

**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-143-2021, SEGUIDO EN
CONTRA DE NOVA AUSTRAL S.A.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1075

SANTIAGO, 06 de julio de 2022

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “LOSMA”); en la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente (en adelante, “LBMA”); 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; en el Decreto Supremo N° 430 de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.892, de 1989 y sus modificaciones, ley general de pesca y acuicultura (en adelante, “LGPA”); en el Decreto Supremo N° 320, de 24 de agosto de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, reglamento ambiental para la acuicultura (en adelante, “RAMA” o “D.S. N° 320/2001”); en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 2124, de fecha 30 de septiembre de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Exento RA N° 118894/55/2022, de la Subsecretaría del Medio Ambiente, que establece orden de subrogancia del cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA N° 119123/28/2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece el cargo de jefe/a del Departamento Jurídico de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 659, de 2 de mayo de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe/a del Departamento Jurídico; en la Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales - actualización; en el expediente Rol D-143-2021; y en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

CONSIDERANDO:

**I. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y
DEL PROYECTO**

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio se inició mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021, de fecha 01 de julio de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “esta Superintendencia” o “SMA”), que formuló cargos a Nova Austral S.A., rol único tributario N° 96.892.540-7, (en adelante e indistintamente, “el titular” o “la empresa”), titular de la unidad fiscalizable “CES Aracena 14”, consistente en los siguientes proyectos:

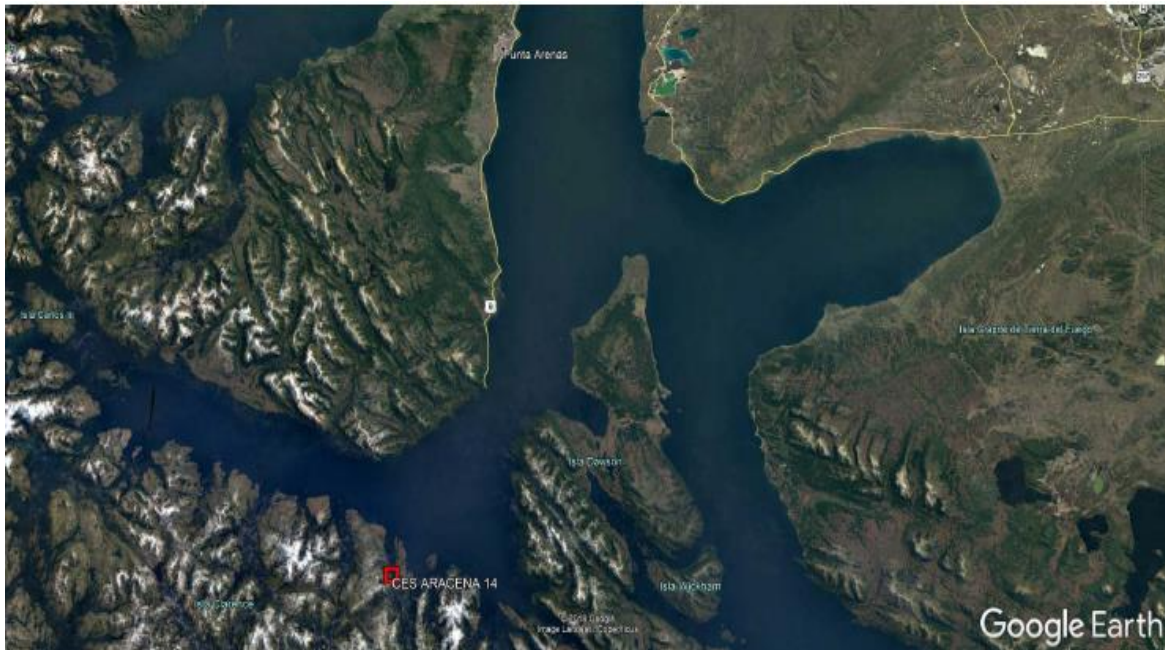
1.1. “Centro de Cultivo de Salmónidos Estero Staples Isla Capitán Aracena Estrecho de Magallanes PERT 99121113”, sometido al sistema de

evaluación de impacto ambiental (en adelante, “SEIA”) mediante una declaración de impacto ambiental (en adelante, “DIA”), el cual fue calificado favorablemente mediante la Resolución Exenta N° 151, de fecha 14 de julio de 2003, de la ex Comisión Regional del Medio Ambiente región de Magallanes y de la Antártica Chilena (en adelante, “RCA N° 151/2003”); y

1.2. “Centro de Cultivo Aracena 8 Canal Sin Nombre al Norte de Caleta Sholl Isla Capitán Aracena XII Región. N° Pert: 210121032”, sometido al SEIA mediante una DIA, el cual fue calificado favorablemente mediante la Resolución Exenta N° 79, de fecha 28 de diciembre de 2010, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Magallanes y de la Antártica Chilena (en adelante, “RCA N° 79/2010”).

2. De acuerdo a los antedichos instrumentos, el proyecto consiste en la instalación y operación de un centro de cultivo de recursos hidrobiológicos, específicamente de engorda de salmones, ubicado en la localidad de Estero Staples, área Isla Capitán Aracena, al interior del Parque Nacional Alberto de Agostini, comuna de Punta Arenas, región de Magallanes y de la Antártica Chilena. Dicho centro pertenece a la Agrupación de Concesiones de Salmónidos N° 55 y se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Acuicultura con el N° 120096. A continuación, se ilustra en la siguiente Figura 1 la ubicación relativa del proyecto:

Figura 1. Ubicación del Proyecto



3. La respectiva concesión de acuicultura fue otorgada mediante la Res. Ex. N° 1405, de 05 de julio de 2004, dictada por la ex Subsecretaría de Marina, y últimamente modificada por la Res. Exenta N° 7425, de 09 de noviembre de 2017, de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. De este modo, el proyecto cuenta con una concesión de 3,6 ha de superficie para el desarrollo de las actividades de acuicultura, y se emplaza dentro de las siguientes coordenadas, en función del plano XII-ARAC-SSP, 1ª Edición 2014 (Datum WGS-84):

Tabla 1: coordenadas de la concesión de acuicultura

Vértice	Latitud (S)	Longitud (W)
A	54° 04' 35,25"	71° 15' 02,30"
B	54° 04' 33,22"	71° 14' 56,68"
C	54° 04' 41,49"	71° 14' 48,04"
D	54° 04' 43,52"	71° 14' 53,67"

Fuente: Resolución N° 7425, de 09 de noviembre de 2017,
de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas

II. ANTECEDENTES PREVIOS A LA INSTRUCCIÓN

A. DENUNCIA SECTORIAL

4. Mediante el ORD. N° 141467, de fecha 10 de julio de 2019, la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante, "SERNAPESCA"), remitió un informe denuncia vinculado a la posible alteración artificial del área de sedimentación del CES Aracena 14, adjuntando al mismo una serie de antecedentes. Se indicó en dicho informe de denuncia que, debido a la sospecha de alteración del fondo marino de dicho centro de engorda por parte de la empresa, es que se realizó una fiscalización documental de los monitoreos de información ambiental (en adelante e indistintamente, "INFA") efectuados para dicho centro, la cual contempló la revisión de las filmaciones submarinas asociadas a los INFA realizadas entre los años 2017 y 2019, así como también de INFA internos realizadas por el propio titular en mayo de 2019, todos los cuales hubieron de incluir filmaciones submarinas¹.

5. En este sentido, SERNAPESCA señaló además que llevó a cabo una comparación entre las filmaciones submarinas asociadas al INFA oficial realizado con fecha 16 de abril de 2019 y el INFA interno realizado con fecha 21 de mayo de 2019 ya mencionados, constatando la existencia de diferencias en el sustrato presente en el fondo marino; situación que propició sospechas acerca de que dicho fondo marino pudo haber sido alterado artificialmente, detectándose la presencia de arena en sectores donde no se había observado con anterioridad. Por otra parte, se complementó lo descrito anteriormente con una imagen proveniente del INFA interno, la cual daba cuenta de la presencia de maxi sacos con contenido desconocido en el pasillo del módulo de cultivo del CES Aracena 14, que incluso hundían parcialmente el módulo, debido presuntamente a su peso.

6. Según se razona en la denuncia, los hechos constituirían una infracción al art. 8 bis del RAMA, al haberse alterado las condiciones de oxígeno y sedimentos del fondo marino en el área de la concesión, sin autorización previa. En seguida, dado que el titular habría adulterado las condiciones de oxígeno del área de sedimentación del centro de

¹ Dado que el CES Aracena 14 es un centro de categoría 4 y 5, en conformidad a las clasificaciones definidas por la R.E. N° 3612/2009 o "resolución acompañante" al RAMA.

engorda, SERNAPESCA concluye que se encontraba impedido de poder fiscalizar lo dispuesto en los arts. 19 del RAMA y 87 de la LGPA, en lo que concierne a la necesidad de verificar que los centros de cultivo funcionen a niveles compatibles con la capacidad de carga de los cuerpos de agua en que se emplazan, dado que todo análisis posterior que realizase en el área de sedimentación no habría sido representativo del impacto que la actividad –vgr., ciclo de cultivo respectivo– generó en el área muestreada.

7. Sobre la base de estos antecedentes, SERNAPESCA advirtió un riesgo cierto de daño al medio ambiente, por causa de una eventual autorización de siembra para un centro de cultivo basada en información no fidedigna ni representativa, que no permitía establecer los efectos de la actividad previa en el área de impacto ni las eventuales consecuencias de la adulteración detectada. En consecuencia, solicitó a esta Superintendencia la adopción de alguna de las siguientes medidas:

7.1. La detención total de funcionamiento por a lo menos 30 días hábiles;

7.2. La presentación de un estudio actualizado respecto de las condiciones en que se encontraba el área de sedimentación del centro, junto con la limpieza del fondo marino que extrajese el material vertido por la empresa y todo residuo y/o desecho sólido que tuviese como causa la actividad y que pudiese afectar el fondo marino o la columna de agua;

7.3. La elaboración de un informe detallado y consolidado respecto de la implementación, resultados y cumplimiento de las medidas que se dictasen.

B. MEDIDA PROVISIONAL

8. Mediante la Resolución Exenta N° 1025, de fecha 17 de julio de 2019, esta Superintendencia ordenó al titular la práctica de medidas provisionales pre-procedimentales, consistentes en:

8.1. Efectuar, en un plazo máximo de 10 días hábiles, un monitoreo de caracterización de sedimento, sin peces en jaula, que considerase a lo menos los siguientes parámetros: granulometría, materia orgánica total y macrofauna bentónica, pH y potencial redox. Lo anterior, tanto en el área de sedimentación del centro como fuera de ésta, incluyendo filmaciones submarinas, a ser efectuado por una entidad técnica de fiscalización ambiental autorizada por esta Superintendencia (en adelante, “ETFA”); y

8.2. Dar aviso a esta Superintendencia, con a lo menos 48 horas de antelación, respecto de la fecha de realización del monitoreo de sedimento detallado precedentemente.

