de hecho de tipo negativo sobre el medio ambiente o la salud de las personas, incluyendo tanto afectaciones efectivamente ocurridas como potenciales. Según ha señalado el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, *“la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño que, sin ser considerado por lo SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción”*¹¹³. En vista de ello, se debe examinar esta circunstancia en términos amplios, para cada uno de los cargos configurados.

285. De acuerdo con lo anterior, el concepto de daño que establece el art. 40 letra “a” de la LO-SMA es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2° letra “e” de la LBGMA, procediendo por tanto que éste sea ponderado siempre que se constate un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, sea o no daño ambiental. Lo anterior, sumado a una definición amplia de medio ambiente conforme a la legislación nacional¹¹⁴, permite incorporar diversas circunstancias en esta definición, incluyendo la afectación a la salud de las personas, menoscabos más o menos significativos respecto al medio ambiente y afectación de elementos socioculturales, incluyendo aquellas que incidan sobre sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, así como sobre el patrimonio cultural. El peligro, por otra parte, conforme a las definiciones otorgadas por el SEA, corresponde a la *“capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”*; distinto, si bien relacionado, es el concepto de riesgo, que corresponde a la *“probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”*¹¹⁵.

286. En definitiva, el riesgo es la probabilidad que se concrete el daño, mientras que el daño es la manifestación cierta del peligro.

¹¹³ Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-51-2014, considerando 116°.

¹¹⁴ Conforme al art. 2° letra “II” de la LBGMA, el medio ambiente se define como *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza físico, químico o biológico, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por lo acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de lo vida en sus múltiples manifestaciones”*.

¹¹⁵ Ambos conceptos se encuentran definidos en la “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental. Riesgo para la Salud de la Población” de la Dirección Ejecutiva del SEA, disponible en línea: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf [última visita: 28 de enero de 2019].

287. Una vez que se determina la existencia de un daño o peligro, debe ponderarse su importancia, lo que se relaciona con el rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción respectiva, atribuida al infractor. Esta ponderación se traduce en una variable que será incorporada en la determinación de la respuesta sancionatoria de la SMA, pudiendo aplicarse sanciones más o menos intensas dependiendo de la importancia del daño o del peligro evidenciado.

288. En el presente caso, se analizará la concurrencia de la circunstancia objeto de análisis para el Cargo N° 2. Al respecto, ya se ha hecho referencia en este dictamen a los efectos negativos generados con ocasión de la infracción, al evaluar la concurrencia del daño ambiental reparable, producto de la superación de la producción máxima autorizada en el CES Aracena 10 durante el ciclo 2016-2017. Sin embargo, aquel análisis tuvo por fin determinar la gravedad de la infracción en cuestión y, en consecuencia, los tipos y rangos de la sanción aplicable. En esta sección corresponde entonces, volver sobre dichos efectos negativos, aludiendo a su importancia, entendida esta como la “magnitud, entidad o extensión” de los mismos, con el fin de poder determinar la sanción específica a ser aplicada en el caso concreto, dentro del rango que corresponde a las infracciones graves.

289. Tal como ha sido descrito de manera acabada en el acápite de clasificación de gravedad, la infracción cometida por la empresa ha causado un daño ambiental en el fondo marino, específicamente en el sedimento, en una zona con un alto valor ecológico. En efecto, el Parque Nacional Alberto de Agostini tiene un carácter singular gracias a su flora y fauna de interés bajo alguna categoría de conservación, su importancia biogeográfica, la relevancia en conservación a nivel nacional, regional e internacional, junto a la multiplicidad de servicios ecosistémicos que presenta –hábitat de especies, biomasa vegetal y animal, provisión de alimento a diversas especies del parque nacional dentro de la cadena trófica, sumidero de carbono, entre otros–.

290. Particularmente, los hechos constitutivos del Cargo N° 2, han generado una alteración de relevancia en el fondo marino que repercute en los servicios ecosistémicos que provee este ecosistema, cuyos elementos bióticos, estructurales y funcionales permanecen en estado anóxico, sin especies marinas indicadoras de buena calidad que lo habiten y con presencia de un manto de bacterias. Dicho detrimento alcanzado en el sedimento del fondo marino con reducida riqueza de especies de 14 taxas, donde la mayor abundancia de organismos encontrados pertenecen al *Phylum annelida*, específicamente a la clase *Polychaeta*, y que dentro de la familia *Cirratulidae* se encontró la especie *Cirriformia* sp., la cual es considerada como especie bioindicadora de sedimentos con alto contenido de materia orgánica y de contaminación, con una intensidad de daño alta en que los procesos primarios se encuentran en estado de no funcionales, toda vez que el agente estresante, en este caso la sobreproducción ocurrida en el ciclo productivo entre 2015 y 2017, continúa impidiendo que éste pueda recuperarse, considerando que a la fecha del 16 de septiembre de 2021, la empresa reconoce que el CES Aracena 10 aún se encuentra en estado anaeróbico.

291. En razón de lo anterior, la circunstancia del artículo 40 letra a) de la LO-SMA será ponderada respecto de esta infracción, catalogándola como **alta**.

b.1.2. El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (art. 40 letra “h” LO-SMA)

292. La presente circunstancia considera aquellas infracciones que hayan generado un detrimento o vulneración a un ASPE, es decir, áreas que han sido resguardadas con un objeto específico de conservación, por lo que se justifica que su detrimento o vulneración sean considerados especialmente al momento de determinar el valor de seriedad de una infracción. Estas ASPE concretamente son las definidas en el art. 3 de la ley N° 18.362, de 8 de noviembre de 1984, que crea un sistema nacional de áreas silvestres protegidas, circunscribiéndolas a las siguientes categorías de manejo: “[...] *Reservas de Regiones Vírgenes, Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales*”.

