



**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO, ROL D-053-2015, SEGUIDO EN
CONTRA DE LA ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE
VALPARAÍSO**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1436

Santiago, 01 DIC 2017

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que contiene la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LO-SMA"); en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente ("Ley 19.300"); en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado ("Ley 19.880"); en el Decreto N° 458, de 18 de diciembre de 1975, del Ministerio de Urbanismo y Construcciones, que Aprueba la Nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones, y sus modificaciones ("LGUC"); en el Decreto N° 47, de 16 de abril de 1992, del Ministerio de Urbanismo y Construcciones que Fija Nuevo Texto de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones ("OGUC"); en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristian Franz Thorud en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Afecta N° 1, de 09 de enero de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, por la que se nombra a Rubén Verdugo Castillo como jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 1.002, de 29 de octubre de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba el documento "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales"; en el expediente administrativo sancionatorio Rol D-053-2015; y en la Resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. 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 con fecha 25 de septiembre de 2015, en contra de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, Rol Único Tributario N° 69.060.900-2, con domicilio en Avenida Argentina N° 864, comuna de Valparaíso, Región de Valparaíso. La Municipalidad es titular de la Resolución de Calificación Ambiental N° 23, de 24 de enero de 2005, de la entonces Comisión Regional del

Medio Ambiente ("COREMA") de la Región de Valparaíso ("RCA N° 23/2005"), que califica ambientalmente favorable la Declaración de Impacto Ambiental ("DIA") del proyecto "Modificación Plan Regulador de la Comuna de Valparaíso, Sector Barón".

2. El proyecto "Modificación Plan Regulador de la Comuna de Valparaíso, Sector Barón", consiste en una modificación al Plan Regulador Comunal de Valparaíso, dictado mediante Decreto N° 26, del año 1984, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, para establecer una nueva regulación territorial en el Sector Barón de Valparaíso, orientada principalmente a que la ciudad complementara su oferta con servicios, atractivos turísticos y comerciales, que permitieran mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Específicamente, la modificación consiste en la creación de las Zonas A3-1 y B-11, lo que implica la disminución de la Zona A1 antes vigente, teniendo como pauta general el concepto de respeto a la vista definida como "Copropiedad del ojo", bien común de la ciudad que debe ser preservado; la definición del "Anfiteatro" en diversos bordes o terrazas de los cuáles uno es el Borde Costero; y el deseo de los habitantes de recuperar el "Paseo por la Costanera". Este Plan Regulador Comunal, aprobado por la RCA N° 23/2005, comenzó su vigencia con la dictación de la Ordenanza N° 190, de 11 de marzo de 2005, que Aprueba la Modificación al Plan Regulador de Valparaíso. Cabe señalar que posteriormente el Plan se modificó mediante Decreto Alcaldicio N° 1023/2009, que aprobó el Plano Seccional del Borde Costero Sector Barón, Planos PSPB-01 y PSPB-02 Sector Muelle Barón, en donde se incorporaron modificaciones referidas al nombre del Paseo Costanera, eliminación de distanciamiento mínimo respecto a los ejes de calles Edwards y Freire, distanciamiento paralelo a Bodega Simón Bolívar de 10 metros, disminución de altura de edificios conectores sobre Paseo Costanera y aumento de altura máxima permitida de edificaciones.

II. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO

SANCIONATORIO ROL D-053-2015

3. Con fecha 10 de noviembre de 2006, la Empresa Portuaria Valparaíso, Rol Único Tributario N° 61.952.700-3, adjudicó a la empresa Plaza Valparaíso S.A., Rol Único Tributario N° 76.677.940-9, la concesión para la recuperación del borde costero de la Región de Valparaíso por medio del desarrollo del proyecto Puerto Barón. Este proyecto se emplaza en la Avenida Errázuriz N° 2291, en la comuna de Valparaíso, correspondiente al predio ROL del Servicio de Impuestos Internos ("SII") 1-126 loteo "Sector Muelle Barón".

4. Con fecha 4 de abril de 2014, Salvador Donghi Rojas presentó una denuncia ante esta Superintendencia del Medio Ambiente, indicando que la Municipalidad de Valparaíso habría incumplido, entre otros aspectos, ciertas obligaciones contempladas en la RCA N° 23/2005 que aprobó el proyecto "Modificación Plan Regulador de la comuna de Valparaíso, Sector Barón". Esta denuncia fue sido complementada posteriormente con fecha 25 de septiembre y 19 de noviembre de 2014. Los hechos denunciados, relevados finalmente en la Formulación de Cargos, esencialmente se refieren a lo siguiente:

5. Primeramente, se denuncia el incumplimiento a la obligación de la Municipalidad de elaborar un Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia para la zona, en coordinación con las autoridades competentes en el plazo indicado en la RCA. Lo anterior, fundado principalmente en que luego del evento acaecido el

27 de febrero de 2010, no se conocen nuevos impactos ambientales ni medidas que se hayan adoptado para controlar o mitigar efectos derivados de sismos y tsunamis en la zona. También se fundamenta en el hecho de que se habrían desconocido las cartas de inundación emitidas por el Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada ("SHOA"), que señalan que el proyecto "Mall Plaza Puerto Barón", quedaría completamente inundado ante un eventual tsunami en el área, impacto que no habría sido evaluado por la autoridad competente.

6. En segundo lugar, se denuncia un incumplimiento de la obligación de entregar como Información Previa de acuerdo al artículo 1.4.4 de la OGUC, a los titulares de los proyectos que vayan a desarrollarse en la zona, un catastro con los restos de naufragios y de estructuras marítimas existentes en el sector El Almendral. Lo anterior se habría producido por cuanto la Dirección de Obras Municipales ("DOM"), no habría elaborado ni acreditado la existencia de este catastro, y por otro lado, no habría informado de la existencia de importante patrimonio arqueológico emplazado en el subsuelo del Sector Barón.

7. Lo anterior se reforzaría en los antecedentes remitidos por el Consejo para la Transparencia, ante las solicitudes de información efectuadas por el denunciante respecto de esta obligación, consistentes en la Resolución de Amparo Rol C-1353-2013, donde se le remitió el Ordinario DAJ N° 616, que indica que *"no existe el documento denominado 'copia del catastro de Arqueología Patrimonial incluido en el anexo de la memoria explicativa de la modificación del plan regulador de Valparaíso, sector Barón, año 2005"*. De igual modo, lo anterior consta en la resolución del mismo organismo administrativo, plasmada en el Oficio N° 000773, de 25 de febrero de 2014, en causa Rol C-1352- 2013, que le indica al Municipio que *"en su calidad de autoridad reclamada, informe el cumplimiento de lo ordenado, pronunciándose expresamente sobre los motivos concretos que justifiquen y fundamenten la inexistencia de la información requerida"*, tras lo cual, con fecha 17 de marzo de 2014, la Municipalidad indicó que *"habiendo sido agotados los medios de búsqueda a nuestra disposición para encontrar la información, se constató que este Servicio no posee la información requerida, toda vez que no ha sido elaborada por la l. Municipalidad de Valparaíso en los términos solicitados"*. En consecuencia, el denunciante indica que las excavaciones y el inicio de faenas de construcción para el proyecto Mall Plaza Puerto Barón, habrían importado, en definitiva, la destrucción de importante patrimonio arqueológico.

8. Producto de lo anterior, con fecha 31 de julio de 2014, personal de la Superintendencia del Medio Ambiente concurrió a fiscalizar el proyecto, relevándose las conclusiones de lo verificado en terreno y del análisis de la información requerida y entregada, en el **Informe de Fiscalización DFZ-2014-411-V-RCA-IA**.

9. Luego, con fecha 25 de septiembre de 2015, por medio del Memorandum DSC N° 485/2015, se designó como Fiscal Instructora del procedimiento sancionatorio, a Camila Martínez Encina, y a Fiscal Instructor Suplente, a Benjamín Muhr Altamirano.

10. Finalmente, con fecha 29 de septiembre de 2015, mediante Res. Ex. N° 1/Rol D-053-2015, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-053-2015, mediante la formulación de cargos en contra de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, en su calidad de titular de la RCA N° 23/2005, que calificó

ambientalmente favorable el proyecto "Modificación Plan Regulador de la Comuna de Valparaíso, Sector Barón". Los cargos sobre los cuales versó la Formulación de Cargos fueron los siguientes:

Tabla N° 1: Cargos formulados en procedimiento sancionatorio ROL D-053-2015

Hechos constitutivos de infracción	Normas, condiciones y medidas infringidas	Clasificación
<p>1. No elaborar el Catastro de Patrimonio Arqueológico, consistente en restos de naufragios y de estructuras marítimas en El Almendral, para que este fuese y sea entregado como Información Previa a los titulares de los proyectos que se van a desarrollar en el área del Sector Barón.</p>	<p>RCA N° 23/2005 <i>"4.4 Con respecto a la generación de los efectos características y circunstancias señalados en la letra f) artículo 11 de la Ley 19.300: Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Sobre el particular debe tenerse presente lo siguiente (...)</i> <i>b) Patrimonio Arqueológico</i> <i>b.1) Los terrenos de la propuesta de modificación presentan un importante patrimonio arqueológico, producto del relleno efectuado para su construcción, el que se realizó, de acuerdo a la información histórica registrada actualmente sobre abundantes restos, entre los que se encuentran: las Obras de canalización del antiguo Estero Las Delicias; Naufragios registrados en el área de relleno (muchos de los cuáles sirvieron de base para su realización); Obras de infraestructura costera (por ejemplo: Muelle de carbón, infraestructura industrial, entre otros); Restos de arqueología histórica (por ejemplo: Antiguas baterías costeras).</i> <i>b.2) Se incorpora como un Anexo en la Memoria Explicativa, Catastro (restos de naufragios y de estructuras marítimas en El Almendral), para que este sea entregado como Información Previa de acuerdo al Artículo 1.4.4 de la O.G.U. y C. a los titulares de los proyectos que se vayan a desarrollar en esta área".</i></p>	<p>Leve</p>
<p>2. No elaborar el Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia para tsunamis, inundaciones y/o sismos que exige la RCA N° 23/2005, debiendo hacerlo.</p>	<p>RCA N° 23/2005 <i>"4.1 Con respecto a la generación de los efectos características y circunstancias señalados en la letra a) artículo 11 de la Ley 19.300: Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos, y</i> <i>Con respecto a la generación de los efectos características y circunstancias señalados en la letra b) artículo 11 de la Ley 19.300: Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire.</i> <i>Sobre el particular debe tenerse presente lo siguiente:</i> <i>a) Riesgos</i> <i>Con respecto al control de riesgos y a la solicitud de presentar un Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia, se señala en Adenda 1, entre otros aspectos, que: Esta es una zona urbana consolidada desde 1930 con sus defensas constituidas. Desde esa fecha no ha habido situaciones de riesgo atribuibles a tsunamis, o inundaciones y tampoco ha sufrido mayores daños por los terremotos de 1939, 1968, 1965, 1971 y 1985. En todo caso la situación está normada por el Plan Intercomunal de Valparaíso (P.I.V.) en el Art. 53 que indica:</i> <i>1. "...En el Área Intercomunal de Valparaíso, los interesados</i></p>	<p>Leve</p>

Hechos constitutivos de infracción	Normas, condiciones y medidas infringidas	Clasificación
	<p><i>deberán presentar Informe de Riesgos al solicitar permiso cuando las construcciones se emplacen adyacentes a ríos, esteros, embalses y/o en el borde del litoral. Dichos informes deberán presentarse en la Dirección de Obras Municipales al momento de solicitarse el respectivo permiso de edificación". (D.I.A. Anexo Artículo 53 del Plan Intercomunal de Valparaíso).</i></p> <p><i>(...) 7. Que, con respecto a lo señalado en el numeral 4.1, referente a Riesgos (Tsunamis, Inundaciones y/o Sismos), el Titular deberá gestionar la elaboración de un Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia para la Zona, en coordinación con las autoridades competentes, el que deberá ser presentado para conocimiento de la COREMA a más tardar 60 días después de la entrada en vigencia de la presente modificación".</i></p>	

Fuente: Resolución Exenta N° 1/ROL D-053-2015

11. Posteriormente, con fecha 15 de octubre de 2015, la Ilustre Municipalidad de Valparaíso presentó un escrito donde solicita la suspensión del procedimiento, en virtud de la tramitación de causas judiciales que indica, hasta la ejecutoriedad de las respectivas sentencias, y en subsidio, solicita ampliación del plazo para presentar un Programa de Cumplimiento y para presentar descargos, en virtud del artículo 42 y 49 de la LO-SMA. En el segundo otrosí del escrito, se solicita tener presente la personería de Christian Paz Becerra, quien suscribió, para representar a la Municipalidad, adjuntándose al efecto copia del Decreto N° 155, de 18 de enero de 2013, reducido a Escritura Pública con fecha 30 de enero de 2013, ante el Notario Marcos Díaz León. Luego, en el tercer otrosí, se solicita tener presente delegación de poder a las abogadas Jeanette Bruna Jara y Francisca Fuenzalida Paralacios, para obrar conjunta o separadamente. Finalmente, en el cuarto otrosí se fija domicilio y se señalan correos electrónicos.