9. Valga señalar que la fiscalización de la oportuna y efectiva ejecución de las medidas ordenadas a Nova Austral S.A., consta en el expediente DFZ-2019-1420-XII-MP, parte integrante del presente sancionatorio.

C. ACTIVIDADES DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL POR PARTE DE ESTA SMA

10. Con motivo de la denuncia de SERNAPESCA, esta Superintendencia llevó a cabo actividades de fiscalización ambiental consistentes en un examen de

información, de cuyos resultados y conclusiones se dejó constancia en el Informe de Fiscalización Ambiental disponible en el expediente DFZ-2019-1418-XII-RCA (en adelante e indistintamente, “el IFA 2019”), derivado electrónicamente a la entonces División de Sanción y Cumplimiento, actualmente el Departamento de Sanción y Cumplimiento (DSC), mediante Actividad N° 44053, de fecha 18 de agosto de 2020; siendo la materia relevante objeto de la fiscalización el manejo de los efectos de la materia orgánica por alimento no consumido y fecas de peces, en el sedimento y columna de agua bajo el centro de engorda, así como el análisis de los resultados de los monitoreos decretados mediante la Resolución Exenta N° 1025/2019.

III. CARGO FORMULADO

11. Mediante Memorándum D.S.C. N° 525, de fecha 15 de junio de 2021, se procedió a designar a Felipe Concha Rodríguez como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Gonzalo Parot Hillmer como Fiscal Instructor suplente.

12. Con fecha 01 de julio de 2021, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio al procedimiento sancionatorio Rol D-143-2021 mediante la formulación de cargos a Nova Austral S.A., contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021, por supuesta infracción al artículo 35 letra “a” de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental. El cargo imputado es el siguiente:

Tabla 2: Cargo formulado en el procedimiento sancionatorio Rol D-143-2021

N°	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas	Clasificaciones art. 36 LOSMA
1	Alteración artificial, entre los meses de marzo y junio de 2019, de la columna de agua y fondo marino del CES Aracena 14, incluyendo la sepultación del sedimento bajo la zona de las balsas jaula, sin la correspondiente autorización sectorial, producto de los resultados anaeróbicos de los muestreos de información ambiental	<p>RCA N° 151/2003</p> <p>Considerando 5.1 “a”, Normativa Sectorial “[...] <i>El Titular deberá dar cumplimiento al Reglamento Ambiental para la Acuicultura, D.S. N° 320/2001 (MINECON)</i>”</p> <p>RCA N° 79/2010</p> <p>Considerando 4.4.1, Reglamento ambiental para la acuicultura “[...] <i>El titular deberá dar cumplimiento al Reglamento Ambiental para la Acuicultura, D.S. (MINECON) N° 320 de 2001</i>”</p> <p>D.S. N° 320/2001 MINECON, reglamento ambiental para la acuicultura</p> <p>Art. 4 letra “a”</p> <p><i>“Todo centro de cultivo deberá cumplir</i></p>	<p>Gravísima, N° 1 letra “e”</p> <p>Grave, N° 2 letras “a)” e “i)”</p>

N°	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas	Clasificaciones art. 36 LOSMA
		<p><i>siempre con las siguientes condiciones: [...] a) Adoptar medidas para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad, incluidas las mortalidades, compuestos sanguíneos, sustancias químicas, lodos y en general materiales y sustancias de cualquier origen, que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de emisión dictadas en conformidad con el artículo 40 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente”</i></p> <p>Art. 8 bis <i>“El uso de mecanismos físicos, productos químicos y biológicos, o la realización de cualquier proceso que modifique las condiciones de oxígeno del área de sedimentación, así como las actividades que resuspendan el sustrato, el arado, arrastre, aspirado o extracción del material sedimentado proveniente de centros de cultivo, solo podrán ser llevados a cabo previa autorización por resolución fundada de la Subsecretaría”</i></p>	

IV. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

13. En virtud de lo dispuesto en el art. 42 de la LOSMA y en el art. 6° del D.S. N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, la mencionada Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021 estableció en su resuelvo “III.” que el infractor tenía un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento, y de 15 días hábiles para formular sus descargos, respectivamente.

14. La Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021 fue notificada personalmente de conformidad con el art. 46 de la ley N° 19.880, con fecha 05 de julio de 2021, según da cuenta el acta levantada al efecto por personal de esta Superintendencia.

15. Con fecha 09 de julio de 2021 y estando dentro de plazo, don Nicolás Alejandro Larco presentó en nombre del titular una solicitud de ampliación de plazos para presentar un programa de cumplimiento y descargos, fundándose en “*el propósito de*

dar estudio acabado de los antecedentes que conforman el expediente y evaluar con detalle la presentación del programa de cumplimiento o descargos que en derecho correspondan”.

16. Con fecha 14 de julio de 2021, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-143-2021, el Fiscal Instructor de este procedimiento resolvió otorgar la ampliación de plazos, concediendo el plazo de 5 días hábiles para la presentación de un programa de cumplimiento y 7 días hábiles para la presentación de descargos, ambos contados desde el vencimiento de los respectivos plazos originales.

17. Con fecha 05 de agosto de 2021 y estando dentro de plazo, el titular presentó descargos en contra del cargo imputado en su contra mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021. Asimismo, en dicha presentación acompañó documentos.

18. Con fecha 20 de octubre de 2021, el titular acompañó un informe técnico preparado por la consultora AVMC SpA de septiembre de 2021, en el que desarrolla argumentaciones que tienen como propósito precisar, conceptualizar y contextualizar la información técnica sobre la que se imputa el efecto de daño ambiental a la infracción objeto del cargo formulado. Dicho informe adicionó anexos.

19. Con fecha 10 de diciembre de 2021, el titular ingresó una presentación ante esta Superintendencia, solicitando en lo principal se tuviesen presentes las medidas que ha adoptado la empresa tras los hechos denunciados, con el objetivo de mejorar su gestión ambiental y asegurar el cumplimiento a la legislación ambiental aplicable; las declaraciones vertidas por el Superintendente del Medio Ambiente en el marco de la emisión del reportaje referido al caso de Nova Austral, en el programa “Informe Especial” de Televisión Nacional de Chile; y nuevos antecedentes a ser tomados en consideración al momento de ponderar las circunstancias previstas en el art. 40 de la LOSMA. Asimismo, en dicha presentación se acompañaron ciertos documentos.

20. Mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-143-2021, de fecha 10 de mayo de 2022, esta Superintendencia tuvo por presentados los descargos en el presente sancionatorio, tuvo por acompañados los documentos anexos, tuvo presente las alegaciones de fecha 10 de diciembre de 2021 y requirió de información al titular para que acreditase, dentro del plazo de cinco días, una serie de circunstancias a ser tenidas en consideración para la determinación de la sanción específica que corresponda aplicar.

21. Con fecha 23 de mayo de 2022 y estando dentro de plazo, el titular ingresó ante esta Superintendencia una solicitud de ampliación del plazo otorgado por la Res. Ex. N° 3/Rol D-143-2021, fundada en la necesidad de recopilar y sistematizar adecuadamente la información y antecedentes técnicos requeridos.

22. Con fecha 24 de mayo de 2022, mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-143-2021, el Fiscal Instructor de este procedimiento resolvió otorgar la ampliación de plazos, concediendo un término adicional de dos días hábiles, contados desde el vencimiento del respectivo plazo original.

23. Con fecha 31 de mayo de 2022 y estando dentro de plazo, la empresa ingresó a la Oficina de Partes de esta SMA una presentación en respuesta al requerimiento de información, acompañando una serie de antecedentes y solicitando su reserva.

24. Finalmente, mediante la Res. Ex. N° 5/Rol D-143-2021, de fecha 15 de junio de 2022, esta Superintendencia tuvo por respondido el requerimiento de información, tuvo por acompañados los antecedentes acompañados, concedió la reserva de documentos solicitada y dispuso el cierre de la investigación.

V. DICTAMEN

25. Con fecha 15 de junio de 2022, mediante MEMORANDUM D.S.C. –Dictamen N° 70/2022, el Instructor remitió a este Superintendente el dictamen del presente procedimiento sancionatorio, con propuesta de sanción, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la LOSMA.

VI. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DEL TITULAR

26. Habiendo sido notificado personalmente el titular con fecha 05 de julio de 2021 de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-143-2021, que dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionatorio, Nova Austral S.A. presentó escrito de descargos dentro del plazo otorgado para tal efecto, así como también acompañó prueba documental.

27. El escrito de descargos está organizado en varias secciones. La primera y la segunda versan acerca de la configuración de la infracción, arguyendo que el cargo que se imputa no cumple con los requisitos establecidos en el art. 49 de la LOSMA –toda vez que estaría basado en hechos y circunstancias supuestos que la SMA describiría de manera incierta e imprecisa– y que, en lugar de constatar hechos, esta SMA se concentraría en la presunta motivación de la empresa –cuestión que no forma parte de la disposición considerada como infringida–, respectivamente.

28. Luego, prosiguen las alegaciones en contra de cada una de las tres clasificaciones atribuidas a la infracción imputada. En efecto, la empresa alega que la aplicación de la circunstancia calificante del art. 36 número 1 literal “e” de la LOSMA carece de fundamento legal –toda vez que no se verifica ninguna de las hipótesis que la norma contempla–, que la imputación de daño ambiental se funda en argumentos teóricos e imprecisos y que no se verifica en la especie una actividad sin autorización dentro de un área silvestre protegida del Estado, respectivamente.

29. Estas defensas, junto con aquellas que versan acerca de la configuración de la infracción, serán ponderadas en los capítulos VIII y IX de la presente resolución, en lo que corresponda. Por último, se presenta el análisis de las circunstancias del art.

40 de la LOSMA que, a juicio del titular, concurren a su favor en el presente caso. Estas últimas alegaciones serán ponderadas en el capítulo X de la presente resolución, en lo que corresponda.

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

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

32. Finalmente, el titular sostiene que el ex Superintendente se habría excedido de las competencias que le han sido asignadas por ley, a partir de declaraciones como *“tenemos que apuntar a un ordenamiento territorial que indique y dé las señales correctas para que los usos que se realizan en un área protegida sean compatibles con su objeto de protección”*, por cuanto no le compete definir si un determinado proyecto puede o no, o si debiera o no, desarrollarse en un área protegida.

33. Específicamente y sólo respecto al conjunto de alegaciones del titular referidas a las declaraciones vertidas en el programa Informe Especial, teniendo a la vista la separación de etapas y funciones que se colige de lo estatuido por los arts. 49, 50 y 53 de la LOSMA para la sustanciación de un procedimiento sancionatorio, mal podría el Fiscal Instructor haberse pronunciado acerca de las declaraciones de una autoridad que a la fecha de elaboración del dictamen respectivo aún no había intervenido en el seno de este verdadero iter administrativo sancionador ambiental.