293. Como se observa, la Guía de Bases Metodológicas establece que se considerará esta circunstancia en tanto se haya generado un detrimento, el que tiene lugar ante una afectación material del ASPE, lo que incluye los efectos negativos causados por la infracción. Asimismo, también considera una vulneración, la que se verifica cuando se han generado riesgos ambientales que puedan amenazar el ASPE o implican una transgresión a la normativa que tiene por objeto proteger la misma.

294. Como se indicó anteriormente, el CES Aracena 10 encuentra en aguas ubicadas dentro del perímetro del Parque Nacional Alberto D’Agostini (PNAA), creado mediante Decreto Supremo N° 80 del Ministerio de Agricultura, de 22 de enero de 1965; y publicado en Diario Oficial de la República de Chile el 24 de febrero de 1965. Posteriormente, fue ampliado mediante D.S. N° 330, de 2 de Junio de 1967 y mediante D.S. N° 252, de 11 de julio de 1969.

295. En el presente procedimiento sancionatorio, se puede sostener que la infracción configurada generó un detrimento o vulneración a esta ASPE, en cuanto esta Superintendencia levantó la existencia de un daño ambiental generado por el titular sobre ciertos componentes ambientales, que se pueden vincular directamente con el objetivo de conservación de todo parque nacional¹¹⁶. No obstante, tales elementos ya fueron analizados a propósito de la importancia el daño causado o del peligro ocasionado, razón por la que se estará a lo ahí expuesto.

b.1.3. Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (art. 40 letra “b” LO-SMA)

296. Al igual que la circunstancia de la letra “a” de la LO-SMA, esta circunstancia se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida. Su concurrencia está determinada por la existencia de un número de personas cuya salud pudo haber sido afectada, debido a un riesgo que se haya ocasionado por la o las infracciones cometidas. Ahora bien, mientras en la letra “a” se pondera la importancia del peligro concreto -riesgo-

¹¹⁶ Según el art. 5 de la ley N° 18.362, se entiende como Parque Nacional a un área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos y representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo. Los objetivos de esta categoría de manejo son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en la medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación.

ocasionado por la infracción, la circunstancia de la letra “b” de la LO-SMA introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra “a”.

297. De acuerdo a lo consignado por el titular en sus descargos, no se verifica una posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud de las personas, habida cuenta de la naturaleza de la infracción. Ahora bien, con la evidencia reunida en el procedimiento sancionatorio no es posible considerar que la infracción cometida haya generado o pudiere generar un riesgo para la salud de alguna persona. Esto es consistente con dos circunstancias: primero, el tipo de daño causado; y, segundo, las condiciones de aislamiento de la zona afectada.

298. En cuanto a lo primero, el daño provocado es descrito más arriba, en aquello que aborda la clasificación de daño ambiental, así como en aquella sección en que se discurre acerca de la letra “a)” del art. 40 de la LO-SMA. Este daño se encuentra vinculado al aumento de depositación de materia orgánica en el fondo marino y afectación de columna de agua produciendo anaerobiosis y disminución de biota en el fondo marino, el cual se ha ido generando a lo largo los últimos años. Estas características hacen que sea difícil vincularlo a una potencial afectación de la salud de las personas, especialmente considerando que se trata de un área sumamente aislada, donde no se encuentran asentamientos humanos permanentes.

299. En definitiva, no se considerará la concurrencia de esta circunstancia para la ponderación de la sanción específica a ser aplicada.

b.1.4. Vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (art. 40 letra “i” LO-SMA)

300. La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental es una circunstancia que permite valorar la relevancia que un determinado incumplimiento ha significado para el sistema regulatorio ambiental, más allá de los efectos que la infracción haya podido generar. La valoración de esta circunstancia permite que la sanción cumpla adecuadamente su fin preventivo, y que se adecue al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

301. 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.

302. 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.

303. El caso en análisis, en relación a la naturaleza de la normativa infringida, corresponde a un hecho constitutivo de infracción conforme a lo establecido en el art. 35 letra a), de la LO-SMA, en cuanto corresponde a un incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.

304. 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 2º, de la LBMA 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.

305. En general se puede sostener que la decisión adoptada mediante la RCA certifica, en el caso de aprobarse un 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 ejecutarlo. 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 arts. 8 y 24 de la LBMA. Al respecto, el inciso primero del art. 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 art. 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”.

306. En cuanto al sector de referencia en que se inserta este instrumento de gestión ambiental, la exigencia incumplida plasmada en la RCA N° 71/2003 se fundamenta en la **relevancia que tiene el nivel de producción de un centro de engorda de salmónidos para el ordenamiento jurídico**, con miras a determinar el ingreso al SEIA de un proyecto de cultivo intensivo de recursos hidrobiológicos¹¹⁷, atendido que es *“precisamente la cantidad de recursos en cultivo o biomasa la que determinará el nivel de alimento utilizado, antibióticos, estructuras en que se mantienen, escapes, etc., en definitiva su nivel de emisión”*¹¹⁸, por cuanto existe *“una relación directa entre el volumen de producción y la situación aeróbica –y por ende la vida marina– del fondo en que se depositan los sedimentos provenientes del centro de cultivo”*¹¹⁹. Por lo demás, este compromiso ambiental recogido en la RCA en la forma de límite de producción para cada ciclo de cultivo encuentra su fundamento normativo en el RAMA, el cual en su art. 15 dispone que “[e]l titular de un centro de cultivo no podrá superar los niveles de producción aprobados en la resolución de calificación ambiental”.