12. Con fecha 21 de octubre de 2015, por medio de la Resolución Exenta N° 2/ROL D-053-2015, se resolvió rechazar la solicitud de suspensión del procedimiento, por considerarse que los procedimientos judiciales indicados trataban materias diversas a las del procedimiento sancionatorio, el cual versa sobre la determinación de infracciones a la RCA N° 23/2005 y no sobre el cumplimiento de la normativa sectorial o sobre la legalidad de un acto emitido por la Dirección de Obras Municipales. Por otra parte, en esta misma Resolución se accedió a la ampliación de plazo solicitada, otorgándose 5 y 7 días hábiles adicionales para la presentación de un Programa de Cumplimiento y descargos, respectivamente. Adicionalmente, se tuvo presente la personería de Christian Paz Becerra para representar a la Municipalidad de Valparaíso, pero por el contrario, se ordenó subsanar la delegación de poderes del escrito de 15 de octubre de 2015, ajustándose a lo indicado en el artículo 22 de la Ley N° 19.880.

13. Luego, el 12 de noviembre de 2015, encontrándose dentro de plazo, la abogada Jeanette Bruna Jara, en representación, según indica, de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, presentó descargos y señala en el primer otrosí, "acompaña documentos", en el segundo otrosí, "solicita diligencias probatorias", y en el tercer otrosí, "ofrece prueba testimonial".

14. Más adelante, con fecha 10 de abril de 2017, por medio del Memorándum D.S.C N° 195/2017, se designó como nueva Fiscal Instructora Titular del presente procedimiento, a Catalina Uribarri Jaramillo, debido a reestructuraciones internas de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente. Asimismo, con fecha 10 de abril de 2017, se emitió la Resolución Exenta N° 3/ROL D-053-2015, que junto con tener por presentado el escrito de descargos, solicita acreditar poder para representar a la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, dando cumplimiento a lo ordenado por la Resolución Exenta N° 2/ROL D-053-2015, o acompañando la personería que corresponda. Asimismo, dicha Resolución accede a la solicitud de diligencia probatoria consistente en *“tener a la vista los antecedentes del expediente de fiscalización de la RCA N° 23/2005”*. Por otro lado, la Resolución rechaza la solicitud de diligencia probatoria consistente en llamar a declarar a los testigos que la Municipalidad individualiza, por haberse articulado la solicitud de forma genérica, sin permitir realizar un análisis de pertinencia y conducencia de la diligencia solicitada, en virtud del artículo 50 de la LO-SMA. Finalmente, se resuelve tener a la vista en el procedimiento, las sentencias de las causas Rol 23110-2014 y 9969-2015, ambas de la Corte Suprema.

15. Finalmente, con fecha 3 de julio de 2017, se dictó la Resolución Exenta N° 4/ROL D-053-2015, que ordena la realización de las siguientes diligencias probatorias: *“a) Oficiar a la Dirección de Obras Municipales de la comuna de Valparaíso, para que remita la siguiente información: Copia de la totalidad de los Certificados de Informaciones Previas emitidos por la Dirección de Obras Municipales de Valparaíso para el sector donde se emplaza el Muelle Barón y donde se están realizando las construcciones asociadas al “Mall Plaza Barón”, desde el año 2011 a la fecha, y todo documento anexo que dichos certificados puedan haber presentado o acompañado”; y “b) Oficiar al actual SEA de la Región de Valparaíso, para que remita la siguiente información: Copia de los documentos y antecedentes de reuniones de coordinación con los organismos respectivos (ONEMI, Gobernación Marítima de Valparaíso, entre otros), presentados por la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, a la entonces COREMA de la Región de Valparaíso, o al actual SEA de la Región de Valparaíso, asociada a la elaboración del Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia para tsunamis, inundaciones y/o sismos, exigido por el considerando 7 de la RCA N° 23/2005 que calificó ambientalmente favorable la DIA del proyecto “Modificación Plan Regulador de la Comuna de Valparaíso, Sector Barón”*.

16. En virtud de lo anterior, con fecha 24 de julio de 2017, el Director Regional del SEA de la Región de Valparaíso, informó acerca de lo solicitado por medio de la Resolución Exenta N° 4/ROL D-053-2015.

17. Luego, con fecha 30 de agosto de 2017, la DOM de Valparaíso remitió el Ordinario N° 1601, que adjunta copia de Certificados de Informaciones Previas solicitados por medio de la Resolución Exenta N° 4/ROL D-053-2015.

18. Cabe consignar, que a la fecha de la presente Resolución Sancionatoria, no se ha enmendado la delegación de poder a la que se refería el escrito de 15 de octubre de 2015, ni tampoco se ha constituido alguna otra personería en el procedimiento, no dándose cumplimiento a lo reiterado por la Resolución Exenta N° 3/ROL D-053-2015. No obstante lo anterior, y en virtud del principio conclusivo, establecido en el artículo 8 de la Ley N° 19.880, de igual forma se analizará el escrito denominado “descargos”

presentado en el presente procedimiento, a fin de ilustrar el análisis que de oficio se realizará para configurar o descartar las infracciones imputadas.

19. Finalmente, con fecha 3 de noviembre de 2017, por medio de la Resolución Exenta N° 5/ROL D-053-2015, se tuvo por cerrada la investigación en el presente procedimiento.

III. DICTAMEN

20. Con fecha 17 de noviembre de 2017, mediante el Memorándum D.S.C. N° 39/2017, la Fiscal Instructora del presente procedimiento sancionatorio derivó a este Superintendente su dictamen, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la LO-SMA.

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

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

22. La sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso expresar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por el que el juez o funcionario público da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él¹.

23. 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”².

¹ Al respecto véase TAVOLARI, Raúl. El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, p. 282.

² Considerando vigésimo segunda sentencia de 24 de diciembre de 2012, Rol 8654-2012, Corte Suprema.

24. Así las cosas, en esta Resolución, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizarán las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valoración de la que se dará cuenta en los capítulos siguientes.

V. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES

25. A continuación, para analizar la configuración de los hechos que se estiman constitutivos de infracción, se procederá a examinar la procedencia de los argumentos esgrimidos en el escrito denominado descargos, tanto de forma general, como para cada uno de los cargos formulados.

Alegaciones Generales respecto de la Formulación de Cargos

26. Como descargo general, primeramente se señala que la Resolución Exenta N° 1/D-053-2015, que formula cargos, adolece de defectos formales incumpliendo el artículo 49 de la LO-SMA, toda vez que (i) No haría una descripción clara y precisa de los hechos que se estiman constitutivos de infracción; (ii) No establecería la fecha en que se estiman haberse cometido las infracciones; y (iii) No señalaría de forma categórica las normas, medidas o condiciones de naturaleza ambiental, eventualmente infringidas.

27. Sobre esto, se debe señalar, por una parte, que en la Formulación de Cargos se describen de forma clara y precisa los hechos que se estiman constitutivos de infracción, tanto en el relato general como en la Tabla N° 1 del Resuelvo I. En efecto, luego de hacer una relación detallada de cómo se ha tomado conocimiento de las hipótesis señaladas en la Formulación de Cargos y de los antecedentes que las sustentan, describe de manera precisa los dos hechos que se estiman constitutivos de infracción, asociando éstos a la respectiva norma, medida o condición infringida –considerandos de la RCA N° 23/2005-, señalándose que estas infracciones estaban establecidas en virtud del artículo 35 a) de la LO-SMA, y expresando la posible sanción a aplicar, al haber sido clasificadas como leves ambas infracciones, en virtud del artículo 36 numeral 3 de la LO-SMA.

28. Por su parte, respecto de la exigencia supuestamente infringida por parte de la SMA de no establecer la fecha en que se estiman haberse cometido las infracciones, se debe señalar que la exigencia de la precisión y claridad de la Formulación de Cargos está impuesta a fin de garantizar la defensa del regulado, por cuanto solo una vez conocidos los hechos concretos que se le imputan como incumplimientos y sus alcances jurídicos, el presunto infractor está en posición de articular una adecuada defensa que abarque todos los puntos de la Formulación de Cargos, lo cual materializará en el escrito de descargos.

29. En este sentido, en el presente procedimiento se ha recibido un escrito de descargos, el cual se refiere a todos y cada uno de los hechos infraccionales imputados, así como su contenido y alcance, más aún, contiene alegaciones genéricas respecto del actuar de esta Superintendencia del Medio Ambiente, y da cuenta de una comprensión de todos y cada uno de los hechos precisos que se han imputado, por lo que

malamente se podría sostener que la Formulación de Cargos del presente procedimiento incumplió los requisitos que impone la LO-SMA y de esa manera socavó los derechos de defensa del presunto infractor. En consecuencia, la Ilustre Municipalidad de Valparaíso estuvo en pleno conocimiento, tanto respecto de los cargos que le fueron imputados, como también de los antecedentes en los cuales se basan.

30. Adicionalmente, el requisito del artículo 49 se refiere a la *“descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación (...)”* (énfasis añadido) como una información adicional que le permite al infractor conocer la manera y el momento en que la Superintendencia tomó conocimiento de los hechos. En este sentido, la Formulación de Cargos señala las fechas en que tomó conocimiento de los hechos objeto de la Formulación de Cargos, hechos que corresponden a omisiones, cuyo cumplimiento entendido como acción positiva es lo que se busca establecer, lo que a la fecha de formular cargos aún no se había verificado.

31. En este orden de ideas, se rechazará la argumentación referida a que la Formulación de Cargos adolece de defectos formales en incumplimiento al artículo 49 de la LO-SMA.

32. En segundo término, como descargo general, se expresa que habría una falta de competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente, respecto al conocimiento de las materias infringidas, que son de naturaleza urbanística.

33. En relación a que la Superintendencia del Medio Ambiente estaría inhibida de conocer las materias infringidas, por tratarse de materias urbanísticas, cabe consignar que la Formulación de Cargos que dio origen al presente procedimiento sancionatorio levanta infracciones a la RCA N° 23/2005, que aprueba la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Modificación Plan Regulador de la Comuna de Valparaíso, Sector Barón”. En consecuencia, y tal como puede verificarse de la sola lectura de la Formulación de Cargos, los hechos infraccionales allí consignados contravienen condiciones de una RCA, de manera que el presente es un procedimiento sancionatorio donde se evalúa el cumplimiento de un instrumento de gestión ambiental, en este caso, de la RCA N° 23/2005, tal como mandata la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. El hecho que dicha RCA tenga un contenido de materias urbanísticas, se debe a la naturaleza de la DIA que en aquella época fue ingresada al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) para su evaluación ambiental, la que se refiere a la modificación de un Plan Regulador, y en este sentido, no se debe desconocer que las condiciones de ordenamiento territorial tienen un sentido ambiental, lo que no se ve mermado por la actual existencia del procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica.

34. En consecuencia, la RCA N° 23/2005, al aprobar una DIA consistente en la modificación a un Plan Regulador Comunal, es uno de los instrumentos de gestión ambiental de competencia de esta Superintendencia del Medio Ambiente, tal como consigna el artículo 35 de la LO-SMA. Es por lo anterior, que los compromisos y obligaciones que el titular de dicha RCA adquirió tienen un contenido ambiental, estando la Superintendencia del Medio Ambiente no sólo facultada para evaluar su cumplimiento, sino obligada a ello por mandato legal.

35. Por último, cabe aclarar que con fecha 26 de enero de 2010, fecha de la publicación de la Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, se dispuso el procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica, encontrándose desde esa fecha en adelante eximidos los Planes Reguladores Comunes a someterse al SEIA, por encontrarse dicha función a cargo del Ministerio sectorial respectivo. No obstante lo anterior, la RCA N° 23, que data del 24 de enero del año 2005, es de competencia de esta Superintendencia del Medio Ambiente, conforme ya se indicó.

36. Luego, se expresa que en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 20.600 que Crea Los Tribunales Ambientales, habría una incompetencia para el conocimiento de hechos anteriores al 4 de marzo de 2013, que corresponde a la fecha de entrada en funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, así, expresa que “[t]odas las posibles infracciones a la RCA 23/2005 que se denunciaron y que son objeto de los cargos, dicen relación con actos emanados de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Valparaíso con anterioridad al 4 de marzo de 2013”. Relaciona esta alegación con los artículos 6 y 7 de la Constitución, que establecen que para actuar válidamente, los órganos del Estado deben hacerlo dentro su competencia y en la forma que prescribe la ley. Relacionada con esta alegación, expresa que las supuestas infracciones se habrían cometido hace más de 3 años, por lo que corresponde aplicar el artículo 37 de la LO-SMA.