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

35. Dado que la autoridad que vertió esos dichos a la fecha de la presente resolución ya no ejerce el cargo de Superintendente, no tiene objeto

pronunciarse acerca del contenido de lo expresado. Las alegaciones planteadas se dirigen, en el fondo, a solicitar la inhabilidad del Superintendente que emitió las mencionadas declaraciones, al momento de resolver sobre la propuesta de dictamen. Esa alegación no resulta necesaria y atendible en la situación actual, en la medida que el Superintendente de la época no es quien debe pronunciarse sobre dicha propuesta.

VII. MEDIOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

36. En relación a la prueba en el presente procedimiento sancionatorio, debe señalarse que, conforme al art. 51 inciso primero de la LOSMA, 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 art. 53 de la LOSMA establece como requisito mínimo para la elaboración del dictamen, que éste señale la forma en la que se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos. En vista de lo anterior, cabe sostener que la apreciación de la prueba en los procedimientos administrativos sancionadores que instruye esta Superintendencia, con el objeto de comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos, se realiza conforme a las reglas de la sana crítica.

37. La sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, ubicándose así entre dos extremos: la prueba legal o tasada por un lado, y la libre o íntima convicción, por el otro. 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 él². Todo lo anterior, sin contrariar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

38. 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”³.

39. Por lo tanto, cumpliendo con el mandato legal, se usarán las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valoración que se llevará a cabo en los capítulos siguientes, referidos a la configuración de la infracción, calificación de la infracción y ponderación de la sanción.

2 TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *El proceso en acción* (Santiago, Editorial Libromar Ltda., 2000) p. 282.

3 Excma. Corte Suprema, en fallo de fecha 24 de diciembre de 2012 recaído en causa rol 8654-2012, cons. vigésimo segundo.

40. En dicho contexto, dentro del conjunto de medios probatorios habidos en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, se cuenta en primer lugar con el informe denuncia asociado al Centro de Cultivo de Salmones Aracena 14 –código de centro 120096– elaborado por SERNAPESCA, que da cuenta de la actividad de fiscalización documental por funcionarios de dicho servicio a la unidad fiscalizable durante los meses de junio y julio de 2019, la cual contempló la revisión de los INFA realizados por el titular al centro de cultivo, así como de las filmaciones submarinas asociadas a los INFA realizados entre los años 2017 y 2019, e incluso INFA internos realizados por el propio titular en mayo de 2019. Estos antecedentes, junto con anexos que lo complementan, fueron presentados a esta Superintendencia con fecha 10 de julio de 2019, mediante el Ord. N° 141467, de la Dirección Nacional de SERNAPESCA. Dentro de sus anexos se encuentra:

40.1. INFA correspondientes al CES Aracena 14, con fechas de muestreo 21 de abril de 2017, 05 de septiembre de 2018, 16 de abril de 2019 y 07 de junio de 2019;

40.2. INFA internos realizados por el titular al CES Aracena 14, con fechas de muestreo 19, 20 y 21 de mayo de 2019.

41. En segundo lugar, se cuenta con la fiscalización ambiental consignada en el informe técnico del expediente DFZ-2019-1420-XII-MP, con sus respectivos anexos, dentro de los cuales se encuentra:

41.1. Actas de inspección ambiental de fechas 26 y 27 de julio y 02 de agosto de 2019, correspondientes a las actividades de supervisión de la ejecución de la medida provisional de monitoreos de caracterización de sedimento en el centro de cultivo, ordenados mediante la Res. Ex. N° 1025/2019;

41.2. Carta S/N, emitida por la empresa Nova Austral S.A. y recibida por esta SMA con fecha 06 de agosto de 2019, que entregó documentación como medio para verificar el cumplimiento de las medidas dictadas; y

41.3. Carta AT N° 41/2019, emitida por la empresa Nova Austral S.A. y recibida por la SMA con fecha 05 de septiembre de 2019, que entregó documentación una vez emitidos los informes con resultados por parte de las ETFA.

42. En tercer término, se cuenta con la fiscalización ambiental consignada en el informe técnico del expediente DFZ-2019-1418-XII-RCA, con todos sus anexos e información, dentro de los cuales se encuentra:

42.1. Ord. N° E21102 emitido por la Dirección Regional de SERNAPESCA Magallanes con fecha 18 de julio de 2019, que entregó información complementaria a la denuncia sectorial (anexo 5);

42.2. Carta emitida por la empresa CONCREMAG S.A. con fecha 24 de julio de 2019 (anexo 6);

42.3. Carta presentada por la empresa Marine Duty Ltda. con fecha 01 (anexo 7);

42.4. Carta G.T. N°613/2019 emitida por la empresa Constructora Vilicic S.A. con fecha 01 de agosto de 2019 (anexo 8);

42.5. Carta presentada por la empresa Marine Duty Ltda. con fecha 12 de agosto de 2019 (anexo 9);

42.6. Carta emitida por la empresa Lofer Ltda. con fecha 23 de agosto de 2019 (anexo 10);

42.7. Ord. N° 063/2019 E21425 emitido por la Dirección Regional de SERNAPESCA Magallanes con fecha 28 de agosto de 2019, que entregó información complementaria a la denuncia sectorial (anexo 11);

42.8. Ord. N° 797 emitido por la Subsecretaria de Pesca y Acuicultura con fecha 07 de julio de 2020 (anexo 13);

42.9. Ord. N° MAG-10000/2020 emitido por la Dirección Regional de SERNAPESCA Magallanes con fecha 17 de julio de 2020, que entregó información complementaria a la denuncia sectorial (anexo 14);

42.10. Ord. N° MAG-10011/2020 emitido por la Dirección Regional de SERNAPESCA Magallanes con fecha 03 de agosto 2020, que entregó información complementaria a la denuncia sectorial (anexo 15); y

42.11. Ord. N° MAG-10012/2020 emitido por la Dirección Regional de SERNAPESCA Magallanes con fecha 03 de agosto de 2020, que entregó información complementaria a la denuncia sectorial (anexo 16).

43. Más arriba se adelantó, en lo que respecta al valor probatorio de los hechos constatados en la fiscalización de un proyecto, que el art. 51 inciso segundo de la LOSMA dispone que “[l]os hechos constatados por funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”. Por su parte, el art. 8° de la LOSMA señala que “[l]os hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”. En consecuencia, los hechos constatados por estos funcionarios y recogidos en el acta de inspección contenida en el correspondiente informe de fiscalización, gozan de una presunción legal de veracidad⁴.

44. Lo afirmado ha sido reconocido por el Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, que ha expresado “[q]ue al tenor de los preceptos anteriormente citados, para que proceda en el caso de autos la presunción legal se requiere que los hechos hayan sido constatados por un ministro de fe y formalizados en el expediente respectivo”⁵.

45. Asimismo, los incisos primero y segundo del art. 122 de la LGPA establecen respectivamente que “[l]a fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, sus reglamentos y medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad, será ejercida por funcionarios del Servicio y personal de la Armada y de Carabineros, según corresponda, a la jurisdicción de cada una de estas instituciones” y “[e]n el ejercicio de la función de fiscalizadora de la actividad pesquera y de acuicultura, los funcionarios del Servicio y el personal de la Armada tendrán la calidad de Ministros de Fe”.

46. Por tanto, la presunción legal de veracidad de lo constatado por el ministro de fe, constituye prueba suficiente cuando no ha sido desvirtuada por el presunto infractor o los terceros interesados, lo cual será considerado al momento de valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en los apartados siguientes. Adicionalmente, cabe

4 Ahora bien, esto último no obsta a que los hechos fundantes de una infracción sean constatados por funcionarios de otros servicios, a quienes las respectivas leyes orgánicas les otorguen igualmente la calidad de ministros de fe.

5 En fallo de fecha 12 de septiembre de 2014 recaído en causa rol R-23-2014, cons. 13°.

mencionar lo señalado al respecto por la jurisprudencia administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al respecto, la Contraloría General de la República, en su dictamen N° 37.549, de 25 de junio de 2012, precisó que “[...] *siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad*”.

47. Por otro lado, y en cuarto lugar, se cuenta con la prueba documental presentada por el titular en el otrosí de su escrito de descargos, así como durante el transcurso del procedimiento. Dichos documentos se tuvieron por acompañados mediante el resuelvo I de la Res. Ex. N° 3/Rol D-143-2021 y consisten en:

- 47.1. “Informe N° 001 Centro Aracena 14 Nova Austral, de fecha 1 al 3 de agosto de 2019, emitido por Patagonia ROV”;
- 47.2. “Hoja de Seguridad del producto AteOx”;
- 47.3. Informe técnico preparado por la consultora AVMC SpA de septiembre de 2021;
- 47.4. “Estudio de modelación hidrodinámica de transpote [sic] de sedimentos”;
- 47.5. “Monitoreo interno Aracena 14. OT 3039”;
- 47.6. “Estados financieros consolidados de Nova Austral S.A. y sus subsidiarias”, preparado por la consultora EY, de fecha 30 de abril de 2021.

48. En quinto lugar, se cuenta con los medios de prueba presentados por el titular con fecha 31 de mayo de 2022, en virtud del requerimiento de información formulado en el resuelvo III de la Res. Ex. N° 3/Rol D-143-2021. Dichos antecedentes consisten en:

- 48.1. Estados financieros consolidados de la empresa y subsidiarias al 31 diciembre 2021 y 2020;
- 48.2. Cotizaciones 1224-V1-2021 emitida por Gestión Acuícola, Marítima y Ambiental Ltda.;
- 48.3. Facturas electrónicas N° 1099 emitida por Gestión Acuícola, Marítima y Ambiental Ltda.;
- 48.4. Cotización N° 1297 emitida por Tecnología Robótica Industrial Chile SpA;
- 48.5. Orden de compra N° 1529817;
- 48.6. Factura electrónica N° 1520 emitida por Tecnología Robótica Industrial Chile SpA;
- 48.7. Proforma N° 1297 emitida por Tecnología Robótica Industrial Chile SpA;
- 48.8. Cotización N° 9 emitida por Tri Servicios SpA;
- 48.9. Factura electrónica N° 44 emitida por Tri Servicios SpA;
- 48.10. Documento “Informe de resultados faena de inspección y limpieza de playas”, noviembre 2021; y
- 48.11. Planilla de costos implementación Gerencia Legal & Compliance.