307. Con todo, la real importancia de un límite de producción para los proyectos acuícolas se puede apreciar en toda su completitud sólo si se atiende a la manera concreta en que las actuales técnicas productivas utilizadas en la industria del ramo impactan al medio marino. A vía ejemplar, la alimentación de los salmones interviene tanto

117 A su respecto, ver artículo 3 letra “n” del D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

118 BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Política y regulación ambiental de la acuicultura chilena*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 28 (Valparaíso, 2007), I, p. 314.

119 *Ibid.*, p. 320.

en la columna de agua como en el fondo marino, en la forma de alimento no consumido y de fecas. Estas verdaderas emisiones aumentan la cantidad de nitrógeno y fósforo presentes en el medio, disminuyendo el oxígeno disponible y generando su eutrofización, propiciando la aparición de algunos organismos y la ausencia de otros, alterando gravemente los ecosistemas acuáticos¹²⁰.

308. En razón del esperable aumento de aportes en materia orgánica e inorgánica en los sedimentos a consecuencia de sobrepasar el límite de producción, se facilita la ocurrencia de procesos anaeróbicos, la dispersión en el agua y precipitación de sedimentos, la disminución del oxígeno disuelto en la columna de agua como consecuencia de la mayor cantidad de peces en cultivo, la propagación de enfermedades y la disponibilidad de fármacos en el medio, la disminución de flujo de agua por mayor biomasa y un aumento en la probabilidad de escape de peces al medio con el peligro de depredación de ejemplares de fauna nativa. De este modo, **resulta evidente que existe un mayor nivel de impacto y riesgo ambiental al evaluado cuando no se respeta el límite de producción**, elemento mediante el cual se busca mitigar y evitar justamente los antedichos efectos o impactos.

309. Sin perjuicio de todo lo anterior, cabe traer a colación que la superación de la producción de salmónidos autorizada ambientalmente por parte del titular en el CES Aracena 10 durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de julio de 2016 y diciembre de 2017, se verificó al **interior del Parque Nacional Alberto de Agostini**. Luego, la relevancia del incumplimiento al límite de producción no radica exclusivamente en las consideraciones anteriormente expuestas, sino que necesariamente debe incluir la circunstancia de encontrarse la unidad fiscalizable al interior de una ASPE; y no una cualquiera, sino la que reviste el máximo grado de protección ambiental que puede ostentar un área geográfica en virtud de nuestro ordenamiento jurídico¹²¹.

310. Constituyendo el modelo de ASPE destinada al cumplimiento por parte del Estado del deber de tutela de la preservación de la naturaleza consagrado en el art. 19 N° 8 de la aún vigente Carta Fundamental, y desde el punto de vista de su aptitud para el aprovechamiento económico, un parque nacional corresponde a un modelo o régimen sin usos¹²². Ello deriva de la prohibición consagrada en el art. III de la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América (“Convención de Washington de 1940”), según el cual “*las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales*”. Valga relevar que, en lo que refiere específicamente a la industria acuícola, dicha prohibición se vino a concretar finalmente mediante la ley N° 19.800 de 2002 que modificó el art. 158 de la LGPA¹²³, el cual señala actualmente en su inciso primero que “[l]as zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura”.

120 BUSCHMANN, A., *Impacto ambiental de la acuicultura. El estado de la investigación en Chile y el mundo* (Terram Publicaciones, 2001), p. 61.

121 COSTA CORDELLA, Ezio, *Regulación de los parques nacionales en Chile*, en *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión Ambiental Global: Presente y Futuro* (Thompson Reuters, Santiago, 2012), p. 210.

122 BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de derecho ambiental*² (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014), pp. 359-361.

123 GUERRA SCHLEEF, Felipe, *¿Se pueden intervenir las áreas silvestres protegidas del Estado? Una aproximación al contexto chileno a partir del dictamen N° 38.429 de la Contraloría General de la República*, en *Revista Justicia Ambiental* 7 (Santiago, 2015), p. 197.

311. Ahora bien, no hay que soslayar que la inclusión de esta categoría de protección dentro del SNASPE como estatuto vigente, en relación con el inciso primero del art. 36 de la LBMA –según el cual forman parte de las áreas protegidas del SNASPE “*las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales, situados dentro de su perímetro*”–, provino de la interpretación administrativa que la Contraloría General de la República pronunció acerca del asunto y precisamente en contra del titular, en el ya citado dictamen N° 38.429/2013. En este sentido, se incluyó en dicho pronunciamiento la prevención acerca de que esa interpretación “*debe entenderse, por cierto, sin perjuicio del respeto que corresponde otorgar a las situaciones jurídicas ya consolidadas*”, no resultando aplicable a las autorizaciones y concesiones de acuicultura o pesca que se otorgaron en parques nacionales con anterioridad.

312. Estas consideraciones permiten comprender que, aun cuando Nova Austral S.A. pueda seguir ejecutando su proyecto correspondiente al CES Aracena 10 en virtud de “situaciones jurídicas consolidadas” o, mejor dicho, según las categorías de la dogmática *ius-administrativista*, por aplicación del principio de protección de la confianza legítima como límite a la potestad invalidatoria de la Administración, no deja de estar la acuicultura ineludiblemente prohibida, en aguas al interior de los parques nacionales.