37. Asimismo, también se formula una alegación en base al transcurso del tiempo, consistente en que las infracciones se habrían cometido hace más de 3 años, razón por la cual *“debe absolverse a esta parte de los cargos formulados por estar totalmente prescritas las infracciones en que se basan, conforme lo dispuesto en el artículo 39 (SIC) de la Ley Orgánica de la SMA”*, señala.

38. La prescripción de la infracción supone la *“imposibilidad sobrevenida de sancionar una infracción administrativa (...) por el mero transcurso de un lapso determinado de tiempo”*³. Es decir, implica una limitación temporal para el actuar de la Administración en relación a la existencia de una infracción. En este sentido, el artículo 37 de la LO-SMA dispone lo siguiente *“Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas”*.

39. Por su parte, el artículo noveno transitorio de la Ley N° 20.417 dispone que las normas de dicho cuerpo normativo, y por tanto la LO-SMA, *“entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Segundo Tribunal Ambiental”*. Verificada la información institucional del Segundo Tribunal Ambiental⁴, se señala que el 28 de diciembre de 2012, juraron los primeros ministros titulares y suplentes que integraron dicho Tribunal ante el Presidente de la Corte Suprema.

³ REBOLLO, Manuel; IZQUIERDO Manuel; ALARCÓN Lucía y M^a BUENO, Antonio. “Derecho Administrativo Sancionador”. Colección El Derecho Administrativo en la jurisprudencia. Lex Nova. 1era Edición, 2010, p. 863.

⁴ Disponible en <http://www.tribunalambiental.cl/informacion-institucional/sobre-el-tribunal-ambiental/historia/> Consultado en línea el 11 de mayo de 2017.

40. Se hace presente que se analizarán en lo sucesivo las alegaciones generales de competencia temporal y de prescripción, para cada uno de los cargos.

Cargo N° 1 “No elaborar el Catastro de Patrimonio Arqueológico, consistente en restos de naufragios y de estructuras marítimas en El Almendral, para que este fuese y sea entregado como Información Previa a los titulares de los proyectos que se van a desarrollar en el área del Sector Barón”

41. Este cargo infringe, conforme da cuenta la Formulación de Cargos, la siguiente condición de la RCA N° 23/2005: *“Se incorpora como un Anexo en la Memoria Explicativa, Catastro (restos de naufragios y de estructuras marítimas en El Almendral), para que este sea entregado como Información Previa de acuerdo al Artículo 1.4.4 de la O.G.U. y C [SIC] a los titulares de los proyectos que se vayan a desarrollar en esta área”* (énfasis añadido).

Consideraciones Preliminares y Naturaleza de la Imputación

42. Respecto de este cargo, preliminarmente se debe señalar que el artículo 1.4.4 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (“OGUC”), señala, esencialmente, que *“La Dirección de Obras Municipales, a petición del interesado, emitirá, en un plazo máximo de 7 días, un Certificado de Informaciones Previas, que contenga las condiciones aplicables al predio de que se trate, de acuerdo con las normas urbanísticas derivadas del Instrumento de Planificación Territorial respectivo (...)”* (énfasis añadido). En atención a ello, el hecho de referirse el considerando infringido concretamente al Certificado de Informaciones Previas (“CIP” o “Certificado) como acto administrativo que emite la Dirección de Obras Municipales, no ha sido controvertido y así se considerará.

43. Ahora, en cuanto a la naturaleza de esta imputación, esta es una infracción de carácter permanente en el tiempo, de aquellas que mantienen una situación antijurídica hasta que se cumple la obligación. En efecto, en este caso, el no poner a disposición de los desarrolladores de proyectos la información arqueológica existente, como información previa, constituye una omisión y por ende *“crea una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el autor cambia su conducta”*⁵, y en consecuencia, la fecha de cada Certificado determina el inicio del incumplimiento, toda vez que no se adjuntó la información arqueológica a la que se estaba obligado, omisión que se mantiene en el tiempo hasta la Formulación de Cargos de 29 de septiembre de 2015.

Antecedentes Documentales Cargo N° 1

⁵ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador” 5° Ed. Madrid, Editorial Tecnos (2012) p. 493. Citado en Sentencia de 30 de julio de 2015 ROL R-33-2014 Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, considerando octavo.

44. En la revisión de los antecedentes documentales acompañados en la primera presentación del denunciante, se tomó conocimiento del Certificado de Informaciones Previas asociado al predio objeto de la denuncia –Avenida Errázuriz Rol de Avalúo N° 1-126- correspondiente al Certificado N° 171, de fecha 17 de febrero de 2011. Cabe mencionar, a su vez, que el Certificado de Avalúo Fiscal para el ROL 1-126 está dado para la propiedad “Vía Férrea Freire-Barón”, por lo que se verifica que corresponde a la zona donde se ubica el proyecto Mall Muelle Barón.

45. Luego, en respuesta a la diligencia probatoria decretada con fecha 3 de julio de 2017, por medio de la Resolución Exenta N° 4/ROL D-053-2015, la DOM de Valparaíso acompañó por medio del Ordinario N° 1601, del 30 de agosto de 2017, copia de 20 Certificados de Informaciones Previas, otorgados para “las construcciones asociadas al mall barón”, según indica en el listado de su respuesta. En consecuencia, para todos los efectos, se tendrá en relación a los Certificados de Informaciones Previas, esta información como la más actualizada disponible, para en virtud de ella hacer el análisis de configuración de la infracción imputada en el Cargo N° 1. El detalle de lo acompañado es el siguiente:

Tabla N° 2: Certificados de Informaciones Previas Sector Muelle Barón

Certificado de Informaciones Previas	Fecha	Rol predio	Dirección	Acápite “Normas urbanísticas (Condiciones que acompaña)”	Observación
171	17 de febrero de 2011	1-126	Av. Errázuriz 2291	Zona A3-1 Área V-9: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1202	20 de octubre de 2011	1-21	Av. Errázuriz S/N	Zona B1-1 Área V-11 Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1203	19 de octubre de 2011	1-22	Av. Errázuriz 2495	Zona B1-1 Área V-11 Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1204	20 de octubre de 2011	1-24	Av. Errázuriz S/N	<ul style="list-style-type: none"> Zona B1-1 ICH Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04 Ficha Técnica Inmuebles y espacios públicos relevantes insertos en el área de postulación “Zona Muelle 	Acompaña ficha técnica de inmueble como documento independiente anexo al CIP.

Certificado de Informaciones Previas	Fecha	Rol predio	Dirección	Acápites "Normas urbanísticas (Condiciones que acompaña)"	Observación
				Barón Bodega Simón Bolívar".	
1205	20 de octubre de 2011	1-124	Av. Errázuriz S/N	Zona B1-1 Área V-11 Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1206	20 de octubre de 2011	1-123	Av. Errázuriz S/N	Zona A3-1 Área V-9: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1207	19 de octubre de 2011	1-3	Antonio Varas 2	Zona A3-1 Área V-9: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1208	19 de octubre de 2011	1-32	Av. Errázuriz S/N	Zona B1-1 Área V-13: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1209	20 de octubre de 2011	1-33	Av. Errázuriz S/N	Zona B1-1 Área V-13: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1210	20 de octubre de 2011	1-35	Av. Errázuriz 2605	Zona B1-1 Área V-13: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1211	20 de octubre de 2011	1-168	Av. Errázuriz 2461	Zona B1-1 Área V-13: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1212	20 de octubre de 2011	1-169	Acceso Simón Bolívar S/N	Zona B1-1 Área V-13: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-

Certificado de Informaciones Previas	Fecha	Rol predio	Dirección	Acápites "Normas urbanísticas (Condiciones que acompaña)"	Observación
1213	20 de octubre de 2011	1-170	Av. Errázuriz S/N	Zona B1-1 Área V-11: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1214	20 de octubre de 2011	1-171	Av. Errázuriz S/N	Zona A3-1 Área V-9: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
1215	20 de octubre de 2011	1-172	Acceso Simón Bolívar S/N	Zona B1-1 Área V-13: Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04	-
681	26 de junio de 2012	1-4	Sector Puerto S/N	<ul style="list-style-type: none"> Zona A1 Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04 Indica, sin acompañar, "Consultar anexo de memoria que da indicaciones para intervenciones en ZCH. Se adjunta ficha ICH". 	Documento no tiene firma ni timbres.
685	26 de junio de 2012	1-5	Muelle Prat S/N	<ul style="list-style-type: none"> Zona A1 Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04 Indica, sin acompañar, "Consultar anexo de memoria que da indicaciones para intervenciones en ZCH. Se adjunta ficha ICH". 	Documento no tiene firma ni timbres.
686	26 de junio de 2012	1-6	Muelle Prat S/N	<ul style="list-style-type: none"> Zona A1 Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 	Documento no tiene firma ni timbres.

Certificado de Informaciones Previas	Fecha	Rol predio	Dirección	Acápites "Normas urbanísticas (Condiciones que acompaña)"	Observación
				<p>137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04</p> <ul style="list-style-type: none"> Indica, sin acompañar, "Consultar anexo de memoria que da indicaciones para intervenciones en ZCH. Se adjunta ficha ICH". 	
687	26 de junio de 2012	1-7	Muelle Prat S/N	<ul style="list-style-type: none"> Zona A1 Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04 Indica, sin acompañar, "Consultar anexo de memoria que da indicaciones para intervenciones en ZCH. Se adjunta ficha ICH". 	Documento no tiene firma ni timbres.
1261	13 de noviembre de 2012	1-3	Av. Errázuriz S/N	<p>Zona A3-1 Área V-9 Plan regulador Valpo. D.S N° 26 MINVU de 8.02.84-D.O de 17.04 Declar. Zonas e inmue. Cons. Hist. Cerro Anfiteatro, Plan, Borde Mar y Alcantil. PRV-01 y 02 modif. D.A N° 137 de 10.02.04-D.O de 16.02.04</p>	-

Fuente: Ordinario N° 1601 DOM Valparaíso

46. Como se aprecia, conforme al tenor de la solicitud efectuada a la DOM de Valparaíso, cada certificado viene con documentación anexa, la cual se encuentra individualizada en la penúltima columna de la Tabla N° 2, no encontrándose en ninguno de estos anexos, información relativa al catastro arqueológico.

Alegaciones Generales de Prescripción y Competencia Temporal para el Cargo N° 1

47. Como se indicó en el considerando 40 de esta Resolución, abordando las alegaciones relativas al transcurso del tiempo, se debe señalar que este Superintendente entiende que el cargo N° 1 de "No elaborar el Catastro de Patrimonio Arqueológico, consistente en restos de naufragios y de estructuras marítimas en El Almendral, para que este fuese y sea entregado como Información Previa a los titulares de los proyectos que se van a desarrollar en el área del Sector Barón", es la infracción a una obligación que persiste en el tiempo, no obstante haberse dictado un Certificado de Informaciones Previas para el sector, primeramente, en el año 2011. En efecto, entendiéndose que el Certificado de Informaciones Previas no es un acto inmutable ni tampoco importa derechos adquiridos a sus destinatarios⁶⁻⁷, y

⁶ Dictámenes Contraloría General de la República N° 45377 de 2012, y 3089 de 2012.

⁷ FIGUEROA, Patricio y FIGUEROA Juan. "Urbanismo y Construcción", Thomson Reuters, Segunda Edición, año 2016, p.221.

que la obligación subsiste, se pudo y se puede dictar un Certificado de Informaciones Previas que sí acompañe la información del Catastro, la cual siempre estuvo disponible en la RCA de la DIA de la Modificación del Plan (específicamente en el anexo 4 de la Adenda N° 1).

48. Por lo tanto, acorde lo señalado precedentemente, en relación a las alegaciones generales de prescripción y competencia de temporalidad, la infracción tiene la naturaleza de una omisión, siendo por tanto permanente, de manera que ello influye en la aplicación de la regla de la prescripción, tal como lo ha establecido el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago⁸. Así, el cómputo del plazo del artículo 37 se iniciará cuando la situación antijurídica generada por la omisión haya cesado, pero manteniéndose dicha situación al momento de la Formulación de Cargos, y al analizar la información remitida por la DOM de Valparaíso a lo largo del procedimiento, dicha situación aún no se ha subsanado, pudiendo hacerse. En otras palabras, el término del plazo de prescripción no ha empezado a correr. Por otro lado, al mantenerse esta situación antijurídica en el tiempo, hasta al menos la Formulación de Cargos, la SMA es competente para conocer de ella.