49. Por lo tanto, para todos los elementos de prueba presentes en el procedimiento, respecto de los cuales se pueda sostener que hayan sido levantados por funcionarios de la Administración del Estado que gocen de la calidad de ministros de fe, se estará a la presunción legal de veracidad anteriormente descrita, en la medida en que no haya sido desvirtuada por el presunto infractor. En cambio, aquellos elementos que no gocen de esta presunción serán analizados conforme a las reglas de la sana crítica, de manera de atribuirles o bien negarles valor probatorio según corresponda.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

50. En este capítulo, considerando los antecedentes y medios de prueba tenidos a la vista, se analizará la configuración de la infracción que se ha imputado a Nova Austral S.A. en el presente procedimiento administrativo sancionatorio. Para ello, se hará un recuento de lo levantado durante las actividades de fiscalización para el cargo y se expondrán las respectivas obligaciones ambientales cuyo incumplimiento se imputó mediante la Res. Ex. N° 1/RoI D-143-2021. Luego, se expondrán las defensas del titular para cada asunto y su correspondiente análisis.

A. NATURALEZA DE LA IMPUTACIÓN

51. El **Cargo N° 1** se configura como una infracción de aquellas tipificadas en el artículo 35, letra “a)”, de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la resolución de calificación ambiental, específicamente por haber ejecutado una alteración artificial de la columna de agua y del fondo marino de la unidad fiscalizable, sin autorización. Al respecto, cabe señalar que el par de licencias ambientales que rigen al proyecto, a saber, la RCA N° 151/2003 y la RCA N° 79/2010, incluyen al D.S. N° 320/2001 dentro de la normativa a ser observada por el titular.

52. En detalle, la RCA N° 151/2003 en su considerando 5.1 “a”, “Normativa Sectorial” dispone que “[e]l Titular deberá dar cumplimiento al Reglamento Ambiental para la Acuicultura, DS. N° 320/2001 (MINECON)”. Igualmente, el considerando 4.4.1 “Reglamento ambiental para la acuicultura” de la RCA N° 79/2010 reitera este deber en los mismos términos. Por su parte, el art. 8 bis del RAMA dispone que “[e]l uso de mecanismos físicos, productos químicos y biológicos, o la realización de cualquier proceso que modifique las condiciones de oxígeno del área de sedimentación, así como las actividades que resuspendan el sustrato, el arado, arrastre, aspirado o extracción del material sedimentado proveniente de centros de cultivo, solo podrán ser llevados a cabo previa autorización por resolución fundada de la Subsecretaría”.

53. En concreto, a partir de las precedentes condiciones, normas y medidas infringidas, el referido cargo consiste en lo siguiente: “[a]lteración artificial, entre los meses de marzo y junio de 2019, de la columna de agua y fondo marino del CES Aracena 14, incluyendo la sepultación del sedimento bajo la zona de las balsas jaula, sin la correspondiente autorización sectorial, producto de los resultados anaeróbicos de los muestreos de información ambiental”.

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

b.1 Condición ambiental del CES Aracena 14

54. Según expone el IFA 2019 y de acuerdo a los antecedentes proporcionados por SERNAPESCA, los INFA del CES Aracena 14 correspondientes a muestras extraídas con fechas 05 de septiembre de 2018 y 16 de abril de 2019, habían arrojado que en dicho centro se generaron condiciones anaeróbicas, en circunstancias que luego de ello, tras el último muestreo realizado con fecha 07 de junio de 2019, se registró una condición aeróbica. En complemento a lo anterior, mediante Ord. N° MAG-10011/2020 de fecha 03 de agosto de 2020, SERNAPESCA remitió antecedentes específicos relativos a los INFA obtenidos en el CES Aracena 14 durante el periodo transcurrido entre los años 2017 y 2019, de lo cual se puede destacar lo siguiente:

54.1. Mediante ORD./D.G.A/N°110853 de 2017, SERNAPESCA informó a la empresa que el muestreo de fecha 21 de abril de 2017 había arrojado condiciones ambientales aeróbicas;

54.2. Posteriormente y luego de finalizado un ciclo de cultivo, mediante ORD./D.G.A/N°131986 de 2018, SERNAPESCA informó al titular que el muestreo de fecha 05 de septiembre de 2018 había arrojado condiciones anaeróbicas, debido a la observación de una cubierta de microorganismos en el área de sedimentación;

54.3. Luego, mediante ORD./D.G.A/N°139361 de 2019, SERNAPESCA informó al titular que el muestreo de fecha 16 de abril de 2019 había arrojado que las condiciones anaeróbicas previamente registradas se mantenían –observación de una cubierta de microorganismos en el área de sedimentación–;

54.4. Finalmente, SERNAPESCA le informó al titular, mediante ORD./D.G.A/N°142125 de julio de 2019, que el INFA levantado a partir del muestreo de fecha 07 de junio de 2019, si bien arrojó que no se observa cubierta de microorganismos en filmación submarina, que equivaldría a condiciones aeróbicas, había sido considerado inválido, debido a la realización de una investigación en curso por una presunta alteración del fondo marino.

b.2 Traslado de arena y materiales al CES Aracena 14

55. Según se consigna en el IFA 2019, mediante Ord. N° E21102 de 2019, SERNAPESCA adjuntó información complementaria a la entregada originalmente en su denuncia, vinculada al transporte de arena y otros materiales hacia el CES Aracena 14. Al respecto, a través del documento antes señalado se acompañaron correos electrónicos emitidos por el Operador de Turno de la División Control de Tráfico Marítimo de la Capitanía de Puerto de Punta Arenas, los cuales dan cuenta del manifiesto de carga N° 5147 de la embarcación “M/N Corcovado IV”, presentado para el zarpe del día 14 de mayo de 2019 a las 22:38 horas, con destino a los centros de cultivo de Cockburn 23, Cockburn 14, Cockburn 3, Aracena 19, Aracena 14 y Aracena 2, todos del titular. De la revisión de dicho manifiesto, se advierte que el embarque contempló el traslado, entre otros materiales, de 60 *Big Bag* –maxisacos– con arena hasta el CES Aracena 14, sin guía de despacho.

56. En complemento a lo anterior, se adjuntó en dicha misiva un informe de fiscalización de la embarcación “Lucas” CA 6718, matrícula VLD 6780, emitido con fecha 17 de julio de 2019, levantado con ocasión de una inspección practicada por funcionarios de SERNAPESCA y de la Capitanía de Puerto de Punta Arenas el día 10 del mismo mes, constatándose lo siguiente:

56.1. El día 28 de marzo de 2019, a partir de las 14:00 horas, la embarcación participó en trabajos realizados en el CES Aracena 14 para la descarga de un total de 50 bolsas de arena de 500 kg cada una, desde la barcaza “Melinka”;

56.2. El día 15 de abril de 2019, entre las 09:00 y las 10:00 horas, la embarcación efectuó la carga de 17 sacos de arena en el CES Aracena 1 para luego zarpar con destino al CES Aracena 14;

56.3. El día 04 de mayo de 2019, entre las 13:00 y las 17:30 horas, la embarcación participó en la descarga de sacos de arena desde la barcaza “Sirius”, los cuales se dejaron en módulo del CES Aracena 14;

56.4. El día 21 de mayo de 2019, esta embarcación trasladó 6 toneladas de arena al CES Aracena 14.

57. Igualmente, se adjuntó un informe de fiscalización de la barcaza “Melinka” CB 2808, emitido con fecha 17 de julio de 2019, levantado con ocasión de una inspección practicada por funcionarios de SERNAPESCA y de la Capitanía de Puerto de Punta Arenas el día 12 del mismo mes, constatándose lo siguiente:

57.1. La barcaza “Melinka” fue arrendada por el titular a la empresa Transbordadora Austral Broom S.A.; y al consultársele al capitán de dicha embarcación con respecto a la faena de transporte y descarga de arena efectuada durante el mes de marzo de 2019 en el CES Aracena 14, éste indicó que se trasladaron 110 bolsones de arena de 1.200 kg cada uno al sector de Isla Capitán Aracena;

57.2. El día 26 de marzo de 2019, entre las 10:00 y las 11:00 horas, la barcaza participó en una faena de descarga de arena y maquinaria en el CES Aracena 14;

57.3. El día 28 del mismo mes, entre las 10:25 y las 18:20 horas, la barcaza participó en una faena de descarga de bolsones de arena con la embarcación “Lucas” en el CES Aracena 14;

57.4. El manifiesto de carga N° 5074 de la embarcación, presentado para el zarpe del día 23 de marzo de 2019 a las 22:00 horas, da cuenta del traslado de distintos materiales y equipos al CES Aracena 14, los cuales incluyeron: grupo electrógeno, bomba *Dragflow*, dos mangueras de caucho y un tablero de control; todo ello asociado a la empresa Marine Duty Ltda., así como también de materiales en 100 *Big Bag* sin guía de despacho.

58. Sumado a todo lo anterior, mediante Ord. N°063/2019 E21425 de 2019, SERNAPESCA remitió información complementaria relativa a la ubicación satelital de las embarcaciones barcaza “Melinka”, “Sirius”, “Corcovado IV” y “Lucas”; todas las cuales se encontraron en el área del CES Aracena 14 entre el 26 de marzo y el 26 de mayo, de 2019.

59. Por último, mediante carta emitida con fecha 24 de julio de 2019, la empresa CONCREMAG S.A. le remitió a esta Superintendencia copia de un

total de 13 guías de despacho que dan cuenta de la entrega en cantera de bolsones de 0,5 m³ de arena gruesa, entre los meses de marzo y mayo de 2019 a Nova Austral S.A., por un total de 134 m³, señalando además que durante el año 2018 no se habían efectuado ventas de arena al titular.

b.3 Faenas realizadas en el CES Aracena 14

60. Mediante carta presentada con fecha 01 de agosto de 2019, la empresa Marine Duty Ltda. le señaló a esta Superintendencia que había realizado trabajos, entre los años 2018 y 2019, para la empresa Nova Austral S.A. en varios de sus centros de cultivo, particularmente en el CES Aracena 14 entre el 18 de marzo de 2019 y el 03 de junio de 2019. Del mismo modo, la empresa indicó que las actividades desarrolladas para el titular consistieron en monitoreos permanentes de todas las variables INFA y, de ser necesario, llevar agua desde la superficie a la última capa de la masa de agua en donde el oxígeno es bajo o deficitario –con lo que, por contigüidad, se consigue aumentar los niveles de oxígeno en el sustrato marino; de acuerdo a lo indicado en el IFA 2019–. Adicionalmente, la empresa señaló que respecto del CES Aracena 14 se había efectuado un monitoreo ambiental, planimetría e ingreso de agua, en circunstancias que *“el mandante decidió también echar algunos sacos de arena, tarea a la que dispuso gente y medios y se nos dio la instrucción de cooperar”*. En complemento, Marine Duty Ltda. indicó que los informes entregados a Nova Austral S.A. por los trabajos realizados fueron planimétricos, numéricos y verbales en faena, en tanto que la instrucción de base habría sido monitorear permanentemente, por muchos días, observar cambios e informar. Agregó que, de tener resultados desfavorables, la instrucción era llevar agua desde la superficie a la capa cercana al fondo. En el transcurso de los días se debían observar resultados. En cuanto al informe final esperado por el titular, Marine Duty Ltda. señaló que no era más que la INFA propiamente tal.