313. Así las cosas, **el límite de producción impuesto por una respectiva resolución de calificación ambiental, a un centro de engorda de salmónidos ubicado en un parque nacional** adquiere una dimensión especial y adicional a la desarrollada al comienzo del análisis de este apartado, por cuanto se convierte derechamente en una **condición intocable**. Valga reiterar lo opinado por la Dirección Ejecutiva del SEA en su respuesta a la Res. Ex. N° 15/Rol D-091-2019, cuyo contenido es plenamente compartido por esta Superintendencia: “[...] *la producción verificada en exceso y que es objeto del presente procedimiento sancionatorio no queda comprendida en la esfera de una “situación jurídica consolidada”, resguardada en este caso concreto por los límites fijados en la RCA N° 71/2003. Por el contrario, la producción verificada en exceso corresponde a una situación posterior y nueva, sobre la cual el titular no tiene siquiera la mera expectativa, por cuanto existe normativa expresa e interpretación administrativa fijada por la Contraloría General de la República, orientadas a prohibir que esta clase de actividades se desarrolle en áreas protegidas, comprendiendo en esta prohibición no sólo sus terrenos fiscales, sino sus playas, porciones de mar, lagos y lagunas, entre otras [...] Como puede apreciarse, la interpretación de esta normativa ha variado de tal forma la situación jurídica sobre este tipo de actividades, que en el caso de que el titular ingresara un proyecto para aumentar su tasa de producción en relación a lo aprobado por la RCA N° 71/2003, la respectiva Comisión de Evaluación estaría obligada a rechazarlo, por cuanto no cumple con la normativa vigente*”.

314. De todo lo anterior se colige que el límite de producción, en tanto exigencia ambiental para un proyecto acuícola ubicado al interior de un parque nacional, es doblemente relevante. No sólo se erige como una de las medidas o condiciones más importantes de toda evaluación para los efectos de mitigar y/o evitar los impactos ambientales que son consecuencia de las principales emisiones del proceso de engorda en sí mismo considerado. Este representa, a su vez, la última frontera acerca de lo que puede producir lícitamente el titular, por cuanto toda actividad que desarrolle por sobre dicho límite está absolutamente prohibida por el ordenamiento jurídico ambiental vigente.

315. Así las cosas, el incumplimiento constatado y acreditado en el presente procedimiento ha implicado una vulneración al sistema de protección ambiental de carácter **alto**.

b.2. Factores de incremento

316. A continuación, se ponderarán 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 (art. 40 letra “d” LO-SMA)

317. La intencionalidad, al no ser un elemento necesario para la configuración de la infracción, actúa en virtud de lo dispuesto en el art. 40 de la LO-SMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar a cada caso. Al respecto, el Segundo Tribunal precisa que su aplicación se traduce en el mayor o menor reproche que esta Superintendencia pueda hacer a la conducta del infractor, la que podrá variar dependiendo si concurre dolo o culpa¹²⁴.

318. En efecto, a diferencia de como se ha entendido en el Derecho Penal, donde la regla general es que exista dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el Derecho Administrativo Sancionador, no exige como requisito o elemento de la infracción administrativa, la concurrencia e intencionalidad o de un elemento subjetivo más allá de la culpa infraccional o mera negligencia. Por el contrario, una vez configurada la infracción, la intencionalidad permite ajustar la sanción específica a ser aplicada, siendo mayor el reproche si concurre esta circunstancia.

319. A su turno, la intencionalidad como factor a ser tomado en consideración para la determinación de las sanciones concretas en el marco de la LO-SMA, difiere conceptualmente de la definición penales clásica de dolo, y debe ser entendida en sede administrativa sancionadora como el *“conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos”*¹²⁵.

320. De conformidad con las Bases Metodológicas, al evaluarse la concurrencia de esta circunstancia se debe tener especialmente en cuenta la prueba indirecta, principalmente la prueba indiciaria o circunstancial. Sólo esta prueba puede dar luces acerca de las decisiones adoptadas por el infractor y su adecuación con la normativa.

321. Ahora bien, resulta necesario hacer una serie de precisiones. Nuevamente de acuerdo a las Bases Metodológicas, dentro de la gama de sujetos regulados por la normativa ambiental, se encuentran aquellos que se pueden denominar “sujetos calificados”, los cuales desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación. Normalmente este tipo de regulados dispone de una organización sofisticada, la cual les permite afrontar de manera especializada,

124 Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-140-2016, cons. 198°.

125 Excm. Corte Suprema, en fallo de fecha 25 de octubre de 2017, recaído en causa rol N° 24.446-2016, “Municipalidad de Temuco con Superintendencia del Medio Ambiente”.

idónea y oportuna su operación y eventuales contingencias. Respecto de estos regulados, es posible esperar un mayor conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos y que se encuentren en una mejor posición para evitar infracciones a la normativa ambiental.

322. Un elemento relevante a tener en consideración es que es un hecho público y notorio que Nova Austral S.A. posee un perfil de titular de gran tamaño y con experiencia, puesto que es una empresa multinacional dedicada a la salmonicultura, que posee múltiples centros de cultivo y vasta experiencia en el rubro acuícola. Junto con lo anterior, muchas de las actividades de Nova Austral S.A. han sido sometidas al SEIA, al igual como lo fue el proyecto correspondiente al CES Aracena 10. De este modo se tiene que el titular es una empresa dedicada específicamente al rubro salmonero, que tiene conocida experiencia en realizar proyectos que por sus características han debido ser sometidas a evaluación ambiental, por lo que es un conocedor de dicho sistema y cómo éste regula la ejecución de proyectos, lo que lo convierte en un sujeto calificado. En razón de ello, se estima que la empresa se encuentra en una especial posición para tener conocimiento acerca de sus obligaciones y las formas de darle cumplimiento.