Carácter Modificable del Certificado de Informaciones Previas

49. En efecto, como se ha sostenido hasta aquí, esta obligación es subsanable, y al respecto se deben distinguir dos escenarios distintos, en que igualmente tiene sentido que la obligación sea cumplida con posterioridad. Así, en un escenario relacionado concretamente con la construcción del Mall Barón, hecho que en definitiva motivó las denuncias ciudadanas interpuestas, no solo tiene sentido contar con esta información arqueológica, sino que se hace necesario, toda vez que con las excavaciones desarrolladas para esta construcción es que se visualizaron secciones de línea férrea y estructuras metálicas. Por su parte, también tiene sentido que se emita un Certificado de Informaciones Previas con la información del catastro, en un escenario al margen de la construcción del Mall, entendiéndose que en la zona eventualmente se pueden desarrollar otros proyectos, para los cuales, igualmente será necesario contar con dicha información. Es más, haciendo una lectura armónica de la RCA, el cumplimiento de esta obligación tiene sentido que sea en el Certificado de Informaciones Previas, ya que se busca que se conozca la presencia de material arqueológico relevante en el sector, de forma previa a la realización de cualquier actividad que modifique el lugar, tales como obras de construcción. Lo anterior además puede ser particularmente relevante, ya que este tipo de información es esencial para, por ejemplo, determinar si un determinado proyecto tiene la aptitud de generar los efectos del artículo 11 letra f) de la Ley N° 19.300, y de esa forma debiera ingresar al SEIA por medio de un Estudio de Impacto Ambiental.

50. Todo lo anteriormente señalado se basa en que el Certificado de Informaciones Previas es un acto modificable en la medida que no se ajuste al ordenamiento jurídico, y en ese sentido, puede volverse a emitir a objeto que en él se incorpore toda la información disponible y relevante, que tuvo que haberse acompañado. La circunstancia de dictarse posteriormente un nuevo Certificado, no impacta de forma determinante el desarrollo de un proyecto, puesto que el Certificado de Informaciones Previas precisa y reúne las condiciones aplicables a un determinado predio, donde se ha de construir eventualmente. En este sentido, estas condiciones, normas e información urbanística pre existen

⁸ Ver sentencia de 30 de julio de 2015 ROL R-33-2014 Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

en el determinado Instrumento de Planificación Territorial, viniendo el CIP a ordenarlas y precisarlas. De ahí que, el hecho que en un Certificado de Informaciones Previas se omita información que de hecho consta en el Plan Regulador, no significa que dicha información no exista, o se deba obviar, lo cual sería un absurdo que le quitaría eficacia a las normas que se fijan en un Plan Regulador, condicionándolas a su reconocimiento posterior en un acto administrativo emitido por la DOM respectiva.

51. Así, el hecho de dictarse un nuevo Certificado, con el objeto de que este segundo acto contenga toda la información que ya existe, y que por un error se excluyó, no puede significar una vulneración al particular que ya obtuvo un Certificado.

52. En otro orden de ideas, tampoco se afectaría el desarrollo del proyecto, ya que el Certificado no es un acto administrativo de carácter o naturaleza decisoria en el *iter* procedimental de otorgamiento de permisos que efectúa la Dirección de Obras Municipales, sino que corresponde a un acto de constancia o conocimiento, es decir, que manifiesta o constata un hecho, no teniendo por tanto, una naturaleza decisoria o autorizatoria, ni mucho menos en todo evento favorable al particular.

53. En consecuencia, un Certificado de Informaciones Previas puede modificarse en el sentido de dictarse otro, máxime cuando no es que él dé cuenta de una información errada, sino que omita información que está disponible, siendo lo anterior una omisión subsanable, que no importaría grandes esfuerzos para la Administración.

Descargos Específicos para el Cargo N° 1

54. Luego, en relación a este hecho infraccional, como descargo específico, se indica en el escrito denominado descargos que no se señala ninguna condición, norma o medida medioambiental infringida. Desde ya se señala que la Municipalidad yerra en lo anterior, por cuanto en la Formulación de Cargos, específicamente en la Tabla N° 1, se señala que la norma, condición o medida infringida es el considerando 4.4 letra b.2) de la RCA N° 23/2005, en cuanto señala que *"Se incorpora como un Anexo en la Memoria Explicativa, Catastro (restos de naufragios y de estructuras marítimas en El Almendral), para que este sea entregado como Información Previa de acuerdo al Artículo 1.4.4 de la O.G.U. y C. (SIC) a los titulares de los proyectos que se vayan a desarrollar en esta área"*.

55. Seguidamente, se señala que la *"no elaboración"* del catastro de patrimonio arqueológico no es una obligación de la Municipalidad, indicándose que *"Lo que sucedió fue que durante el proceso dicho proceso, el Concejo (SIC) de Monumentos Nacionales señaló contar con un catastro de restos arqueológicos de la bahía (no solo del sector Barón), expresando que sería interesante que de alguna forma esto se incorporase dentro de los antecedentes del plan regulador. Así fue que, en respuesta a una adenda del proceso de evaluación de impacto ambiental, la Municipalidad decide acoger esa propuesta, y recibió el catastro que previamente poseía el Consejo para incorporarlo a la Memoria del Plan Regulador como un anexo"*. Finalmente, señala que lo anterior se verifica ya que en el expediente de

evaluación aparece como un anexo a la memoria un archivo titulado "La Conquista del Borde Costero".

56. En relación a lo indicado, la Municipalidad está en lo correcto respecto de la parte del cargo que señala "elaborar", puesto que efectivamente no habría podido elaborar una información que de hecho ya existía y que siempre estuvo disponible en el expediente de evaluación de la RCA de la modificación del Plan. No obstante lo anterior, el resto del cargo subsiste, esto es, lo relacionado con "entregar" como información previa a los titulares de proyectos que se vayan a desarrollar en esta área, la información arqueológica, ya que conforme se indicó precedentemente, a la fecha, y revisados los Certificados de Información Previa otorgados para el sector, en ninguno de ellos se adjuntaba o se aludía al Catastro Arqueológico. Por lo demás, es en verdad esta acción la que reviste de mayor relevancia desde un punto de vista ambiental, puesto tiene un carácter eminentemente preventivo, en relación a las actividades constructivas que modifiquen el entorno.

57. Adicionalmente, la Municipalidad no logra señalar de manera concreta en su escrito denominado descargos, ni tampoco logra probar que dicha información fue entregada en los Certificados de Informaciones Previas, por cuanto se limita a señalar que *"De esta forma, las obligación (SIC) asumida por la Municipalidad era incluir en la ordenanza el artículo, tal como se hizo, estableciendo incluso que la Dirección de Obras (DOM) debía dejar constancia de la existencia (no elaboración) del catastro en el "certificado de condiciones previas" (no dice de informaciones previas). Así entonces, necesario es concluir que la obligación medioambiental relacionada a la RCA fue debidamente cumplida, con independencia del curso que tomara posteriormente la conducta de la Dirección de Obra en orden a cumplir o no la norma urbanística fijada en el referido artículo (análisis que en todo caso escapa al ámbito competencial de la SMA)"* (énfasis añadido).

58. Luego, como otro descargo específico, el referido escrito señala que *"es necesario hacer presente que incluso si se analiza el actuar de la DOM desde una perspectiva urbanística, aparece también ajustado a derecho en este último punto, toda vez que tal como lo señala latamente el Ministerio de Vivienda y Urbanismo en su Ordinario N° 0466 de 2009 -que se acompaña- dirigido a todas las Seremias, determinó que era ilegal incorporar menciones que no estuvieran contempladas en la ley"*. Esta argumentación se refiere a un instructivo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo ("MINVU") contenido en el Ordinario N° 466, de 16 de septiembre de 2009, dirigido a las SEREMIS del dicho Ministerio. La materia de dicho instructivo es informar las *"medidas que deberán adoptar las SEREMIS respecto de la formulación, revisión y proceso de aprobación de los planes reguladores"*. En efecto, el instructivo señala que en los casos de formulación o modificación de los planes reguladores de nivel comunal, la SEREMI del MINVU deberá ceñirse a lo regulado por la LGUC y la OGUC, no pudiéndose regular disposiciones que no sean normas urbanísticas. Con esto, la Municipalidad sostiene una absoluta dicotomía entre lo ambiental y lo urbanístico, pero esta diferencia no es una oposición absoluta, pues de hecho, como se sostiene a lo largo de esta Resolución, lo urbanístico tiene contenido ambiental. Por otra parte, al sostener lo anterior, en ningún momento esta Superintendencia está pretendiendo arrogarse competencias ajenas, en este caso de la Dirección de Obras Municipales, sino hacer cumplir la obligación urbanística y ambiental que en este caso se ha infringido y que consta en una RCA.

59. En este sentido, se debe aclarar que el Catastro de Restos Arqueológicos, al estar incorporado como un Anexo a la Memoria Explicativa de la Modificación del Plan Regulador Comunal, es parte integrante de dicho Plan, pasando a ser, por tanto, información urbanística para todos los efectos, aunque de contenido ambiental acorde con la definición de Medio Ambiente entregada por la Ley N° 19.300, y a mayor abundamiento por haber pasado por el SEIA.

60. Adicionalmente, el instructivo invocado indica que en el marco de la evaluación de planes comunales o intercomunales en el SEIA, la SEREMI de MINVU, sujeto destinatario de dicho instructivo, debe indicarle en dicha instancia a los organismos del Estado, que los Instrumentos de Planificación Territorial ("IPT") se encuentran limitados a aspectos urbanísticos. Con respecto a esto último, debe indicarse que durante la evaluación ambiental de la DIA de la modificación al Plan Regulador Comunal de Valparaíso, no figuran antecedentes de que la SEREMI del MINVU haya observado la disposición que finalmente quedó como condición de la RCA, consistente en la obligación de informar el Catastro Arqueológico, por lo que no habiendo reparado en ello el organismo destinatario del Ordinario N° 466, no puede hacerlo esta SMA, apartándose de su función de evaluación de cumplimiento de la RCA N° 23/2005.

61. En este sentido, no resulta admisible la alegación consistente en que *"si no es norma urbanística entonces no puede exigirse que se informe en el certificado de informaciones previas que solo puede incluir normas urbanísticas y esto no lo es, fue una mención que se hizo de buena crianza en la evaluación de impacto ambiental del plan regulador, pero por ley la Municipalidad no está autorizada para decir en el certificado de informaciones previas que existe un catastro"*, toda vez que la Municipalidad busca desconocer la obligatoriedad de la RCA que aprobó la modificación a su Plan Regulador, lo cual no es aceptable. Adicionalmente, como ya se ha indicado, toda disposición de la RCA que aprobó la Modificación del Plan, debe ser cumplida por parte de la Municipalidad.

62. A mayor abundamiento, sobre este punto, el artículo 116 de la LGUC, dispone lo siguiente *"La Dirección de Obras Municipales, a petición del interesado, emitirá un certificado de informaciones previas que contenga las condiciones aplicables al predio de que se trate, de acuerdo con las normas urbanísticas derivadas del instrumento de planificación territorial respectivo. El certificado mantendrá su validez mientras no se modifiquen las normas urbanísticas, legales o reglamentarias pertinentes. Los certificados de informaciones previas que se otorguen respecto de los lotes resultantes de subdivisiones afectas y loteos con urbanización garantizada mantendrán su vigencia mientras no se modifiquen el plano de subdivisión, loteo o urbanización, o las normas urbanísticas legales o reglamentarias"* (énfasis añadido). Por su parte, la OGUC, en su artículo 1.4.4, dispone lo siguiente *"La Dirección de Obras Municipales, a petición del interesado, emitirá, en un plazo máximo de 7 días, un Certificado de Informaciones Previas, que contenga las condiciones aplicables al predio de que se trate, de acuerdo con las normas urbanísticas derivadas del Instrumento de Planificación Territorial respectivo. En caso que la citada Dirección no cuente con información catastral sobre el predio, el plazo máximo para emitir el certificado será de 15 días"* (énfasis añadido). En consecuencia, el Certificado de Informaciones Previas, *"fija las normas urbanísticas aplicables a un inmueble,*

derivadas del instrumento de planificación territorial respectivo o de las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes”⁹.