61. Por otra parte, mediante carta presentada con fecha 12 de agosto de 2019, Marine Duty Ltda. le señaló a esta SMA que Nova Austral S.A. les instruyó vaciar entre 50 y 60 sacos de arena con un peso aproximado de 500 kg; no obstante ello, la empresa tenía más sacos en el sector de la concesión que distribuyó, incluyendo arena sacada de la playa. Asimismo, se indicó que no se contaba con un inventario preciso de las cantidades involucradas, en circunstancias que tampoco el personal de la empresa estuvo durante todo el tiempo que se desarrollaron las faenas de descarga de arena, dado que se habían retirado del centro antes del término de estas últimas.

62. Con respecto a la inyección o dosificación de agentes químicos, Marine Duty Ltda. informó que en el CES Aracena 14 se probó aplicar percarbonato y se monitoreó su comportamiento. Indicó que los resultados obtenidos fueron negativos, en cuanto a que no se produjo cambio alguno en el fondo ni en la *Beggiatoa* presente. En complemento, señaló que la aplicación de dicho agente fue mediante el uso de una motobomba y un embudo en superficie, desconociendo la fecha precisa de realización de dicha actividad. Finalmente, señaló que era de su entendimiento que las autorizaciones para realizar cualquier procedimiento en el centro de cultivo debían ser solicitadas por el titular.

63. Mediante Ord. N° MAG-10000/2020 de 2020, SERNAPESCA remitió información vinculada a la relación comercial existente entre las empresas Nova Austral S.A. y Marine Duty Ltda., adjuntándose una orden de compra N° 1513303, con fecha

de entrega el 26 de abril de 2019, y una cotización emitida por esta última con fecha 18 de marzo de 2019, la cual detalló los siguientes trabajos a realizar:

63.1. Limpieza de fondo marino y remoción de *Beggiatoa* en centro de cultivos Aracena 14, respecto de 8 transectas de 50 metros de longitud según coordenadas entregadas por el cliente; basándose dicho servicio en la utilización de una bomba de succión vertical de alto caudal –350 m³/h– que inyectaría agua directamente en el intersticio del lodo marino, arena o piedras, en orden a retirar lodos anóxicos y cambiar las condiciones físico químicas del sustrato, mejorando las variables anómalas⁶. Se señala además que dichas faenas se ejecutarían desde superficie mediante la embarcación de dragado “MS/2”, la cual se encontraba equipada para tal efecto;

63.2. En una segunda instancia, se contempló la aplicación de una capa de 3 centímetros de espesor de arena destinada a cubrir los espacios abiertos en el fondo, a lo largo de cada transecta y por un ancho de 20 metros cada una;

63.3. Se menciona además que para todo lo anteriormente descrito, Nova Austral S.A. proporcionaría alojamiento y logística para tres operadores, estimando un tiempo de trabajo de 15 días, a propósito del tipo de fondo irregular, rocoso y con mucho material a retirar.

64. Por último, mediante Ord. N° 797 de 2020, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura informó que no había otorgado autorización alguna a Nova Austral S.A. para realizar en el CES Aracena 14 cualquiera de las actividades detalladas en el art. 8° bis del RAMA.

b.4 Resultados del muestreo de sedimentos ordenado por esta SMA

65. Del análisis de los resultados de la medida provisional de monitoreo de caracterización de sedimento, realizado el 26 de julio de 2019, y en lo atinente al presente sancionatorio, se concluye en el IFA 2019 que:

65.1. En cuanto al parámetro granulometría, se advirtió que, del total de muestras de sedimento analizadas, aquellas que presentaron fracciones sedimentarias predominantes más elevadas –mayores o iguales a un 50%– fueron las obtenidas desde el interior del área de la concesión acuícola del centro –muestras M2-A, M2-B, M3-A, M3-B y M4-B–, correspondiendo todas ellas a “grava” mayor a 2 mm. En el caso particular de las muestras M2-B y M3-A, éstas presentaron fracciones sedimentarias que incluso alcanzaron entre un 80 y 93% de la composición total de cada muestra. En cuanto al grado de selección o desviación estándar, aquellas descritas previamente –ubicadas dentro del área de concesión de acuicultura del centro– presentaron una importante uniformidad en el tamaño de sus granos, siendo clasificado su material como “moderadamente seleccionado”, “moderadamente bien seleccionado” y “muy bien seleccionado”. Por el contrario, las fracciones sedimentarias predominantes en las muestras obtenidas en los puntos de control M5 y M6 –M5-A, M5-B, M6-A y M6-B–, emplazados fuera del área de concesión acuícola del centro, correspondieron a “arena fina”, “arena muy gruesa” y “grava”, con composiciones de entre un 25 y un 43%; todas ellas con grado de selección o desviación estándar que clasificarían dicho material como “pobrementemente seleccionado”. Ahora bien, en cuanto

⁶ Lo que concuerda con lo vertido en el manifiesto de carga N° 5074 de la embarcación “Melinka”, relevado en el considerando 54.4.

a las características granulométricas de las muestras de sedimentos obtenidas en el mes de abril de 2003 con motivo de la realización de la Caracterización Preliminar de Sitio (en adelante, “CPS”) en el área de concesión acuícola antes del inicio de la operación del centro, éstas dan cuenta que las fracciones sedimentarias predominantes en dicho lugar correspondieron a “arena gruesa”, “arena muy gruesa” y “grava muy fina”, cuyo grado de selección o desviación estándar clasificarían dicho material como “poco seleccionado” y “mal seleccionado” debido a la escasa uniformidad en el tamaño de sus granos. Se concluye en el IFA 2019 que, en forma posterior al inicio de la operación del centro, ha existido una variación en la granulometría del sedimento dentro del área de concesión acuícola del centro, lo cual se manifiesta principalmente por un aumento en la uniformidad en el tamaño de los granos respecto de su condición original, además de una variación en la fracción sedimentaria predominante que implicaría un aumento en la proporción de grava mayor a 2 mm;

65.2. En cuanto al parámetro macrofauna bentónica, se advirtió que en ninguna de las muestras obtenidas dentro del área de concesión acuícola del centro –muestras M1-A, M1-B, M2-A, M2-B, M3-A, M3-B, M4-A y M4-B– se detectó presencia de organismos. Por otro lado, sólo se registró presencia de organismos en los puntos de control M5 y M6 –muestras M5-A, M5-B, M6-A y M6-B– ubicados fuera del área de concesión acuícola, los cuales correspondieron a un total de 5 taxas con una abundancia que varió entre 10 y 40 individuos/m². Por el contrario, en cuanto a los resultados de parámetros comunitarios de la macrofauna asociada a las muestras de sedimentos obtenidas en el mes de abril de 2003 con motivo de la CPS en el área de concesión acuícola antes del inicio de la operación del centro, éstos daban cuenta de la existencia de 38 taxas con una abundancia que varió entre 100 y 11.800 individuos por metro cuadrado⁷. Se concluye en el IFA 2019 que, en forma posterior al inicio de la operación del centro, la condición antes señalada ha cambiado drásticamente, generándose la total ausencia de individuos de macrofauna en el sedimento del área de concesión acuícola del mismo;

65.3. En cuanto a la inspección visual merced de filmaciones submarinas, se constató la presencia de arena blanca en varios sectores con largas extensiones combinadas con conchillas del sector, habiendo algunas variaciones en el color de la arena en otros sectores.

b.5 Conclusiones del IFA

66. Por último, según concluyó la entonces División de Fiscalización (en adelante, “DFZ”) a partir de todo lo expuesto, el titular habría realizado distintas actividades destinadas a alterar artificialmente el fondo marino en el área de concesión del CES Aracena 14, sin la correspondiente autorización sectorial, con el objetivo de revertir las condiciones anaeróbicas detectadas como resultado de INFA levantados en el lugar entre los años 2018 y 2019.

67. En este sentido, entre los meses de marzo y junio de 2019 el titular habría realizado la planificación, coordinación logística y contratación de servicios de la empresa Marine Duty Ltda. para la ejecución *in situ* de labores destinadas a limpiar el fondo marino a través de la inyección de agua mediante bombeo directamente en el sedimento marino, además de la posterior incorporación de arena y un agente químico oxidante en el área de concesión del centro de cultivo; resultando posible inferir una intencionalidad del titular por ocultar los hechos antes descritos –situación que se haría evidente particularmente por la

7 Vid. anexo 1 de la DIA conducente a la RCA N° 151/2003.

ausencia de guías de despacho para transporte de la arena utilizada y la generación de una orden de compra a la empresa Marine Duty Ltda. por “servicio de monitoreo ambiental” en el centro, pese a que la cotización de los trabajos correspondería a una “limpieza de fondo marino y remoción de *Beggiatoa*” mediante inyección de agua al sedimento y aplicación de una capa de arena–.

b.6 Análisis de los descargos y medios probatorios aportados al procedimiento

- i) El cargo que se imputa no cumple con los requisitos establecidos en el art. 49 de la LOSMA, toda vez que está basado en hechos y circunstancias supuestos que la SMA describe de manera incierta e imprecisa

68. La empresa sostiene que la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021 incurre en manifiestas inexactitudes y suposiciones a la hora de describir los hechos objeto de la imputación, siendo que una descripción clara y precisa de los hechos objeto de cargos es un presupuesto esencial para el debido ejercicio del derecho a defensa por parte del imputado.

69. En lo relativo al supuesto vertimiento de arena al fondo marino, acusa que lo expuesto en el considerando 11 de la formulación de cargos, que hace referencia a la denuncia acerca de la presencia de maxi sacos con contenido desconocido presentada por SERNAPESCA, sólo se trataría de una constatación efectuada sobre la base de suposiciones, sin determinación de contenidos, cantidad o peso. Otro tanto aduce en contra de las referencias al contenido de los sacos y cantidades supuestamente vertidas, específicamente los considerandos 23 y 24 –referidos a la carta presentada por Marine Duty Ltda. con fecha 01 de agosto de 2019–. Enseguida, en lo relativo al supuesto vertimiento de “percarbonato”, acusa que también se habrían omitido referencias claras y precisas al hecho y al compuesto en cuestión. Ello a partir de lo indicado en el considerando 25, pasaje en el que se relata lo reconocido por la empresa Marine Duty Ltda. acerca de la aplicación del agente “percarbonato”; en relación con el considerando 33, en el que especularía que esta sustancia correspondió efectivamente a “percarbonato de sodio”. Sin descontar que no se menciona la fecha, cantidad ni áreas en que se habría realizado la supuesta descarga de este agente químico al fondo marino.

70. A partir de lo señalado y citando variada jurisprudencia judicial y administrativa, el titular sostiene que la formulación de cargos no satisface los requisitos legales del art. 49 de la LOSMA, en tanto no se efectúa una descripción clara y precisa de los hechos y circunstancias en que se fundamenta el supuesto incumplimiento imputado, afectando directamente y de manera adversa su derecho a defensa.