323. No obstante lo anterior, y por ser este solamente un indicio más que se debe considerar para esta circunstancia, se procederá a analizar si en el presente procedimiento hay otros elementos indiciarios que permitan sostener que la intencionalidad concurre en este caso.

324. Dándose por reproducidas las defensas del titular con respecto a este factor de incremento en lo relativo a la configuración de la infracción, y en consonancia con lo analizado a propósito de esta última, el hecho de producir más allá de lo autorizado obedece inequívocamente a una estructuración de una serie de acciones orientadas al efecto por parte de cada empresa: todo el sistema de producción acuícola funciona bajo la lógica de la planificación de la cantidad a producir según cada temporada. De esta forma, la producción es distribuida entre los distintos centros de engorda con los que cuenta cada empresa, en función de variables, tales como, si la agrupación de concesiones al que pertenece está activo, la capacidad instalada de cada centro y conforme a los permisos ambientales y sectoriales vigentes para los mismos.

325. De acuerdo a las máximas de la experiencia, resulta incomprensible que Nova Austral S.A. no se haya impuesto acerca del límite de producción estatuido por la RCA N° 71/2003 para el CES Aracena 10, ni que no haya podido prever a lo largo del ciclo 2016-2017 que iba a superar dicho umbral.

326. Por todo lo anterior, se dará lugar a la aplicación de esta circunstancia como factor de incremento del componente de afectación, teniéndose por suficientemente acreditada la intencionalidad del titular en la comisión del cargo configurado.

b.3. Factores de disminución

b.3.1. Irreprochable conducta anterior (art. 40 letra "e" LO-SMA)

327. 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 –en los términos descritos anteriormente–, entre otras situaciones señaladas en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales.

328. En su escrito de descargos, el titular invocó una irreprochable conducta anterior, *“toda vez que (i) no ha sido objeto de sanciones con anterioridad, (ii) no ha obtenido la aprobación de un Programa de Cumplimiento en un procedimiento sancionatorio anterior, (iii) no se trata de una supuesta infracción constatada en fiscalizaciones anteriores y (iv) no se trata de una supuesta infracción reiterada o continuada en el pasado”*.

329. En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior. En relación a lo invocado por el titular, no se ha podido verificar antecedente alguno que apunte a procedimientos sancionatorios previos en contra de Nova Austral S.A. con respecto al CES Aracena 10, sin perjuicio que, actualmente se están llevando procedimientos sancionatorios simultáneos en contra del mismo titular.

330. Por tanto, la presente circunstancia debe ser considerada como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente a la infracción ya verificada.

b.3.2. Cooperación eficaz (art. 40 letra “i” LO-SMA)

331. De acuerdo a lo establecido en las Bases Metodológicas, el concepto de cooperación eficaz se relaciona con las acciones desplegadas por el infractor, encaminadas a permitir o contribuir al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, así como también a la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

332. Las circunstancias que permiten considerar la cooperación eficaz como factor de disminución al momento de determinar la sanción, son las 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 LOSMA. En tales términos, la circunstancia se relaciona con la cooperación que demuestre la empresa durante el procedimiento administrativo sancionatorio, requiriéndose adicionalmente que esta cooperación sea eficaz, relacionándose, entre otras cosas, con la utilidad real de la información o antecedentes que hayan podido ser aportados en diferentes momentos.

333. En el presente caso cabe relevar que, mediante la Res. Ex. N° 10/Rol D-091-2019, esta Superintendencia le ordenó al titular la práctica de ciertas diligencias probatorias conducentes al esclarecimiento de las circunstancias y/o efectos del hecho imputado; diligencias que fueron debidamente ejecutadas por la empresa. A su turno, el titular dio respuesta oportuna y útil al requerimiento de información de esta Superintendencia proferido mediante la Res. Ex. N° 18/Rol D-091-2019, acompañando antecedentes que han permitido ponderar debidamente las circunstancias del art. 40 de la LO-SMA.

334. En definitiva, se estima que el comportamiento del titular se configura como una cooperación eficaz, por cuanto colaboró de forma útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por esta SMA y respondió de forma oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información en los términos solicitados. Por tanto, esta circunstancia será considerada como un factor de disminución de la sanción que se propondrá al cargo configurado.

b.3.3. Aplicación de medidas correctivas (art. 40 letra "i" LO-SMA)

335. Esta Superintendencia ha asentado el criterio de considerar, en la determinación de la sanción, la conducta del infractor posterior a la infracción o su detección, específicamente en lo referido a las medidas adoptadas por este último, en orden a corregir los hechos que la configuran, así como a contener, reducir o eliminar sus efectos y a evitar que se produzcan nuevos.

336. Para la procedencia de la ponderación de esta circunstancia, es necesario que las medidas correctivas que se hayan aplicado sean idóneas y efectivas para los fines que persiguen, y deben ser acreditadas en el procedimiento sancionatorio, mediante medios fehacientes. Para analizar esta circunstancia en el caso concreto, debe realizarse un análisis infracción por infracción sobre las medidas que han sido implementadas por la empresa, como se procede a continuación.