63. Ahora bien, lo cierto es que estas “normas urbanísticas”, están definidas por la propia normativa, específicamente el artículo 116 de la LGUC, dispone que son **“aquellas contenidas en esta ley, en su Ordenanza General y en los instrumentos de planificación territorial que afecten a edificaciones, subdivisiones, fusiones, loteos o urbanizaciones, en lo relativo a los usos de suelo, cesiones, sistemas de agrupamiento, coeficientes de constructibilidad, coeficientes de ocupación de suelo o de los pisos superiores, superficie predial mínima, alturas máximas de edificación, adosamientos, distanciamientos, antejardines, ochavos y rasantes, densidades máximas, estacionamientos, franjas afectas a declaratoria de utilidad pública y áreas de riesgo o de protección”**. En el mismo sentido, lo precisa el artículo 1.1.2 de la OGUC, indicando que corresponden a **“todas aquellas disposiciones de carácter técnico derivadas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones de esta Ordenanza y del Instrumento de Planificación Territorial respectivo aplicables a subdivisiones, loteos y urbanizaciones tales como, ochavos, superficie de subdivisión predial mínima, franjas afectas a declaratoria de utilidad pública, áreas de riesgo y de protección, o que afecten a una edificación tales como, usos de suelo, sistemas de agrupamiento, coeficientes de constructibilidad, coeficientes de ocupación de suelo o de los pisos superiores, alturas máximas de edificación, adosamientos, distanciamientos, antejardines, ochavos y rasantes, densidades máximas, exigencias de estacionamientos, franjas afectas a declaratoria de utilidad pública, áreas de riesgo y de protección, o cualquier otra norma de este mismo carácter, contenida en la Ley General de Urbanismo y Construcciones o en esta Ordenanza, aplicables a subdivisiones, loteos y urbanizaciones o a una edificación”** (énfasis añadido). En consecuencia, estas normas urbanísticas que son el contenido del CIP, corresponden a disposiciones derivadas de la normativa técnica urbanística pero también a disposiciones que ya se contengan en el respectivo IPT. Por lo tanto, el catastro arqueológico es parte del Plan, al ser parte de su Memoria, pero además, al constar en la RCA de dicho Plan la obligación de incorporarlo en el Certificado de Informaciones Previas, es normativa urbanística, porque es un elemento que preexiste en el Instrumento de Planificación Territorial aplicable y respecto del cual figura una obligación en un instrumento de gestión ambiental que fue evaluado.

64. Lo anterior no necesariamente supone la creación de una área de protección, como entiende la Municipalidad cuando señala que *“En este sentido se debe recordar que dentro de las normas urbanísticas, en lo que interesa a esta presentación, no existe legalmente dentro de las áreas de protección de recursos de valor natural la denominada “zona de patrimonio arqueológico” y por tanto, no resultaba procedente que el PRC inventara una zona de protección no contemplada en la ley”*. La infracción cuya configuración la Municipalidad pretende desvirtuar, por el contrario, dice relación con la entrega como información previa, del Catastro de Restos Arqueológicos y no con declarar o crear una determinada zona.

65. Por otra parte, hay otras normas que consideran la emisión de estos Certificados para otros efectos informativos, como es el caso de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, que Establece la Norma de Emisión de Ruidos, cuando indica que *“En caso de ser necesario, corresponderá a la Dirección de Obras de la Municipalidad respectiva, conforme a lo establecido en la Ordenanza*

⁹ FIGUEROA, Patricio y FIGUEROA Juan. “Urbanismo y Construcción”, Thomson Reuters, Segunda Edición, año 2016, p.218.

General de Urbanismo y Construcciones, certificar la zonificación del emplazamiento del receptor mediante el Certificado de Informaciones Previas (...)". Por lo tanto, la incorporación en el Certificado de Informaciones Previas de materias que no están listadas en el artículo 1.1.2. de la OGUC, es una circunstancia regulada y conocida por el legislador.

66. A mayor abundamiento, las anteriores son alegaciones de *lege ferendae*, exógenas a la evaluación de cumplimiento de la obligación de la RCA, que se refieren en definitiva, a su exigibilidad, y no a desvirtuar la imputación, o en otras palabras, a probar el hecho positivo que lo desvirtúe. Por lo tanto, la aplicación del instructivo, sus alcances y su valor jurídico, no resultan relevantes para configurar la infracción del Cargo N° 1.

67. En conclusión, analizados los descargos que para esta infracción se señalaron, así como la prueba que consta en el procedimiento, el Cargo N° 1 se encuentra configurado, en la parte de "entregar" la información del Catastro Arqueológico, como información previa a los titulares de los proyectos que se van a desarrollar en el área del Sector Barón, ya que de todos los CIP que figuran otorgados para el sector del Muelle Barón, ninguno acompaña esta información (Ver Tabla N° 2).

68. A mayor abundamiento, en los documentos entregados por la propia DOM de Valparaíso, señalados en la Tabla N° 2, se observa que para el CIP N° 1204 se acompaña un documento anexo e independiente, correspondiente a "Ficha Técnica Inmuebles y Espacios Públicos". De lo anterior se concluye que el hecho de anexar información a un Certificado de Informaciones Previas, de forma que complementa su contenido y entregue información adicional a sus destinatarios, es una práctica de hecho utilizada por la DOM de Valparaíso, acorde con los antecedentes entregados por la misma.

69. A modo de síntesis, y de acuerdo a lo señalado en general en el escrito denominado descargos, para efectos de esta infracción la Municipalidad nunca llegó a probar en este procedimiento el hecho positivo consistente en haber cumplido la obligación, desvirtuando de esta forma el hecho infraccional, que al ser una omisión tiene un carácter de hecho negativo, ni tampoco entregó información que permita sostener que intentó el cumplimiento de la obligación, de alguna forma. En este sentido, no corresponde discutir el alcance –o reducirlo a lo que se entiende por normas urbanísticas- de un Plan Regulador Comunal que además fue evaluado en el SEIA.

Cargo N° 2 "No elaborar el Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia para tsunamis, inundaciones y/o sismos que exige la RCA N° 23/2005, debiendo hacerlo"

70. Este cargo se origina por la infracción a la obligación del considerando 7 de la RCA N° 23/2005, que dispone lo siguiente "*Con respecto a lo señalado en el numeral 4.1, referente a Riesgos (Tsunamis, Inundaciones y/o Sismos), el Titular deberá gestionar la elaboración de un Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia para la Zona, en coordinación con las autoridades competentes, el que deberá ser presentado para conocimiento de la COREMA a más tardar 60 días después de la entrada en vigencia de la presente modificación*" (énfasis añadido).

Naturaleza de la Imputación

71. Como se desprende de su lectura, la presente es una infracción de carácter permanente, por cuanto se refiere a una omisión.

72. Concretamente, la elaboración de un Plan que permita hacer frente a eventuales riesgos naturales, es una obligación que, pese a tener indicada un plazo suspensivo para su cumplimiento, tiene sentido y razonabilidad que sea cumplida igualmente de forma posterior a dicho plazo, por cuanto de igual manera estaría protegiendo lo que el instrumento de gestión ambiental busca; la salud de la población ante una eventual situación de riesgo como tsunamis, inundaciones o sismos.

Alegaciones Generales de Prescripción y Competencia Temporal para el Cargo N° 1

73. A raíz de lo señalado en los dos puntos precedente, respecto de la naturaleza de la infracción, se reproducen las consideraciones que al respecto de la naturaleza de la infracción y respecto de la aplicación de la prescripción y competencia temporal de esta SMA, se indicaron para el Cargo N° 1.

74. Dicho lo anterior, a continuación se analizarán los argumentos que en específico y de forma subsidiaria se formularon para desvirtuar este hecho.

Descargos Específicos para el Cargo N° 2

75. Las alegaciones señaladas en el escrito denominado descargos, para este hecho señalan que, *“Este cargo es improcedente y carece de efectividad en razón de que tal como consta de los antecedentes allegados al proceso de fiscalización de la RCA 23/2005, la Municipalidad acompañó el Plan de Prevención de Riesgos elaborado, e incluso su aplicación se puede apreciar en cualquier recorrido que se haga por las calles de Valparaíso en que se pone en práctica mediante diversas señalizaciones”*.

76. En consecuencia, para este cargo, consta una alegación que contraviene el hecho infraccional, alegándose el hecho positivo de su cumplimiento, por lo que se deberá analizar si este hecho efectivamente se encuentra probado en el procedimiento, y, si una vez probado, cumple con el estándar que exige la RCA.

77. Así, en el análisis de este descargo se identificaron tres instancias en las cuales era posible verificar el cumplimiento de esta obligación, uno es el requerimiento de información efectuado con fecha 31 de julio de 2014, en la inspección ambiental; otro es la revisión de los documentos contenidos en la pestaña “Seguimiento y Fiscalización” de la RCA N° 23/2005, de la página web del Servicio de Evaluación Ambiental; y el tercero es de la revisión de la documentación remitida por el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso, en respuesta a la diligencia probatoria decretada por medio de la Resolución Exenta N° 4/ROL D-053-2015.

Antecedentes documentales Cargo N° 2

78. En efecto, en respuesta al requerimiento de información de 31 de julio de 2014, se acompañó en el Ordinario N° 416, de 14 de agosto de 2014, de la Municipalidad de Valparaíso, el documento "Síntesis de protección Civil y Comunal del departamento de Emergencia Comunal, referido a la materia de la consulta, y para la zona de barón, entre otras". Este documento, sin fecha de emisión, suscrito por el Departamento de Emergencia Comunal de Valparaíso, de la Municipalidad, corresponde a una presentación de 15 páginas que dataría de una fecha posterior al año 2010, por cuanto incorpora elementos asociados al evento sísmico ocurrido con fecha 27 de febrero de 2010, y que no tiene ningún timbre estampado de recepción de oficina de partes de algún órgano de la Administración del Estado. El documento tiene información sintetizada bajo un formato de presentación "Power Point", que daría cuenta de las medidas tomadas luego del terremoto de 2010, y de la señalética existente en el sector. Cabe mencionar que este mismo documento es acompañado en el escrito denominado descargos.

79. Por otra parte, en el marco de la valoración de los medios de prueba existentes para configurar la infracción, en armonía con la diligencia probatoria solicitada y decretada por medio de la Resolución Exenta N° 3/ROL D-053-2015, se revisaron los antecedentes asociados al expediente de la evaluación ambiental de la RCA N° 23/2005, en específico en cuanto al seguimiento y fiscalización del proyecto, y se verificó que se encuentran cargados los siguientes documentos:

- A.V. Ordinario N° 210 de fecha 18 de abril de 2005, de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso.
- Of. Ordinario N° 825 de fecha 18 de agosto de 2005 de la COREMA de la región de Valparaíso.
- AIMV.: N° 640 de fecha 22 de septiembre de 2005, de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso.
- A.V. Ordinario N° 01-679 de fecha 14 de octubre de 2005, de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso y documento adjunto ("Plan de Prevención de Riesgo para Puerto Barón y Plan de Prevención de Riesgo para la Ciudad de Valparaíso, como base preliminar para el Plan Pedido").

80. Respecto de este último antecedente, el Ordinario A.V. N° 01-679, de 14 de octubre de 2005, suscrito por el Alcalde de Valparaíso, con timbre de ingreso a la entonces Comisión Nacional del Medio Ambiente de la V Región, da cuenta de una primera versión del documento "Plan de Prevención de Riesgos para Puerto Barón (sismos, tsunamis, inundaciones e incendios)", en conjunto con el Plan de Prevención de Riesgos para la Ciudad de Valparaíso. Este Plan, que está elaborado bajo un formato de protocolo, describe tareas a desarrollar en diferentes momentos de una emergencia, para diferentes actores, tales como residentes, trabajadores y administradores de espacios públicos del sector. Adicionalmente, contiene anexos con indicaciones generales de cómo enfrentar cada una de estas

situaciones. Por tanto, este documento del año 2005, es diverso a lo acompañado por la Municipalidad con fecha 14 de agosto de 2014 y en los descargos de fecha 12 de noviembre de 2015, y señalado en el considerando 78 de la presente Resolución.

81. En tercer lugar, con el objeto de acceder a la totalidad de la información disponible, bajo el supuesto de que eventualmente el expediente electrónico de la evaluación ambiental de la RCA N° 23/2005, pudiera no estar completo, se requirió por medio de la Resolución Exenta N° 4/ROL D-053-2015, que el SEA de la Región de Valparaíso remitiera la siguiente información: *"Copia de los documentos y antecedentes de reuniones de coordinación con los organismos respectivos (ONEMI, Gobernación Marítima de Valparaíso, entre otros), presentados por la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, a la entonces COREMA de la Región de Valparaíso, o al actual SEA de la Región de Valparaíso, asociada a la elaboración del Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia para tsunamis, inundaciones y/o sismos, exigido por el considerando 7 de la RCA N° 23/2005 que calificó ambientalmente favorable la DIA del proyecto "Modificación Plan Regulador de la Comuna de Valparaíso, Sector Barón"*. Al respecto, con fecha 24 de julio de 2017 se dio respuesta, acompañándose los siguientes documentos:

- A.V. Ordinario N° 210 de fecha 18 de abril de 2005, de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso.
- Of. Ordinario N° 825 de fecha 18 de agosto de 2005 de la COREMA de la región de Valparaíso.
- AIMV.: N° 640 de fecha 22 de septiembre de 2005, de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso.
- A.V. Ordinario N° 01-679 de fecha 14 de octubre de 2005, de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso y documento adjunto ("Plan de Prevención de Riesgo para Puerto Barón y Plan de Prevención de Riesgo para la Ciudad de Valparaíso, como base preliminar para el Plan Pedido").

82. Revisados los documentos anteriormente listados, se verificó que son los mismos que se encuentran cargados en el expediente electrónico que mantiene el SEA, por lo que no se obtuvieron nuevos antecedentes sobre el cumplimiento de esta obligación a partir de la diligencia probatoria.