71. Al respecto, el inciso segundo del art. 49 de la LOSMA dispone que “[l]a formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada” (énfasis agregado). De esta norma se coligen los elementos que necesariamente debe contener el libelo acusatorio que marca el inicio de todo procedimiento sancionatorio ambiental,

todos los que se contienen sin lugar a dudas en lo consignado en los resueltos “I.” y “II.” de la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021, cuyos contenidos son resumidos en la Tabla 2 de la presente resolución, la que se da íntegramente por reproducida.

72. A mayor abundamiento, cabe señalar que en la formulación de cargos se realizó un detallado recuento de la conducta imputada al titular, exponiéndose secuencialmente todo el conjunto de elementos fácticos a partir de los cuales DFZ concluyó que la empresa, dentro de un lapso definido, realizó una serie de acciones destinadas a alterar artificialmente el fondo marino en el área de concesión del CES Aracena 14, sin la correspondiente autorización sectorial, con el objetivo de revertir sus condiciones anaeróbicas: la condición ambiental de la unidad fiscalizable hasta antes de la conducta descubierta por SERNAPESCA, el traslado vía marítima de arena y materiales al centro, las faenas realizadas en éste involucrando a terceros y los resultados del muestreo de sedimentos ordenado por esta SMA mediante la Res. Ex. N° 1025/2019.

73. Parece ser que lo que realmente ha pretendido el titular con esta alegación, ha sido controvertir la eficacia probatoria de los puntuales antecedentes que son relevados en los considerandos que ha citado. Sin perjuicio de lo que se razonará más abajo acerca de la efectiva configuración de la infracción, cuestionar la validez de la formulación de cargos según lo expuesto carece de fundamento. Por todo lo anterior, la defensa esgrimida por el titular en orden a que la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021 no cumple con el art. 49 de la LOSMA en orden a contener una descripción clara y precisa de los hechos y circunstancias en que se funda la imputación, **debe ser rechazada.**

ii) Esta SMA se concentra en la presunta motivación de la empresa, cuestión que no forma parte de la disposición supuestamente incumplida

74. El titular consigna en sus descargos que, de acuerdo al cargo formulado, la conducta imputada se habría llevado a cabo “*producto de los resultados anaeróbicos de los muestreos de información ambiental*”, lo que constituiría un motivo específico que carece de algún fundamento que lo sustente. En efecto, del tenor del art. 8 bis del RAMA, se colige que no se exige ningún requisito adicional de motivación para configurar el tipo. Por ende, el mentado antecedente adicional constituiría un elemento volitivo que no se encuentra descrito en la norma ni tiene relevancia alguna para la configuración de la infracción y que está, además, basado en una simple suposición que esta SMA realiza sin pruebas, lo que ha implicado un exceso indebido.

75. Igualmente sostiene el titular que, además de haber añadido antojadizamente un componente de intencionalidad al supuesto actuar de la empresa, la manera en que se formuló el cargo sugiere al mismo tiempo una valoración negativa a la existencia de resultados anaeróbicos, que constituyen un resultado normal de operación de los centros de engorda de salmónidos, respecto del cual la normativa sectorial provee herramientas y consecuencias específicas.

76. Al respecto, cabe coincidir con la empresa en el sentido que el elemento relevado en la formulación del cargo acerca de la presunta motivación para la ejecución de la conducta imputada, no ha de incidir en la configuración de lo elemental o esencial de esta última. En efecto, para la configuración de la infracción basta con evaluar la obligación ambiental, su tipificación y la subsunción de la conducta en la descripción legal, sin atender a otros elementos. No obstante, esta Superintendencia cuenta con un nivel de discrecionalidad suficiente como para relevar, válidamente, elementos accidentales o accesorios a las conductas que forman parte del catálogo de infracciones conforme al art. 35 de la LOSMA y por las que se inicia un sancionatorio, que han de ser ponderados en la medida que corresponda, dentro de la clasificación de gravedad o circunstancias del artículo 40, otorgando al efecto, al presunto infractor, la oportunidad para oponer las defensas que estime pertinentes.

77. En segundo término, en lo que respecta a que la inclusión de este elemento volitivo constituye una improcedente suposición realizada sin pruebas, valga señalar que esta alegación no tiene asidero, en la medida de que dicha suposición responde precisamente a la manera en que debe ser determinado este elemento en cuanto a su concurrencia. En efecto y a diferencia de la manera objetiva en que se suelen determinar los elementos culposos en todas sus variantes, un elemento subjetivo como resulta ser la motivación real detrás de la conducta imputada sólo puede ser determinada de forma indirecta, mediante indicios, según lo que se expondrá más adelante.

78. Por último, del tenor del cargo formulado por la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021, no existe ningún elemento que permita sostener que esta Superintendencia haya realizado una valoración negativa a la existencia de resultados anaeróbicos. Por el contrario, mediante la inclusión de este elemento accesorio se atiende a la consecuencia jurídica que, a dicho fenómeno, le otorga la normativa sectorial y que, como se desarrollará en el acápite siguiente a partir de lo precisamente ventilado por la empresa en sus descargos, permitirá la determinación de este elemento. Por todo lo anterior, las defensas esgrimidas por el titular acerca de la improcedencia de incluir en el cargo su presunta motivación deben ser rechazadas.

b.7 Conclusiones sobre la configuración de la infracción

79. Descartadas las alegaciones precedentes, huelga pronunciarse acerca de la efectiva configuración de la infracción imputada mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021. Al respecto, cabe aclarar que el cargo imputado consiste fundamentalmente en los siguientes elementos, a saber: la alteración artificial de la columna de agua y del fondo marino del CES Aracena 14 dentro de un cierto espacio temporal, por diversos medios o mecanismos, habiendo generado la sepultación del sedimento; el haber llevado a cabo dicha conducta sin la debida autorización sectorial; y el haber estado motivada aquélla por las condiciones anaeróbicas obtenidas merced de los INFA realizados luego del último ciclo productivo verificado en dicho centro. Valga señalar que la empresa no adujo alegaciones ni aportó pruebas en sustento de alguna teoría alternativa al relato planteado en la formulación de cargos.

80. En cuanto al primer elemento, este a su vez puede ser desglosado en la inyección de agua desde capas superiores mediante bombeo directamente en el sedimento marino, el empleo de un agente químico oxidante en el área de

concesión y el vertimiento de arena hacia el fondo marino; todos los cuales resultan plenamente acreditados sobre la base de los numerosos de antecedentes recabados por DFZ, individualizados en los considerandos 41 y ss. de la presente resolución y expuestos secuencialmente en los acápite “b.2” a “b.5” del presente capítulo, a lo largo de un aproximado lapso de tres meses del año 2019. Sólo como corolario, valga relevar que tanto la inyección de agua mediante una bomba *Dragflow*, como el empleo de percarbonato⁸, fueron admitidos por la empresa contratada por el titular para la ejecución de la actividad, en respuesta a sendos requerimientos de información expedidos por esta Superintendencia⁹. A su turno, y sin perjuicio de los respectivos antecedentes revelando su adquisición a terceros, su traslado mediante embarcaciones al área de concesión y de la circunstancia que Marine Duty Ltda. ofreció específicamente el servicio¹⁰, el vertimiento de arena al fondo marino se comprueba a partir de los resultados del muestreo de sedimentos ordenado por esta SMA mediante la Res. Ex. N° 1025/2019, así como de las comparaciones efectuadas por SERNAPESCA en su denuncia, entre las transectas de filmaciones del último muestreo INFA oficial antes de aquel considerado inválido y las contenidas en un INFA interno de la empresa –demostrando la presencia de arena en el sustrato a lo largo de las transectas “T1”, “T4” y “T6”, donde antes no la había¹¹–, y del examen visual de las filmaciones de las mismas transectas en el INFA de 07 de junio de 2019 cuyas coordenadas, a grandes rasgos, coinciden con las relevadas en el informe denuncia.

81. En complemento a lo anterior, no deja de ser relevante el efecto lógicamente esperable respecto del vertido de material inerte en el fondo marino del área de concesión del CES Aracena 14, en el sentido de haber generado la sepultación del sedimento en condiciones anaeróbicas; no pudiendo sino contribuir, junto con las restantes acciones de intervención artificial, a la obtención, en el último muestreo INFA oficial de junio de 2019, de condiciones aeróbicas. Por un lado, de acuerdo a las conclusiones aportadas por la empresa en su estudio de modelación hidrodinámica de transporte de sedimentos, el material inerte vertido no pudo sino decantar al interior de la zona de concesión acuícola en su proyección al fondo marino, sobre la base de las mismas conclusiones obtenidas por la modelación, que simuló cuatro escenarios asociados a las diferentes fechas de vertimiento que se extraen de los antecedentes tenidos a la vista en el presente procedimiento sancionatorio. En efecto, el estudio permitió concluir *“sobre la base de las simulaciones de los escenarios más desfavorables efectuados bajo un criterio precautorio, que las posibles descargas de sedimento no generarían impacto significativo, lo cual se respalda con la hidrodinámica del canal sumado a que la fracción dominante (arena gruesa) sedimenta en un corto periodo debido a ser partículas más pesadas, con una tasa de sedimentación mayor, lo que explica las bajas concentraciones en suspensión de las distintas simulaciones que están por debajo de los umbrales definidos como letales según la bibliografía científica disponible”*. Además, se señala en forma expresa que *“es posible establecer*

8 La empresa acompañó con sus descargos la hoja de seguridad de un producto comercial cuya composición es el carbonato de sodio peroxihidratado –percarbonato de sodio–, en que el uso identificado relevante es el de ser un oxigenador de la columna de agua. En el numeral 16 del documento se indica que la información plasmada se debe tomar solamente como una guía para la seguridad para las personas en el manejo, uso, almacenamiento, transporte y eliminación, y no debe ser usada como una garantía o especificación de calidad. El documento señala en el numeral 12, relativo a información toxicológica, que no es tóxico, no posee persistencia y es rápidamente degradable, que estaría fabricado en base a compuestos inorgánicos que no son bioacumulables y del que no se conocerían otros efectos adversos.

9 Información que fue complementada mediante el Ord. N° MAG-10000/2020 de SERNAPESCA, misiva que incluyó una cotización de fecha 18 de marzo de 2019 que permitió conocer el alcance de los servicios prestados a Nova Austral S.A. en la unidad fiscalizable.

10 En cotización de fecha 18 de marzo de 2019; anexo 14 del IFA 2019.

11 Figura N° 10 del informe denuncia.

que las descargas de sedimento que se imputan en el área del proyecto tendrían efectos locales y con un gran porcentaje de sedimentación del material en torno a la concesión y el centro de cultivo, y un menor porcentaje cerca de la costa aledaña a dicha concesión”.