337. Ahora bien, de conformidad con las Bases Metodológicas, sólo se ponderan en esta circunstancia las acciones que hayan sido adoptadas de forma voluntaria por parte del infractor, por lo que no se consideran acciones que se implementen en el marco de la dictación de medidas provisionales, la ejecución de un programa de cumplimiento o que respondan al cumplimiento de resoluciones administrativas o judiciales pronunciadas por otros servicios o tribunales de justicia, respectivamente.

338. En este sentido, Nova Austral S.A. señaló en su presentación en respuesta a la Res. Ex. N° 18/Rol D-091-2019 que *"en agosto de 2020, se formó el centro de costo del área de Compliance. Se contrató el rol del Gerente Legal & Compliance el cual incluía un recurso humano que tenía relación con control internos de la empresa. En abril de 2021 se incorporó una tercera persona la cual tenía el rol de implementar el programa de cumplimiento ambiental de la compañía. Hacemos presente que a partir de abril de 2022 se incorpora a este mismo equipo una cuarta persona, la cual tendrá la labor de ejecutar revisiones internas periódicas en la operación de agua mar. Esta área reporta de manera directa al Directorio de la empresa"*. Adicionalmente, acompañó los siguientes documentos:

- Factura electrónica N° 34 emitida por Tri Servicios SpA;

- Órdenes de compra N° 1525833, 1522288, 1524002 y 1526153;
- Profroma N° 209 emitida por Tri Servicios SpA;
- Cotizaciones 1173-V1-2020, 1219-V1-2021, 1302-V1-2021, emitidas por Gestión Acuícola, Marítima y Ambiental Ltda.;
- Facturas electrónicas N° 1066, 1107 y 1158, emitidas por Gestión Acuícola, Marítima y Ambiental Ltda.;
- ORD. D.G.A. N° 139365 de SERNAPESCA de fecha 10 mayo 2019, muestreo INFA correspondiente a marzo de 2019 con sus anexos;
- ORD. D.G.A. N° 134213 de SERNAPESCA de fecha 14 diciembre 2018, muestreo INFA correspondiente a noviembre de 2018 con sus anexos;
- Formularios 10 y comprobantes de pago en Tesorería General de la República, folios 3004598 y 2970083;
- Planilla “Detalle costos medidas”;
- Informe técnico “Monitoreo ambiental centro cultivo ‘Aracena 10’, código 1200882, septiembre 2019, con sus anexos;
- Informe técnico “Monitoreo ambiental centro cultivo ‘Aracena 10’, código 1200882, julio 2020, con sus anexos;
- Monitoreo Interno OT 3116, con sus anexos;
- Comprobante de carga procesos en catastro API-SMA;
- Declaración anual de residuos no peligrosos N° folio 338462;
- Certificado de disposición final residuos no peligrosos de polietileno (PE) N° 54;
- Guía de despacho electrónica N° 150678;
- Copias de correos electrónicos “Ingreso remediación nanoburbujas”;
- Monitoreo Interno OT 3034/2020, con ficha resumen;
- Monitoreo Interno OT 3116/2021, con sus anexos;
- Monitoreo Interno OT 3216/2021, con sus anexos;
- Res. Ex. N° 6046 de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas de fecha 10 noviembre 2021;
- Res. Ex. N° 1072 de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas de fecha 23 febrero 2021;
- Planilla “Costos Aracena 10 2016”; y
- Planilla “Volumen e Ingresos por Ventas A10”.

339. Valga decir que, en general, los antecedentes aportados permiten concluir que el titular no ha adoptado medidas correctivas, puesto que las acciones no se encuentran directamente orientadas a la corrección de la infracción configurada ni sus consecuencias; más bien, o se trata de acciones destinadas al levantamiento de información acerca de las condiciones del centro o destinadas a acomodar la gestión interna de la empresa, mas no se hacen cargo de dichas condiciones. Por otro lado, aun cuando se hayan presentado órdenes de compra, cotizaciones o comprobantes de ingreso de solicitudes sectoriales por aparentes sistemas de nano burbujas y/o remediación de fondo marino, tales referencias se consignan en términos genéricos, al tiempo de no haberse acompañado antecedentes que acreditasen fehacientemente la ejecución de dichas medidas en el CES Aracena 10.

340. Por todo lo anterior, esta circunstancia no será considerada como un factor de disminución de la sanción que se propondrá al cargo N° 2.

b.4. La capacidad económica del infractor (art. 40 letra “f” LO-SMA)

341. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española a propósito del Derecho Tributario, como la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública¹²⁶. De esta manera, esta circunstancia atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

342. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. 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. Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, debiendo proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.

343. En efecto, para la determinación del tamaño económico, se han examinado los antecedentes financieros de la empresa disponibles en el procedimiento. Al efecto, los ingresos operacionales que figuran en el Estado de Resultados al 31 de diciembre de 2021 contenidos en la página 3 del borrador de los Estados Financieros del año 2021 entregado por la empresa¹²⁷, son de MUS\$ 62.833, equivalentes a \$53.466.270.750 considerando el tipo de cambio observado al 31 de diciembre de 2021 (\$850,25), y a UF 1.725.178 al valor de la UF de diciembre de 2021, lo que clasifica a la empresa como **Grande N°4** -de acuerdo a la clasificación de tamaño económico utilizada por el Servicio de Impuestos Internos-, ya que sus ingresos anuales son superiores a UF 1.000.000.

344. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se concluye que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica¹²⁸.