83. Por tanto, existen en el procedimiento dos documentos emitidos por el Municipio y que se refieren a situaciones de riesgos, pero este Superintendente estima que el denominado "Plan de Prevención de Riesgos para Puerto Barón (sismos, tsunamis, inundaciones e incendios)", aún en una versión preliminar, acompañado al SEA y cargado en el expediente de seguimiento de la RCA N° 23/2005, es el que más se corresponde al Plan que la Municipalidad debía elaborar.

84. Ahora bien, el considerando de la RCA que se estima infringido por este hecho, dispone que la elaboración de este Plan debía gestionarse en coordinación con las autoridades correspondientes, lo que es particularmente relevante ya que se trata de un Plan de Prevención de Riesgos y Medidas ante eventos naturales propios de nuestro

país, donde tanto en la gestión de riesgos, aplicación de medidas preventivas, como gestión de daños, participan diversos actores y órganos del Estado. Por tanto, lo anterior constituye parte del núcleo esencial de la obligación, no pudiendo sostenerse su cumplimiento, sin ello.

85. En este sentido, del contenido de los documentos que existen, se tiene que la Municipalidad por medio del Ordinario N° 210, hace ingreso a la entonces COREMA de Valparaíso, un Plan de Emergencia, ante lo cual la autoridad ambiental le indicó lo siguiente, *“Lo presentado en su Ord. N° 210 del 18.04.05, “Plan General para Puerto Barón, Emergencia en caso de Catástrofes Naturales” no corresponde al “Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia” solicitado, sino a directrices para la elaboración de dicho Plan. Por lo tanto se deberá dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución presentando el Plan en los términos allí señalados, **debiendo ser éste elaborado en coordinación con las autoridades competentes, convocando a lo menos a la Gobernación Marítima de Valparaíso, OREMI, Autoridad Sanitaria, S.E.C, S.A.G, Servicio de Aduanas y CONAMA Regional**”* (énfasis añadido). Frente a este requerimiento de la autoridad, la Municipalidad posteriormente, por medio del AIMV N° 640, de 22 de septiembre de 2005, señala que *“Se convocará a todas las instituciones señaladas por ustedes, a una reunión previa para posteriormente enviar a esa COREMA un calendario tentativo para la elaboración del Plan”*. Luego, y pese a señalar que se convocarían a las autoridades expresamente señaladas, consta el A.V. Ordinario N° 01-679 de la Municipalidad que acompaña *“documentos adjuntos sobre el Plan de Prevención de Riesgo para Puerto Barón y Plan de Prevención de Riesgo para la Ciudad de Valparaíso, como base preliminar para el Plan pedido. **El próximo 27 de Octubre, habrá un ejercicio con todas las autoridades que intervienen en el Plan y a partir de esa fecha se harán reuniones con ellos**”* (énfasis añadido). Cabe mencionar que después de este antecedente, que acompaña efectivamente el referido Plan, no constan nuevos documentos que permitan sostener que efectivamente se gestionaron vías de coordinación con las autoridades correspondientes.

86. En consecuencia, no constan en el procedimiento antecedentes sobre la coordinación con autoridades para la elaboración de este Plan, según lo mandatado por la RCA y según lo precisado por la entonces COREMA de Valparaíso.

87. Por otro lado, se señala como otro descargo específico para este cargo, en el escrito denominado “descargos”, que en *“ninguno de nuestros IPT está graficado (en plano) el área de riesgo del borde costero. Lo que concuerda con el hecho de que la ordenanza no reconoce como área de riesgo el litoral de la costa del mar, y no define área. Esta obligación de tener plan de prevención de riesgos no tenía nada que ver con áreas de riesgo”*. Ante lo señalado, este Superintendente es conteste con lo indicado, en el sentido que la elaboración del Plan era una obligación diversa al reconocimiento de un área de riesgo. Por lo demás, la elaboración de un Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia, por su sentido natural y obvio, no se satisface con la mera indicación de vías de evacuación en la vía pública, como pareciera ser que pretende la Municipalidad en el documento *“Síntesis de protección Civil y Comunal del departamento de Emergencia Comunal, referido a la materia de la consulta, y para la zona de barón, entre otras”*.

88. En otro orden de ideas, resulta necesario indicar, en relación a las cartas del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada emitidas para la Región de Valparaíso luego del terremoto del 27 de febrero de 2010, invocadas por el denunciante, y que señalan que el proyecto comercial “Mall Plaza Puerto Barón” quedaría

completamente inundado ante un eventual tsunami, que su contenido si bien malamente se habría podido incorporar en el Plan de Prevención que se elaboró de forma preliminar en el año 2005, es altamente recomendable y deseable que este Plan sea actualizado incorporando esta información que al año 2005 evidentemente no se tenía. En este sentido, en opinión de este Superintendente, ambos documentos que constan en el presente procedimiento en relación a esta obligación debieran refundirse y perfeccionarse, atendido el evento ocurrido el 27 de febrero de 2010.

89. No obstante, como se mencionó anteriormente, si bien se elaboró una versión preliminar de este Plan, no constan antecedentes de que ello haya sido en coordinación con las autoridades respectivas y competentes sobre la materia, de manera que la suficiencia del Plan, acorde al objetivo particular que tiene, queda en una situación de incertidumbre. Por lo anterior, la versión del Plan que sí existe, no tiene el valor suficiente como medio de prueba para desvirtuar la imputación efectuada.

90. En consecuencia, la infracción de "No elaborar" el Plan de Prevención de Riesgos y Medidas de Contingencia para tsunamis, inundaciones y/o sismos, se ha configurado en cuanto no se elaboró dicho Plan en coordinación con las autoridades respectivas, como mandata la RCA.

VI. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS **CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN**

91. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tendrán por probados los hechos que fundan la Formulación de Cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/ROL D-053-2015, de 29 de septiembre de 2015, en relación a los Cargos N° 1 y N° 2.

VII. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

92. En este capítulo se detallará la gravedad de las infracciones que en el capítulo anterior se determinó han sido configuradas durante el procedimiento sancionatorio, ello siguiendo la clasificación que realiza el artículo 36 de la LO-SMA, el cual las divide en infracciones leves, graves y gravísimas, dependiendo su tipo, efectos y la reincidencia en su comisión.

93. Debe tenerse presente que en la Formulación de Cargos, ambos hechos que fundaron la imputación de la Resolución Exenta N° 1/ROL D-053-2015, de 25 de septiembre de 2015, invocados en virtud del artículo 35 letra a) de la LO-SMA, fueron clasificados como leves, en virtud del artículo 36 numeral 3 de la LO-SMA.

94. En consideración a los antecedentes aportados durante este procedimiento sancionatorio, se estima que dicha clasificación debe ser mantenida, ya que no se ha logrado acreditar ninguna de las circunstancias que, de acuerdo al artículo 36 de la LO-SMA configuran una infracción gravísima. En efecto, en el presente caso los dos cargos formulados, si bien se tratan de incumplimientos a disposiciones de la RCA, estas

medidas, -acompañar como información previa el Catastro de Restos Arqueológicos y Elaborar el Plan de Riesgos y medidas- no tienen la incidencia necesaria y suficiente para calificarlas como graves según el artículo 36 N° 2 e). En efecto, no es posible sostener que las situaciones que dan cuenta ambos cargos tengan naturaleza de medidas mitigatorias, en relación a los efectos del proyecto –en este caso, el Plan Regulador Comunal-. Por otra parte, no es posible sostener que ambos cargos representaron un incumplimiento de carácter particularmente grave de la RCA, como requiere la normativa.

95. Por lo tanto, en conformidad al artículo 36 N° 3 de la LO-SMA, corresponde mantener la calificación de leve de las infracciones, pues de acuerdo a dicho literal, son leves todas aquellas infracciones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.

VIII. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL **ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA**

96. El artículo 40 de la LO-SMA establece que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

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

97. Para orientar la forma de ponderar estas circunstancias, con fecha 29 de octubre de 2015, mediante la Resolución Exenta N° 1.002 de la Superintendencia del Medio Ambiente se aprobó el documento “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales”, el que fue publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de noviembre de 2015 (“Bases Metodológicas”).

98. En este documento, además de precisarse la forma de aplicación de cada una de estas circunstancias, se indica que para la determinación de

las sanciones pecuniarias que impone esta Superintendencia, se realiza una adición entre un primer componente, que representa el “beneficio económico derivado de la infracción”, y una segunda variable, denominada “componente afectación”.

99. En este sentido, a continuación se procederá a realizar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, partiendo para ello por el análisis del beneficio económico obtenido como consecuencia de las infracciones, y siguiendo luego con la determinación del componente de afectación. Este último componente se encuentra basado en el “valor de seriedad” de la infracción, el cual considera la importancia o seriedad de la afectación que el incumplimiento ha generado y la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental, en su caso, y se ajusta de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución, considerando también el factor relativo a la capacidad económica.

100. Por otra parte, se debe señalar que la Municipalidad no efectuó alegaciones específicas relacionadas con la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, en el presente procedimiento.

1. Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (artículo 40 letra c) de la LO-SMA)

101. De acuerdo a lo establecido en las Bases Metodológicas, el beneficio económico se construye a partir de la consideración en la sanción de todo aquel beneficio económico que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Este beneficio puede provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, de una disminución en los costos o una combinación de ambos.

102. En el caso de entidades fiscales y otras organizaciones sin fines de lucro, se trata de instituciones que no tienen como objetivo la obtención de una rentabilidad. Ello implica que las ganancias económicas obtenidas por una infracción, ya sea directamente o por el ahorro, no redundan en un beneficio económico que esta utilice para sí. Por el contrario, este beneficio implicará un incremento presupuestario que deberá ser invertido en otras necesidades sociales, propias de dicha entidad fiscal o corporación. En consecuencia, en el caso de este tipo de organismos no existe tal estímulo al incumplimiento, por lo que no se justifica el incremento de la multa para restar ese incentivo.

103. En este sentido, la Municipalidad de Valparaíso, en tanto corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, tiene por finalidad, según lo señala el artículo 1 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, “satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas”. Lo anterior implica que su presupuesto está sometido a la inversión con un fin eminentemente comunitario, sin que pueda considerarse que un eventual incremento en su patrimonio provocado directa o indirectamente por el incumplimiento de una normativa ambiental o urbanística, importe un beneficio económico en los términos que han sido explicados.

104. Por este motivo, en el presente caso no se considerará la circunstancia del beneficio económico dentro del cálculo de la sanción.

2. Componente de afectación

105. El componente de afectación será desarrollado en lo sucesivo como representación del nivel de lesividad asociado a la infracción, atendiendo a una serie de circunstancias aplicables al caso concreto y al infractor en particular.

2.1. Valor de seriedad

106. 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 al nivel de seriedad de los efectos de la infracción, o de la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental. De esta manera, a continuación se procederán a ponderar las circunstancias que constituyen este valor.

107. Se hace presente que no se analizará la concurrencia de la letra g) del artículo 40 de la LO-SMA, pues en el presente caso no ha existido un Programa de Cumplimiento aprobado, cuya ejecución hubiese comenzado.

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

108. La circunstancia correspondiente a la importancia del daño o del peligro ocasionado, tal como se indica en la "Guía Para la Determinación de Sanciones de la SMA", se considerará en todos los casos en que se constaten elementos o circunstancias de hecho de tipo negativo -ya sea por afectaciones efectivamente ocurridas o peligros potenciales- sobre el medio ambiente o la salud de las personas. En consecuencia, *"(...) la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño que, sin ser considerado por la SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción"*¹⁰. Por lo tanto, el examen de esta circunstancia debe hacerse para el cargo configurado, y no está reservado exclusivamente para aquél que constituya daño ambiental.

109. Ahora bien, cabe hacer presente que la expresión "importancia" alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción, que determina la aplicación de sanciones más o menos intensas. Cuando hablamos de peligro, se está haciendo referencia a un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso. Por lo tanto, el riesgo es la probabilidad de que ese daño se concretice, mientras que el daño es la manifestación cierta del peligro.

110. Dicho lo anterior, para el caso de la infracción N° 1, lo que se debe establecer para considerar esta circunstancia es si la infracción ha provocado una afectación sobre el medio ambiente o la salud de las personas, y la importancia de ello. Al respecto, la afectación sobre la salud de las personas se descarta dada la naturaleza del Cargo N° 1, que no supone una hipótesis en que sea posible una afectación en este sentido. Por su parte, respecto a una afectación sobre el medio ambiente, esto se traduciría en una afectación al

¹⁰ Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-51-2014, considerando 116.

componente arqueológico, entendiendo que las obras de construcción, consistentes en excavaciones, importaron una afectación al material arqueológico encontrado, lo que fue constatado el día de la inspección ambiental de 31 de julio de 2014 y tal como consta en el Informe de Fiscalización DFZ-2014-411-V-RCA-IA. No obstante, aun cuando es un hecho constatado en el acta que se observó material consistente en “una sección de línea férrea”, y diversas “estructuras de metal”, no constan antecedentes que permitan establecer que las excavaciones importaron una afectación, ni tampoco que ésta, en caso de suceder, haya sido significativa, sobre este material.