82. Cabe hacer presente que dicha modelación se concentró en los posibles efectos en la columna de agua, evaluando y simulando la concentración que, en un plano vertical, habría presentado la arena, medida como material suspendido. Ahora bien, dado que se estimó –en los cuatro escenarios modelados– el área de influencia de dicho vertimiento siempre al interior del área de la concesión acuícola, no se permite sino arribar a la conclusión de que hubo sepultación en el área del cultivo. Por lo demás, el mismo informe reconoce que la modelación en cada escenario arroja que la arena se distribuiría mayormente en torno a los distintos bordes de la concesión, sobre el piso marino y, como indica la simulación 4, dentro de la concesión. Los resultados del área de influencia¹² y comentarios del informe, se muestran en la siguiente tabla:

Tabla N° 1: Resultados de modelación de cuatro escenarios

Simulación	Área en proyección planta [km2]	Área en proyección planta [Há]	Observaciones del estudio
1	0,52	52	"[la] mayor parte de la arena tendería a distribuirse mayormente en torno a la concesión del “CES Aracena 14 RNA N° 120096”"
2	0,41	41	"[l]a mayor parte de la arena tendería a distribuirse mayormente en torno al borde oeste de la concesión del “CES Aracena 14 RNA N° 120096” y en parte de la concesión con una concentración entre 0,014 a 0,016 kg/m3, (equivalente a 16 ppm) sobre el piso marino... "
3	0,65	65	"[l]a mayor parte de la arena tendería a distribuirse mayormente en sobre el borde norte de la concesión del “CES Aracena 14 RNA N° 120096” y una parte la concesión con una concentración entre 0,0105 a 0,012 kg/m3 (equivalente a 10,5 y 12 ppm) sobre el piso marino. "
4	0,43	43	"[l]a mayor parte de la arena tendería a distribuirse mayormente en sobre el borde norte de la concesión del “CES Aracena 14 RNA N° 120096” y gran parte dentro de la propia concesión... "

Fuente: elaboración propia.

83. En segundo término, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura informó, mediante el Ord. N° 797/2020, que no había expedido autorización alguna para las actividades detalladas anteriormente, sobre la base del art. 8 bis del RAMA. Dada la determinante posición que ostenta dicho Servicio con respecto a la exigencia ambiental infringida,

¹² El informe entrega el área de influencia en unidades de km2, que se multiplican por 100 para llevar a unidades de hectáreas, lo que permite compararla con el área otorgada a la concesión de este CES, que asciende a 3,6 Há.

no parece razonable admitir dudas acerca de la veracidad de lo consignado en su misiva, en cuanto a que el titular no había obtenido autorización previa.

84. Por último, en cuanto al tercer elemento incorporado en la formulación del cargo, debe tenerse a la vista que la normativa atingente –art. 87 de la LGPA; arts. 3, 15 y ss. del RAMA– reconoce la generación de condiciones anaeróbicas como un posible escenario derivado de la operación de todo centro de engorda, ya se derive este escenario de causas naturales o antrópicas¹³. Ante tal escenario, dicha normativa sectorial comprende consecuencias jurídicas del mismo orden, como medida de control. Dicha medida consiste en la prohibición de siembra, y por tanto, de un nuevo ciclo en el centro de engorda respectivo para los periodos posteriores a la cosecha, mientras no se hayan reestablecido las condiciones aeróbicas.

85. A partir de los antecedentes remitidos por SERNAPESCA en su denuncia, resulta claro que el CES Aracena 14 se encontraba en la situación descrita, esto es, afecto a la prohibición de cultivo, por cuanto los INFA correspondientes a muestras extraídas con fechas 05 de septiembre de 2018 y 16 de abril de 2019, habían arrojado que en dicho centro se habían generado condiciones anaeróbicas, debido a la presencia de una cubierta de microorganismos en el área de sedimentación. De ello se sigue que a este Superintendente le sea imposible vislumbrar, racionalmente, otro motivo por el cual la empresa haya ejecutado la conducta imputada que no haya sido precisamente debido a las condiciones anaeróbicas que fueron levantadas en el centro en virtud de las dos campañas de muestreo previas a aquella que SERNAPESCA consideró inválida, y que hasta ese momento le estaban privando al titular la posibilidad de ingresar nuevos ejemplares al CES Aracena 14.

86. En atención a todo lo expuesto anteriormente, sin que se contradigan los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, no pudiendo las alegaciones de la empresa impugnar la validez de la formulación de cargos y, por otra parte, no habiendo aducido alegaciones ni aportado pruebas aptas para controvertir la contundente evidencia recabada durante la investigación o presentar siquiera una teoría alternativa al caso planteado, **es que el hecho imputado mediante el cargo N° 1 objeto de la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021 se tiene por probado y se tiene por configurada la infracción en consecuencia.**

IX. CLASIFICACIONES DE LA INFRACCIÓN

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

88. Debe tenerse presente que la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021 definió la gravedad del cargo levantado, a la luz de los antecedentes que se tenían a la vista al momento de realizar la formulación. La determinación de dicha gravedad es provisoria y

13 Vid. sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de fecha 19 de noviembre de 2020, recaída en causa rol R-19-2020, cons. décimo sexto.

queda sujeta a ulterior fundamentación y/o a nuevos antecedentes que se reúnan durante el proceso sancionatorio. Por lo tanto, en la presente sección se analizará en detalle la asignación de la clasificación de gravedad de la infracción, en base a todos los antecedentes recopilados durante el procedimiento sancionatorio, a fin de establecer la gravedad asignada en definitiva a la infracción imputada y configurada.

A. ART. 36, N° 1, LETRA “E)” LOSMA: “HAYAN IMPEDIDO DELIBERADAMENTE LA FISCALIZACIÓN, ENCUBIERTO UNA INFRACCIÓN O EVITADO EL EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA”

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

89. Según lo señalado en el considerando 37 de la formulación de cargos, la infracción configurada de vertimiento sin autorización de material inerte y agentes químicos de características oxidantes en el que se imputa haber incurrido Nova Austral S.A., en el fondo marino del área de la concesión del CES Aracena 14 implicó una conducta que ha impedido el ejercicio de las atribuciones de un organismo sectorial con competencia ambiental, toda vez que SERNAPESCA se ha visto impedido de fiscalizar lo dispuesto en los arts. 19 del RAMA y 87 de la LGPA, en lo que concierne a determinar la compatibilidad de la actividad desarrollada en la unidad fiscalizable con la capacidad de carga de los cuerpos de agua en que se emplaza, dado que todo análisis posterior que realice en el área de sedimentación no será representativo del impacto que la actividad haya generado en el área muestreada.

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

- i) La aplicación que la SMA hace de la circunstancia calificante del art. 36 N° 1 letra “e)” de la LOSMA carece de fundamento, toda vez que no se verifica ninguna de las hipótesis que la norma contempla

90. La empresa consigna en sus descargos que la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021 en ningún momento señala cómo los hechos imputados configurarían una o más de las tres hipótesis mencionadas, ni por qué se enmarcarían en el texto legal de la referida circunstancia calificante –impedir deliberadamente la fiscalización vs encubrir una infracción vs evitar el ejercicio de atribuciones de esta SMA–; sosteniendo que en el considerando 37 de la formulación de cargos, se mezclaron las tres hipótesis sin claridad de cuál se buscó aplicar, tomándose elementos de una y otra para hacer calzar la supuesta infracción en la circunstancia calificante.

91. Valga señalar que, de acuerdo al recuento expuesto en el apartado “a.1” del presente acápite, la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021 fue explícita en señalar que si la infracción imputada se consideró gravísima en virtud del literal “e)” del art. 36 N° 1 de la LOSMA, lo fue por haber impedido el ejercicio de las atribuciones por parte de

SERNAPESCA en cuanto a determinar la compatibilidad de la actividad desarrollada en el proyecto con la capacidad de carga de los cuerpos de agua en que se emplaza –lo que le habría implicado no poder fiscalizar el art. 19 del RAMA–. En tal sentido, resulta evidente que la clasificación empleada apunta a la primera y tercera hipótesis de las expuestas.

92. Enseguida, el titular sostiene que ninguna de las tres hipótesis del art. 36 N° 1 letra “e)” de la LOSMA se verifica en la especie, razón por la que dicha clasificación debe ser desestimada. En primer lugar, indica que de la lectura de los antecedentes no es posible desprender actitudes o acciones que hayan estorbado, imposibilitado, obstruido, obstaculizado ni prohibido intencionalmente la fiscalización de esta SMA ni de SERNAPESCA, sobre todo al examinarse el expediente del IFA en cuyas actas de inspección ambiental consta, específicamente en el punto 5.1 que *“no existe oposición/obstrucción al ingreso”* y en el punto 6.1 que *“existió colaboración de los fiscalizados”*, para cada oportunidad – 26 de julio de 2019, 27 de julio de 2019 y 2 de agosto de 2019–; todo lo que a juicio de este Superintendente no es efectivo. En efecto, al verse SERNAPESCA impedido de determinar la compatibilidad del último ciclo productivo en el CES Aracena 14 con la capacidad de carga de los cuerpos de agua en que se emplaza –por cuanto el análisis posterior que se realice en el área de sedimentación no podría ser representativo del impacto real de la actividad en el área muestreada–, forzosamente se le ha impedido de cumplir con sus funciones de fiscalización entendidas en sentido amplio, comprensivas de todo el espectro de competencias con que cuenta para obtener el cumplimiento de la normativa acuícola por parte de la industria salmonera; dentro de las que destaca, eminentemente, la fiscalización de las medidas de protección del medio ambiente estatuidas en el RAMA, cuya finalidad es asegurar la vida acuática y la prevención del surgimiento de condiciones anaeróbicas en las áreas de impacto de la acuicultura. Adicionalmente y como se expondrá en el desarrollo del componente de afectación, la conducta imputada y configurada no pudo sino ser deliberada; completándose, de esta manera, todos los elementos de la primera de las hipótesis contenidas en el art. 36 N° 1 letra “e)” de la LOSMA.

93. En segundo término, expone que nunca existió la intención de la empresa de encubrir alguno de los hechos imputados en el procedimiento, lo cual quedaría de manifiesto en la conducta adoptada por Nova Austral en cada una de las fiscalizaciones llevadas a cabo por la SMA y en las respuestas a los requerimientos efectuados. Por lo demás, del considerando 37 de la formulación de cargos no se desprende que la SMA esté aduciendo la concurrencia de esta hipótesis; lo que a juicio de este Superintendente es efectivo.