126 CALVO ORTEGA, Rafael, *Curso de Derecho Financiero. I Derecho Tributario. Parte General* (Madrid, Thomson-Civitas, 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*, en *Revista Ius et Praxis* 16 (Santiago, 2010), N° 1, pp. 303 - 332.

127 Antecedentes individualizados en el considerando 57 del presente dictamen.

128 En el presente caso, la información de los ingresos anuales de la empresa disponible por esta Superintendencia corresponde al año 2020, por lo que es posible sostener que ésta comprende los efectos que la pandemia de COVID-19 ha tenido en el funcionamiento de la empresa. Por lo anterior, se considera que no procede efectuar ajustes adicionales a la ponderación del tamaño económico para internalizar en la sanción los posibles efectos de la crisis sanitaria.

XI. TIPO DE SANCIÓN A APLICAR

345. A continuación, corresponde determinar si existen cargos en el presente procedimiento sancionatorio para los cuales se haya determinado la aplicabilidad de una sanción no pecuniaria. Al respecto, cabe hacer presente que la revocación de la RCA y la clausura son sanciones no pecuniarias que pueden ser aplicadas a infracciones clasificadas como graves y gravísimas; en tanto que la amonestación por escrito solo puede ser impuesta en casos de infracciones leves.

346. En este contexto, **la imposición de sanciones no pecuniarias** en el caso de infracciones graves y gravísimas **se justifica por fines disuasivos cuando las circunstancias de la comisión de la infracción dan cuenta de que una sanción pecuniaria no va a lograr ser un desincentivo suficiente para la comisión de infracciones futuras por parte del infractor**. En la adopción de esta decisión, corresponde considerar el tipo de incumplimiento y las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. Especialmente, se tomarán en cuenta aspectos como la magnitud del daño o riesgo causado al medio ambiente o la salud de las personas, la intencionalidad con la que ha actuado, la contumacia del infractor, la magnitud del beneficio económico obtenido, especialmente en los casos en los cuales este último excede el máximo legal de la multa, entre otros criterios.

347. En el caso de **la revocación de la RCA, se trata de una sanción que implica poner término a la autorización ambiental del proyecto**. Cuando esta sanción es aplicada, el titular no podrá continuar realizando la actividad autorizada por dicha RCA. La clausura, por su parte, implica la detención y cierre físico del proyecto. Esta puede ser total, si abarca toda la unidad fiscalizable, o parcial, si sólo se refiere a una parte de las instalaciones. Puede ser también temporal, si se limita a un período de tiempo, o definitiva.

348. En relación a lo señalado, **se ha estimado procedente la aplicación de una sanción no pecuniaria, consistente en la revocación de las resoluciones de calificación ambiental que rigen al proyecto, en cuanto al cargo N° 2**, calificado como grave de conformidad a lo dispuesto en el art. 36 N° 2 letras “a)” e “i)” de la LO-SMA, relativo a la superación de la producción máxima autorizada en el CES Aracena 10, durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de julio de 2016 y diciembre de 2017, habiendo causado daño ambiental susceptible de reparación y habiéndose ejecutado al interior de una ASPE, sin autorización.

349. Para la determinación de esta sanción se han tenido a la vista distintos aspectos que justifican el fin disuasivo esperado. Un primer elemento corresponde a la **magnitud del daño causado al medio ambiente**. En efecto, la conducta de la empresa, gestada en la desviación en la ejecución de su resolución de calificación ambiental, trajo consecuencias negativas significativas en el medio ambiente; tal como ha sido desarrollado latamente en el presente dictamen, **la infracción imputada generó daño ambiental reparable, sobre el componente fondo marino y el ecosistema del sedimento marino bajo la concesión acuícola**, ubicada al interior de un parque nacional. Asimismo, se ha establecido que la infracción en sí misma considerada **supone una vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de carácter alto, debido a la importancia del límite de producción como condición esencial en toda evaluación ambiental de centros de engorda de salmones**, así como la relevancia que adquiere su ejecución **al interior de parques nacionales, en los que la actividad acuícola se encuentra proscrita**.

350. En ese sentido, **el carácter sensible del área protegida en la cual se emplaza el CES** no es ajeno al mérito, oportunidad o conveniencia de la sanción propuesta. Así, cabe señalar que las especies nativas presentes en los fiordos chilenos son extremadamente sensibles a la sedimentación orgánica; al tiempo que el cultivo de salmones produce elevadas cantidades adicionales de materia orgánica, contenida en el sedimento fino derivado del excremento animal, de la pérdida de alimento suplementario y de los animales muertos, todo lo que puede producir a futuro un estrés severo en esas comunidades. A estas consideraciones se ha arribado forzosamente a partir de los antecedentes allegados al procedimiento, que demuestran una alteración completamente negativa, tanto en su estructura y funcionalidad, evidenciándose sedimentos marinos con microorganismos –mediante las INFAs informadas por Sernapesca– que han perdurado hasta el año 2021 (4 años) en estado de anaerobiosis –mediante las diligencias probatorias–.

351. Otro aspecto a considerar para la determinación de la sanción es la **intencionalidad** con la que ha actuado el titular. Al respecto, la conducta del infractor no puede sino considerarse deliberada, puesto que **la sobreproducción es el resultado de un proceso continuo** de siembra, engorda y cosecha, objeto de planificación cuidadosa, **respecto de la que mantiene completo control a lo largo de todo el ciclo de cultivo**.