111. No obstante lo anterior, es posible sostener que se generó una situación de peligro, entendido como un riesgo objetivamente creado de afectación a elementos de patrimonio arqueológico, al haberse visualizado a propósito de las excavaciones para el desarrollo del Mall Barón, componentes de este tipo. Al mismo tiempo, no se puede desconocer la particular sensibilidad del patrimonio cultural específico presente en el sector, y de Valparaíso.

112. Por lo anterior, esta circunstancia será considerada para determinar la sanción asociada al cargo N° 1.

113. En relación al Cargo N° 2, no constan en el procedimiento antecedentes que permitan conectar, de manera lógica, una afectación tanto a la salud de las personas como al medio ambiente, a causa de la infracción, esto es, a causa de no haber elaborado el Plan de Prevención para Riesgos en coordinación con las diferentes autoridades competentes.

114. Por su parte, en cuanto al riesgo respecto de esta infracción, y dado que se tiene certeza que existe un documento, pero no de que este haya sido elaborado en coordinación con las autoridades estatales competentes, no se tienen datos suficientes que permitan sostener que dicha situación importó o importa un peligro, en los términos de la letra a) del artículo 40. Lo anterior no obsta a que la anterior circunstancia sea considerada bajo otras circunstancias, como se señalará más adelante.

115. Dado lo anterior, la presente circunstancia no será considerada en esta letra, abarcándose por el contrario las implicancias de la no coordinación con autoridades, en la circunstancia del artículo 40 letra i), en cuanto afectación al sistema de control ambiental.

2.1.2. Todo otro criterio que, a juicio de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción: Vulneración al sistema de control ambiental (artículo 40, letra i) de la LO-SMA)

116. La vulneración al sistema de control ambiental, como circunstancia que permita modular la sanción, se fundamenta en que la protección material al medio ambiente y la salud de las personas se encuentra basada en una serie de mecanismos administrativos formales, tales como, permisos de autoridad, evaluaciones preventivas, reportes, obligaciones de entrega de información, entre otros. Todos estos mecanismos son el complemento necesario e indispensable de las normas ambientales sustantivas y sin las cuales la protección ambiental se volvería ilusoria, por carecer de herramientas concretas para llevar a la

práctica su control. En atención a que estos mecanismos son necesarios para el funcionamiento del sistema de protección ambiental, su infracción obstaculiza el cumplimiento de sus fines y merma la confianza en su vigencia.

117. Como se enunció precedentemente, en relación al Cargo N° 2, la obligación transgredida que hace que se configure parte de la infracción levantada, esto es, la coordinación con las autoridades competentes para efectos de elaborar el Plan, tenía como objetivo que los diferentes organismos estatales que tienen competencias relacionadas con la prevención y medidas aplicables a una situación de riesgo natural, como son tsunamis, inundaciones y sismos, participaran y dieran directrices acorde sus ámbitos de competencia, de manera que permitan desarrollar una respuesta y un plan preventivo y reactivo que abarque de forma adecuada la hipótesis. En este caso, el Plan existe en una versión preliminar, pero no se aportaron antecedentes que permitan sostener que fue elaborado en coordinación con todos los organismos que debían intervenir. Por lo tanto, frente a esta situación, es al Estado a quien se le ha privado de participar en esta gestión y en un control estatal que reviste particular importancia, como ya se mencionó. El resultado pues, es que no se tenga la certeza respecto de la idoneidad del Plan, en cuanto a su contenido sustantivo.

118. En consideración de lo anterior, la presente circunstancia será tomada en cuenta para determinar la sanción del Cargo N° 2, entendiendo que esta vulneración al sistema de control ambiental tuvo un nivel medio bajo, ya que si bien existe un documento orientado a servir como el Plan, no se tiene certeza de su idoneidad y suficiencia, por cuando no se pudo probar que este fue elaborado en coordinación con las autoridades competentes.

119. Respecto al Cargo N° 1, se estima que la infracción ya configurada, no vulnera de forma preponderante el sistema de control ambiental que tiene el Estado para con los regulados, siendo aplicable a ella las otras circunstancias del artículo 40. No obstante, se debe mencionar que el Cargo N° 1 también supone una situación de no disponibilidad de la información en el momento relevante, ya que no se puso a disposición de desarrolladores de proyectos, información esencial respecto de información arqueológica que ya existía y se encontraba disponible, lo que provoca, al final del día, que la información previa asociada al predio donde se va a construir, sea incompleta, inútil o ineficaz, toda vez que nunca se llegó a dar a conocer información particularmente relevante para el sector y para los vecinos, y que además constituye parte del Plan Regulador Comunal, en el momento en que ello debía ser acompañado. Por lo tanto, la infracción viene a mermar el mecanismo que la institucionalidad y la vía, tanto urbanística como ambiental, consideró para poder socializar esa información, pero no afecta el sistema de control ambiental estatal, en relación a esta materia.

120. No obstante, como se enunció en un principio, la presente circunstancia no será considerada para determinar la sanción de la infracción N° 1.

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

121. Este criterio permite examinar no sólo las afectaciones concretas y ciertas a la salud de la población producto de los hechos constitutivos de

infracción, sino también el número potencial de personas afectadas. Esta tesis ha sido avalada por la Excm., Corte Suprema, la que ha señalado en sentencia de reemplazo, de fecha 4 de junio de 2015, que *"El texto de la norma, a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad de la afectación"*¹¹.

122. En relación al Cargo N° 1, si bien no se requiere probar la afectación para poder ponderar esta circunstancia, dada la naturaleza de infracción, no corresponde hacer un ejercicio de ponderación de potenciales afectaciones en relación al número de personas cuya salud pudo afectarse a causa de la infracción. En efecto, se dijo en los apartados anteriores, que el único hecho material acaecido, como consecuencia de la infracción fue la realización de excavaciones dentro de las cuales se observó material arqueológico, sin que constare su daño o afectación. Así, respecto de este hecho, se estima que no tiene las características ni la aptitud para afectar a la salud de la población cercana al lugar.

123. En consecuencia, se estima que esta circunstancia no se configura para el presente caso, ni en su dimensión material, como personas que efectivamente fueron afectadas por la infracción, ni en su dimensión potencial, entendida como personas cuya salud pudo afectarse a causa de la infracción, por lo que no se considerará.

124. Por su parte, en cuanto al Cargo N° 2, puesto que la obligación no se cumplió en coordinación con las autoridades respectivas, no es posible tener una certeza sobre la suficiencia e idoneidad del Plan que consta, como ya se mencionara. Ahora, un análisis cualitativo del Plan, tampoco resulta ser materia del presente procedimiento sancionatorio, por lo que bastará señalar que al existir un Plan, ante un eventual sismo, inundación o tsunami, se sabrá qué es lo que se debe hacer, pero no se tiene la seguridad de que dichas medidas sean las más idóneas por no haber participado el Estado, a través de sus diferentes organismos competentes, en el proceso de su elaboración. Es por lo anterior que se reconoce que de estar en el escenario anterior, podría existir un riesgo, pero este no sería una consecuencia directa de una conducta u omisión de la Municipalidad, ni tampoco causa excluyente de ello.

125. Es por lo anterior, que la presente circunstancia no será considerada para efectos de determinar la sanción a aplicar concretamente para la infracción N° 2.

2.1.4. El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (artículo 40 h) de la LO-SMA)

126. Esta circunstancia no será considerada para la determinación de la sanción aplicable, por no ser aplicable al presente caso, dado que las infracciones no suponen, por sí mismas o de manera autónoma, la afectación de un área silvestre protegida del Estado.

¹¹ Corte Suprema. Sentencia de reemplazo, causa Rol 25931-2014, 4 de junio de 2015.

127. A continuación, se procederá a ponderar todos los factores que pueden aumentar el componente de afectación, determinando si corresponde su aplicación al caso concreto.

2.2. Factores de Incremento

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

128. Este literal del artículo 40 es utilizado como un factor de incremento en la modulación para la determinación de la sanción concreta. En efecto, a diferencia de como ocurre en la legislación Penal, donde la regla general es que se requiere dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el en el Derecho Administrativo Sancionador¹², no exige como requisito o elemento de la infracción administrativa, la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo más allá de la culpa infraccional o mera negligencia, la cual, tal como ha señalado la última jurisprudencia de la Corte Suprema¹³. 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.

129. Para determinar la concurrencia de intencionalidad en este caso, un elemento relevante a tener en consideración, es que la Municipalidad de Valparaíso posee un perfil de infractor con experiencia y con un grado de organización importante. Asimismo, posee condiciones técnicas, materiales y de operación – entendidos en este caso como de gestión municipal- que le permiten estar en conocimiento de las obligaciones que emanan de su Plan Regulador, y que por tanto, le permiten tomar decisiones informadas y conscientes al respecto.

130. En base a lo anterior, la Municipalidad de Valparaíso, es la corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, a la cual le corresponde la administración de la comuna de Valparaíso. Por su parte, su Dirección de Obras Municipales, tiene por objeto velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la edificación en el territorio comunal, para lo cual, entre otras funciones debe “*velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, del plan regulador comunal y de las ordenanzas correspondientes*”, y, “*aplicar normas ambientales en coordinación con el Departamento del Medio Ambiente, relacionadas con obras de construcción y urbanización*”¹⁴. En razón de ello, y de acuerdo a los dos cargos levantados en este procedimiento, se estima que la Municipalidad de Valparaíso se encuentra en una especial posición para tener conocimiento de sus obligaciones y las formas de darle cumplimiento, máxime cuando ellas derivan de la RCA de una modificación de un Plan Regulador Comunal.

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

¹³ Corte Suprema, Sentencias Rol N° 24.262-2014, 24.245-2014 y 24.233-2014, todas de fecha 19 de mayo de 2015.

¹⁴ Véase http://www.municipalidaddevalparaiso.cl/Municipio/dir_obras.aspx [Consultado en línea el 21 de julio de 2017].

131. No obstante lo anterior, y por ser este sólo 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.

132. Para el caso de la infracción N° 1, más que intencionalidad entendida como dolo, lo que parece existir es una negligencia importante por parte de la Municipalidad, puesto que no parece entender la obligación de la RCA de su Plan Regulador. En efecto, lo anterior se desprende de diversas situaciones que denotan un comportamiento contradictorio por parte de la Municipalidad. Así, primeramente, el denunciante relata haber acudido al Consejo para la Transparencia, con el objetivo que se le entregara la información del Catastro, ante lo cual obtuvo la respuesta de la Municipalidad de que dicho Catastro no existía en sus registros, conforme se detalla en el considerando 7 de la presente Resolución. Por el contrario, ya en el escrito denominado descargos, la Municipalidad cambia su postura y señala descargos específicos para este hecho, argumentando básicamente que dicho documento figura como anexo a la Memoria Explicativa del Plan. En consecuencia, se estima que las acciones contradictorias y erráticas de la Municipalidad, no pueden constituir un antecedente indiciario suficiente que permita sostener que hubo intencionalidad en cometer la infracción, entendida como un ánimo particular y concreto de no acompañar como información previa, esta información, situación diversa al análisis que se pudo realizar respecto del Cargo N° 2, como se verá a continuación.

133. Dado lo anterior, la presente circunstancia no será considerada para efectos de modular la sanción aplicable al cargo N° 1.

134. Por su parte, respecto al cargo N° 2, la situación es diversa, pues en el momento exacto en el que la Municipalidad debía cumplir la obligación, y habiendo sido interpelada por la entonces COREMA de Valparaíso, quien le indicó que la gestión y elaboración del Plan debía ser en conjunto con otros servicios, y habiendo por su parte, reconocido lo anterior y comprometido expresamente que dicha coordinación se haría, no constan antecedentes de que efectivamente se hayan llevado a cabo reuniones o coordinaciones de otro orden. Lo anterior se encuentra detallado en el considerando 85 de la presente Resolución, donde se reproducen los oficios intercambiados con la autoridad evaluadora.

135. Lo anteriormente señalado, se considera un indicio relevante para sostener que la Municipalidad conocía el alcance de esta obligación, la que no estaba cumpliendo hasta ese momento, no pudiéndose entender su incumplimiento como una mera negligencia, desde que no ha probado una causa que permita atribuir su incumplimiento a esta circunstancia. Dicho en otras palabras, si un sujeto o ente regulado tiene pleno conocimiento de la existencia de una obligación, dispone de los medios para cumplirla, se le interpela expresamente para que lo haga y se compromete a hacerlo, pero no haciéndolo finalmente, dicho incumplimiento puede ser imputado a título doloso, a menos que se haya justificado un actuar negligente, lo que no sucedió en este caso.