352. Esto último se relaciona directamente con otro elemento a tenerse a la vista, a saber, la **contumacia del titular**, entendida como la tenacidad de Nova Austral S.A. en mantener una conducta errática en el desarrollo de su actividad en general, por cuanto **la producción por sobre lo autorizado ocurrida en el CES Aracena 10 no es un caso aislado, sino que existen otros procedimientos sancionatorios en contra del titular por el mismo hecho infraccional en distintos centros de engorda de su propiedad**. Es decir, la empresa evidencia una preocupante displicencia con respecto al cuidado al medio marino en el que se emplazan sus proyectos acuícolas, producto del sometimiento de este componente a un agente estresante de sobreproducción, lo que es una **manifestación clara del descuido por parte del titular sobre el recurso afectado en aras de la mantención de un propósito meramente productivo y económico, en contraposición al desarrollo sustentable de la industria acuícola**.

353. Lo expuesto es de suma relevancia para esta Superintendencia, toda vez que la imposición de una sanción no pecuniaria, se justifica igualmente por fines cautelares encaminados a resguardar al medio ambiente de un efecto que amenaza con extenderse en el tiempo, más allá de la fecha de la resolución sancionatoria. Consecuentemente, **acreditado que ante una infracción –sobreproducción– el CES Aracena 10 podría seguir operando –INFA aeróbica–, extendiendo por cada ulterior ciclo el impacto negativo en un área de especial interés para el Estado** –área protegida del más alto nivel de los contemplados por dicha técnica– y más allá de su eventual reparabilidad, **la conducta de Nova Austral S.A. hace presumir un riesgo razonable que no permite descartar que cometa una infracción en el futuro que potencie aún más los impactos acumulativos ya generados en el área, lo que hace procedente una revocación**.

354. Por otra parte y a mayor abundamiento, es dable sostener que el proyecto aprobado mediante **las mencionadas RCAs ya no puede ser ejecutado en las condiciones que se tuvieron a la vista durante la respectiva evaluación ambiental**. Al respecto, es importante destacar que el SEIA es una herramienta de gestión de protección ambiental de tercer orden, esencialmente preventivo, que mediante la predicción de los impactos que pudieran generar proyectos y/o actividades, determina si éstos se ajustan o no a

las normas ambientales vigentes. Para lo anterior, el titular de una Declaración de Impacto Ambiental debe entregar la información suficiente para caracterizar todos los componentes ambientales que se verán afectados por las obras, partes y acciones de su proyecto y/o actividad, en todas las fases en que se ejecutará –construcción, operación y cierre–.

355. En ese orden de ideas, resulta fundamental en todo procedimiento de evaluación ambiental que se identifique debida y detalladamente cada elemento del medio que será alterado, definiéndose una situación base o “sin proyecto” a la que se le adicionará la situación proyectada o “con proyecto”. Sólo así se podrá definir adecuadamente el área geográfica y sus atributos que serán alterados por la nueva actividad, de manera que el organismo evaluador podrá definir si dicho impacto futuro al medio ambiente dará cumplimiento o no al estándar de funcionamiento que mandata la normativa ambiental aplicable.

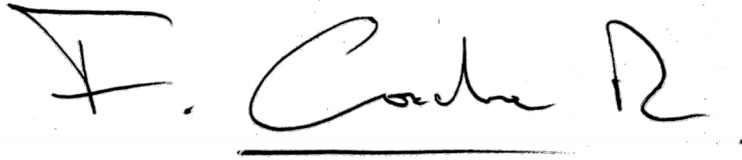
356. Ahora bien, en la especie, lo que sucedió es que la situación base definida, y sobre la cual se predijeron los impactos del CES Aracena 10, cambió de manera sustancial producto de la sobreproducción, generando un escenario con condiciones ambientales diferentes y menoscabadas a aquellas en las que se encontraba el medio y sus elementos al momento de la evaluación. Por lo tanto, hoy las condiciones de funcionamiento del proyecto que se determinaron por la autoridad ambiental son totalmente inoficiosas, porque los supuestos fácticos sobre las que descansaba mutaron. Por el contrario, el daño atribuible a la infracción ha desencadenado consecuencias que se traducen en un efecto negativo y acumulativo en el fondo marino, que ha impedido que el medio sea capaz de autodepurarse después del ciclo de cultivo finalizado el año 2017.

357. En ese sentido, se releva lo referido por este Fiscal Instructor respecto de la reparabilidad del daño ambiental ocasionado con motivo de la infracción imputada, en cuanto a que es evidente la falta de estudios que den cuenta de la efectividad a largo plazo de las medidas de remediación de los ecosistemas marinos con las características particulares de este caso, haciendo imposible afirmar o descartar la factibilidad de las mismas.

358. A partir de lo expuesto, resulta evidente que la **RCA N° 71/2003** no constituye un instrumento de gestión ambiental idóneo para regular las actividades efectivamente realizadas en el CES Aracena 10, razón por la cual se propone aplicar la sanción no pecuniaria de revocación de dicha RCA en relación al **cargo N° 2**.

XII. PROPUESTA AL SUPERINTENDENTE

359. En virtud del análisis realizado en el presente Dictamen, y en cumplimiento del art. 53 de la LO-SMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de este Fiscal Instructor corresponde aplicar a Nova Austral S.A. respecto del **Cargo N° 2**, correspondiente a la sobreproducción en el ciclo 2016-2017 en el CES Aracena 10, consistente en **la revocación de la RCA N° 71/2003**.



Felipe A. Concha Rodríguez
Fiscal Instructor del Departamento de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

DGP/IMM/GLW/VOA/PAC

Rol D-091-2019