136. Dado lo anterior, la presente circunstancia, en conjunto con la consideración del perfil propio de la Municipalidad de

Valparaíso, como sujeto regulado titular de una RCA no de cualquier actividad, sino de un Plan Regulador Comunal, se considerará para efectos de determinar la sanción asociada al hecho infraccional N° 2.

137. Finalmente, en cuanto al grado de participación en el hecho, no corresponde extenderse en la presente Resolución, dado que el sujeto infractor en el presente procedimiento sancionatorio, corresponde única y exclusivamente al titular de la RCA, esto es, a la Municipalidad de Valparaíso.

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

138. Esta circunstancia supone determinar si existen procedimientos sancionatorios previos, dirigidos contra el presunto infractor por parte de los órganos de competencia ambiental sectorial y de la Superintendencia del Medio Ambiente, y que hayan finalizado en la aplicación de una sanción. Para ello se hace necesario hacer una revisión de los procedimientos sancionatorios incoados en periodos recientes, en el marco del seguimiento de la normativa ambiental y sectorial objeto del cargo del procedimiento, a fin de determinar si se requiere aumentar el componente disuasivo, penalizando con mayor fuerza al infractor que mantiene un historial negativo de cumplimiento.

139. Por lo tanto, considerando que esta Superintendencia no tiene antecedentes de que la Municipalidad haya sido previamente objeto de una sanción, por parte de órganos de competencia ambiental sectorial, no se considerará la conducta anterior negativa del infractor en la presente Resolución.

2.2.3. Todo otro criterio que, a juicio de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción: Obstaculización del procedimiento (artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

140. Otro de los factores que pueden incrementar el componente de afectación, al momento de determinar una sanción aplicable al caso concreto, en conformidad a las Bases Metodológicas y en aplicación del literal i) del artículo 40 de la LO-SMA, es la obstaculización del procedimiento.

141. La aplicación de esta circunstancia procede en aquellos casos en que la conducta del infractor va más allá de su legítimo uso de los medios de defensa que le franquea la Ley. En el presente caso, se estima que esta circunstancia no se configura, en tanto la Municipalidad de Valparaíso no ha proveído de información incompleta, confusa o errónea, ni tampoco ha obstaculizado de manera cierta y objetiva el desarrollo de las diligencias del procedimiento, así como tampoco ha realizado acciones impertinentes, inconducentes, o manifiestamente dilatorias, al margen del ordenamiento jurídico.

142. En consecuencia, la presente circunstancia no será considerada como un factor de incremento.

2.3. Factores de disminución

143. A continuación se procederá a ponderar factores que pueden disminuir el componente de afectación, en virtud de lo dispuesto por las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones.

2.3.1. Irreprochable conducta anterior (artículo 40 letra e) de la LO- SMA)

144. Al respecto, cabe indicar que esta Superintendencia, en sus Bases Metodológicas, estableció a propósito del literal e) del artículo 40 de la LO-SMA, que la conducta anterior del infractor puede ser utilizada para aumentar o disminuir la sanción aplicada.

145. Respecto de esta circunstancia, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior, por lo que esto será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente a cada una de las infracciones ya verificadas.

2.3.2. Todo otro criterio que, a juicio de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción: Presentación de Autodenuncia (artículo 40 letra i) LO-SMA)

146. Otro de los factores que la Superintendencia del Medio Ambiente ha señalado en sus Bases Metodológicas, como uno de disminución, es la presentación de una autodenuncia, en los casos en que dicho incentivo no resultó eficaz.

147. Como en el presente caso no se presentó una autodenuncia, este factor no se configura y no será ponderado.

2.3.3. Todo otro criterio que, a juicio de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción: Cooperación eficaz (artículo 40 letra i) LO-SMA)

148. Cabe indicar que el concepto de cooperación eficaz, conforme a las Bases Metodológicas, atiende a las circunstancias siguientes: i) si el infractor se allana al hecho constitutivo de la infracción y su calificación, ii) responde de manera oportuna, íntegra y útil, en los términos solicitados por la Superintendencia y/o iii) colabora en las diligencias ordenadas por la Superintendencia. En consecuencia, la circunstancia se refiere a la cooperación que realice la empresa durante el procedimiento administrativo sancionatorio, y 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.

149. En este caso, atendidos los antecedentes del procedimiento, la circunstancia de allanarse al hecho constitutivo de infracción no es aplicable, puesto que por el contrario la municipalidad discute la configuración de las infracciones, tal como se desprende de lo que señala en su escrito de descargos.

150. Luego, en cuanto al criterio de dar respuesta oportuna, íntegra y útil, en los términos solicitados por la SMA, se estima que la circunstancia aplica para requerimientos de información efectuados durante el desarrollo del procedimiento sancionatorio, lo cual no aplica en el presente caso.

151. Finalmente, en cuanto a colaborar con las diligencias ordenadas por esta Superintendencia, se debe señalar que como da cuenta el procedimiento, con fecha 3 de julio de 2017 se decretó como diligencia probatoria, oficiar a la Dirección de Obras Municipales de Valparaíso, para que remitiera copia de todos los Certificados de Informaciones Previas asociados al sector Muelle Barón, lo que fue respondido con fecha 30 de agosto de 2017. Sobre este punto, se debe señalar que para todos los efectos se considerará que la diligencia probatoria, si bien fue notificada y requerida a la Dirección de Obras Municipales de Valparaíso, son las Municipalidades en último término las llamadas a dar cumplimiento a la normativa ambiental y urbanística aplicable¹⁵, por lo que no se distinguirá en perjuicio del infractor, entre la Dirección de Obras Municipales dirigida por el Director de Obras Municipales y la Municipalidad dirigida por el Alcalde. En razón de ello, el requerimiento de información fue respondido aportándose de forma ordenada la información en los términos solicitados. Así, esta información, consistente en haber acompañado copia de los CIP existentes, fue eficaz, ya que permitió tener una información sistematizada y ordenada de los Certificados que existen y que han sido emitidos para el sector.

152. En razón de lo señalado, la circunstancia descrita será considerada como cooperación eficaz, bajo la subcategoría de colaborar con las diligencias decretadas por la Superintendencia del Medio Ambiente, en relación al Cargo N° 1.

153. Por su parte, para el Cargo N° 2, no aplica ninguna de las tres subcategorías de la cooperación eficaz, razón por la cual no se considerará para dicho cargo.

2.3.4. Todo otro criterio que, a juicio de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción: Aplicación de medidas correctivas (artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

154. Otro de los factores que la Superintendencia del Medio Ambiente ha señalado en sus Bases Metodológicas, como de disminución es la aplicación de medidas correctivas por parte del infractor, vale decir, la adopción de medidas que buscan corregir los hechos que configuran la infracción, así como a contener, reducir o eliminar sus efectos y evitar que se produzcan nuevos efectos.

155. Para que sea procedente la ponderación de esta circunstancia, se requiere que las medidas aplicadas sean idóneas y efectivas, y que a su vez, sean acreditadas dentro del procedimiento sancionatorio. En relación a la idoneidad de las medidas aplicadas, este concepto no sólo se refiere a la aptitud de la medida para hacerse cargo de la infracción, sino también a la oportunidad de la aplicación de éstas, entendiéndose que no es

¹⁵ Dictámenes Contraloría General de la República N° 12274 de 2012, y N° 25421 de 2016.

lo mismo la aplicación de una medida correctiva de forma inmediatamente posterior a la comisión de una infracción, a aplicarla luego de transcurrido un largo período. Adicionalmente, como la presente circunstancia actúa como factor que disminuye la sanción a aplicar, se requiere necesariamente que la adopción de estas medidas haya sido iniciativa del titular o del sujeto infractor, en un afán por retornar a un escenario de cumplimiento.

156. En este sentido, en el presente caso no consta la adopción de medidas tendientes a corregir los incumplimientos detectados y levantados en la Formulación de Cargos.

157. En consecuencia, la presente circunstancia no será considerada como un factor de disminución, toda vez que en ningún momento la Municipalidad acreditó la decisión de adoptar medidas correctivas de su propia iniciativa, orientadas a poner término a los hechos constitutivos de infracción, o a eliminar, remediar o disminuir sus efectos.

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

158. Esta circunstancia ha sido definida por la doctrina española, a propósito del Derecho Tributario, y dice relación con la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, así como con la aptitud y 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 Pública¹⁶. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa en relación a la capacidad real del infractor de hacer frente a ésta, la que de no ser considerada podría desnaturalizar la finalidad de la sanción. Mientras una elevada sanción pecuniaria podría ser ejecutada y cumplir su finalidad de prevención especial en el caso de una gran empresa con capacidad económica suficiente, en el caso de una pequeña empresa podría suponer el cierre del negocio sin hacerse efectiva.

159. Para las entidades fiscales, exceptuando las empresas del Estado, el factor de tamaño económico a aplicar se define según la magnitud del presupuesto anual de la entidad, de forma análoga a la definición del factor que se aplica en el caso de una empresa pública o privada de acuerdo a su tamaño económico.

160. Para el caso de las Municipalidades, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultura de las respectivas comunas, su presupuesto está sometido a la inversión de este fin comunitario, encontrándose comprometido exclusivamente para ese objetivo, sin que pueda considerarse que dicho presupuesto es de libre disponibilidad. En este sentido, una Municipalidad es susceptible de presentar dificultades para enfrentar eventuales obligaciones económicas no previstas, como lo es el pago de una multa impuesta por otra entidad

¹⁶ Calvo Ortega, Rafael. *Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General*, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52. Citado por: MASBERNAT MUÑOZ, PATRICIO: *El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España*. Revista *Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 303 – 332.

pública, lo cual además, al restar recursos originalmente destinados a un fin social, tiene como consecuencia un perjuicio para la comunidad.

161. En atención a lo anterior, de acuerdo con la magnitud del presupuesto anual de la Municipalidad, se evalúa como procedente la aplicación de un factor de disminución sobre el componente de afectación de la sanción. El factor de disminución a aplicar se define según la magnitud del presupuesto anual de la Municipalidad de forma análoga a la definición del factor de ajuste que se aplica en el caso de una empresa pública o privada de acuerdo a su tamaño económico, según la clasificación que efectúa el Servicio de Impuestos Internos.

162. En el caso concreto de la Municipalidad de Valparaíso, de conformidad con el presupuesto con el que contó durante el año 2016, que correspondió a M\$ 60.407.775, según el Sistema Nacional de Información Municipal, de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, del Ministerio del Interior, se considera procedente la aplicación de un factor de disminución sobre el componente de afectación de la sanción.

163. Por lo anterior, esta circunstancia será considerada en la presente Resolución como un factor de disminución sobre el componente de afectación.

164. En virtud de lo recientemente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Atendido lo expuesto en los considerandos anteriores, así como en los antecedentes que constan en el expediente **Rol D-053-2015**, este Superintendente procede a resolver lo siguiente:

a) En relación a la **infracción N° 1**, aplíquese a la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, la sanción consistente en multa equivalente a **diecisiete unidades tributarias anuales (17 UTA)**.

b) En relación a la **infracción N° 2**, aplíquese a la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, la sanción consistente en multa equivalente **once unidades tributarias anuales (11 UTA)**.

SEGUNDO: Recursos que proceden contra esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LO-SMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LO-SMA, en contra la presente resolución procede el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución, según lo dispone el artículo 55 de la misma Ley. La interposición de este recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materia por las cuales procede dicho recurso.

Asimismo, ante la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, según lo establecido en el artículo 56, en cuyo caso, no será exigible el pago mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, **se le reducirá un 25% del valor de la multa**. Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

TERCERO: Del pago de las sanciones. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la LO-SMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo.

El monto de las multas impuestas por la Superintendencia serán a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56 ya citado. El pago de la multa deberá ser acreditado ante la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta debió ser pagada. El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia en conformidad a la ley, devengará los reajustes e intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario.

Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre, serán subsidiariamente responsables del pago de la multa.

CUARTO: De la prescripción de la sanción. Las sanciones administrativas aplicadas de conformidad a esta ley, prescribirán a los tres años desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme. Esta prescripción se interrumpirá por la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento, según la naturaleza de la sanción aplicada.

QUINTO: Consignación de la sanción en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente. En virtud de lo establecido en el artículo 58 de la LO-SMA y en el Decreto Supremo N° 31 del Ministerio del Medio Ambiente, del 20 de agosto de 2012, publicado en el Diario Oficial el día lunes 11 de febrero de 2013, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, y de los Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y de Sanciones; se instruye que una vez que la presente resolución sancionatoria quede a firme, se proceda a formular la anotación respectiva en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en los términos establecidos en los artículos 17 y siguientes del Reglamento.



ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE




DHE/IMA

Notifíquese por carta certificada:

- Jorge Sharp Fajardo, alcalde de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, Avenida Argentina N° 864, comuna de Valparaíso, Región de Valparaíso.
- Salvador Donghi Rojas, Scipión Borgoño N° 270, comuna de Concón, Región de Valparaíso.

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional de Valparaíso, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.

Rol N° D-053-2015