94. Por último, el titular señala que tampoco es aplicable la tercera hipótesis del art. 36 N° 1 letra “e)” de la LOSMA por cuanto esta norma señala expresamente que se refiere a evitar el ejercicio de atribuciones *“de la Superintendencia”*, no de otro organismo sectorial. Agrega, que esta SMA pudo ejercer libremente sus atribuciones sin que hubiese existido ninguna acción o conducta de la empresa para evitarla. Así, en las tres inspecciones ambientales, de fechas 26 de julio de 2019, 27 de julio de 2019 y 2 de agosto de 2019, consta en sus respectivas actas de inspección que *“no existe oposición/obstrucción al ingreso”* –punto 5.1– y que *“existió colaboración de los fiscalizados”* –punto 6.1–; todo lo cual se considera efectivo, no obstante la procedencia de la primera hipótesis de la clasificación en comento, según lo expuesto más arriba. Por el otro lado, señala que extender la aplicación de esta circunstancia a SERNAPESCA resulta improcedente según el tenor literal de la norma e implicaría

una vulneración manifiesta del principio de juridicidad consagrado en los arts. 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

95. De acuerdo a lo expuesto por el titular, aparece que la discusión acerca de si procede o no la aplicación de la tercera hipótesis de la clasificación en comento, se encontraría en si el '*ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia*', para efectos del artículo 36, N°1, letra e, de la LOSMA, se acota al ejercicio de actividades desarrolladas exclusivamente por esta o, bien, resulta extensible a aquellas que pudieran ser efectuadas por otros organismos con competencia ambiental respecto a materias sobre las que esta SMA tiene igualmente competencias. Al respecto, del propio diseño institucional en el cual se inserta el sistema nacional de fiscalización ambiental en virtud del artículo segundo de la ley N° 20.417, resulta evidente que el ejercicio de las atribuciones de la SMA se extiende también a aquellas actividades fiscalizadoras que desarrollan los organismos sectoriales sobre instrumentos de gestión ambiental de competencia de esta SMA, como se demostrará en el presente caso.

96. En efecto, de los arts. 2°, 3°, 16 y ss. de la LOSMA, en el contexto de que a esta Superintendencia le corresponde la ejecución, organización y coordinación del seguimiento y fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, cabe señalar que el ejercicio de la potestad fiscalizadora admite –y, en la práctica, reclama– la colaboración de aquellos organismos sectoriales con competencias ambientales, a todos los que se les encomiendan anualmente actividades de fiscalización ambiental, en aplicación del art. 22 de la LOSMA¹⁴; cometido en el que deben adoptar y respetar todos los criterios y demás directrices técnicas que esta Superintendencia establezca. En tal sentido, aun cuando la ley le otorgue a esta SMA las funciones de fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, no es menos cierto que, por expresa habilitación legal que va ciertamente más allá de una mera aplicación del principio de coordinación y por una cuestión de realidad, los organismos sectoriales con competencias ambientales fiscalizan por orden de la SMA, permitiendo, de ese modo, que la Superintendencia ejerza sus atribuciones sancionatorias¹⁵.

97. A mayor abundamiento, la necesidad de fortalecer este modelo de fiscalización ambiental –mediante un uso eficiente, eficaz y coordinado de las capacidades de fiscalización de dichos organismos– ha motivado la creación de la red nacional de fiscalización ambiental (en adelante e indistintamente, “la RENFA”), formalizada mediante la suscripción de un convenio de colaboración sancionado mediante la Res. Ex. SMA N° 673/2015. Valga relevar que SERNAPESCA concurrió a la suscripción de dicho convenio, en su condición de organismo sectorial encargado de “*fiscalizar el cumplimiento de la normativa pesquera y de acuicultura, tanto nacional como internacional, y garantizar la calidad sanitaria de*

14 “La Superintendencia realizará la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, como también encomendará dichas acciones a los organismos sectoriales, cuando corresponda”.

15 “La encomendación de acciones es la figura mediante la cual un organismo público confía a otro o a un tercero la ejecución de tareas materiales o de orden técnico, que no suponen ejercicio de las competencias del encomendante; en principio, solo opera transitoriamente, sin dar lugar a una situación permanente. En el derecho positivo (LOCBGAE, art. 37), solo se la concibe para la gestión de ‘acciones específicas’ o la entrega de establecimientos o bienes de propiedad del organismo respectivo; la encomienda solo puede efectuarse, ‘previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos’ o convenios que aseguren el cumplimiento de los objetivos del servicio y el resguardo del patrimonio estatal”; vid. VALDIVIA, José Miguel, *Manual de derecho administrativo* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018), pp. 90-91.

los productos de exportación, a fin de contribuir al desarrollo sustentable del sector [...]". Por lo tanto, si se evita el ejercicio de atribuciones de SERNAPESCA, en una tarea dirigida a habilitar el ejercicio de las competencias de la SMA, entonces, se evita a su vez el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia, verificándose los efectos del literal "e)" del art. 36 N° 1 de la LOSMA.

98. Ahora bien, el aserto anterior no libera de la necesidad de ponderar igualmente la naturaleza y características de la atribución supuestamente frustrada mediante la conducta imputada y configurada, en la medida en que dichas características la vinculan directamente con las atribuciones que esta Superintendencia ejerce por sí misma. Al respecto y en conformidad con lo consignado en el Ord. N° 141467/2019 de la Dirección Nacional de SERNAPESCA y dado que el titular adulteró las condiciones de oxígeno del área de sedimentación del CES Aracena 14, dicho Servicio consignó que se encontraba impedido de poder fiscalizar lo dispuesto en los arts. 19 del RAMA y 87 de la LGPA, en lo que concierne a la necesidad de verificar que los centros de cultivo funcionen a niveles compatibles con la capacidad de carga de los cuerpos de agua en que se emplazan, dado que todo análisis posterior que realizase en el área de sedimentación no habría sido representativo del impacto real del ciclo de cultivo respectivo. En este sentido, el art. 19 del RAMA implica a todas luces una competencia sectorial de contenido ambiental, al establecer en su inciso quinto que *"[n]o podrá ingresarse nuevos ejemplares a los centros de cultivo mientras no se cuente con los resultados de la INFA que acrediten que el centro está operando en niveles compatibles con la capacidad del cuerpo de agua, de conformidad con el artículo 3° del presente reglamento"*, dado que, en su virtud, se levanta información destinada a que se autorice el inicio de un nuevo ciclo de cultivo.

99. Si bien esta situación puede parecer, en principio, privativa de SERNAPESCA y correlativamente ajena a las atribuciones de esta Superintendencia, una revisión armónica de la normativa ambiental y sectorial aplicable a la actividad acuícola permite sostener lo contrario. Al respecto, cabe mencionar que los resultados favorables o desfavorables del muestreo INFA para efectos del diagnóstico presente y de la producción futura de un CES, tiene directa incidencia en la ejecución de un proyecto aprobado ambientalmente, que debe dar cumplimiento a una serie de exigencias contenidas en un instrumento de gestión ambiental, cuya fiscalización corresponde a esta SMA. En el contexto de estas exigencias, el cumplimiento de parámetros de producción y la estricta adecuación a las condiciones de engorda y cosecha, presenta una estrecha relación con el resultado de los muestreos INFA. Ante el panorama –de por sí opaco– de comprobación respecto a las condiciones del sustrato y columna de agua por parte del titular de un centro de engorda, los INFA son una fuente de información valiosa que permite considerar los niveles de afectación del componente ambiental impactados por la actividad productiva.

100. De este modo, la entrega de muestreos INFA que reflejen una mejora artificial de las condiciones y parámetros de los componentes afectados, supone la posibilidad, en primer lugar, de que un centro pueda operar, en circunstancias de que una comprobación genuina y técnicamente representativa de las condiciones ambientales del medio marino y su biota llevaría al impedimento de esta operación. La operación de un centro en un nuevo ciclo productivo tiene la indesmentible consecuencia ambiental de perpetuar los efectos negativos que no son verificados por los muestreos INFA tras la alteración del fondo marino y de la columna de agua. El levantamiento de estos efectos se encuentra a todas luces relacionada con las atribuciones de esta Superintendencia a la hora de investigar y perseguir eventuales

incumplimientos de los instrumentos de gestión ambiental de su competencia, sin perjuicio de la atribución directamente involucrada de SERNAPESCA respecto de la operación o no del centro respectivo.

101. En efecto, la información de los muestreos INFA se canaliza, conforme a la práctica asentada de esta SMA, como antecedentes válidos y de relativo peso probatorio para el análisis de la aprobación de programas de cumplimiento asociados a la industria acuícola. Como puede verificarse en numerosos procedimientos sancionatorios que sustancia este Servicio, la entrega de los resultados INFA es valorada como un dato relevante para el análisis de efectos negativos, de cómo éstos se eliminan o contienen y reducen –puntualmente, al establecerse nuevos muestreos, monitoreos y análisis como acciones futuras a ejecutar por parte de los titulares– y para canalizar otro tipo de acciones de remediación que puedan ser procedentes. En este segundo aspecto, es evidente que el impedimento del ejercicio de atribuciones de SERNAPESCA conlleva al mismo tiempo un impedimento del ejercicio de atribuciones de esta Superintendencia, que contará con resultados no representativos de las condiciones del medio marino y, por tanto, no tendrá la posibilidad de realizar un análisis riguroso de la existencia y tratamiento de los efectos negativos.

102. En adición a lo señalado precedentemente, cabe indicar que un INFA con resultado anaeróbico obtenido sin alteraciones artificiales a espaldas de la autoridad sectorial, al concatenar como consecuencia legal la imposibilidad de operar en el siguiente ciclo productivo, facilita la eventual recuperación del fondo marino; situación que en caso contrario debe ser abordada por esta SMA. Igualmente, la información en sí misma, podría dar lugar al ejercicio de atribuciones de esta SMA en caso de verificarse elementos adicionales de riesgo, como la imposición de medidas urgentes y transitorias o requerimientos de información al titular, que permitan comprender y abordar adecuadamente los niveles de deterioro que no se condigan con una ejecución conforme a derecho y a lo pronosticado en la evaluación ambiental del proyecto.

103. En conclusión, la conducta imputada y configurada, además de haber impedido deliberadamente la fiscalización, ha evitado el ejercicio de atribuciones de SERNAPESCA, en una tarea dirigida a habilitar el ejercicio de las competencias de la SMA, evitando por tanto a su vez el ejercicio de las atribuciones de este servicio. Por todo lo anterior, a juicio de este Superintendente **se dan los requisitos para que se verifiquen la primera y tercera hipótesis de la clasificación en comento, razón por la que será mantenida.**

104. Por último, es pertinente hacer presente que, de conformidad con lo dispuesto en la letra “a)” del art. 39 de la LOSMA, las infracciones gravísimas pueden ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales.

B. ART. 36, N° 2, LETRA “A” LOSMA: “HAYAN CAUSADO DAÑO AMBIENTAL, SUSCEPTIBLE DE REPARACIÓN”

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

105. Según lo señalado en el considerando 36 de la formulación de cargos, la infracción configurada de alteración artificial del fondo marino del área de la concesión del CES Aracena 14 –ubicado en aguas que forman parte del Parque Nacional Alberto de Agostini–, pudo haber sido de tal entidad que se haya extendido tanto a la columna de agua como al fondo marino correspondientes a la porción de agua concedida para el proyecto, que es precisamente el lugar donde éste se emplaza. A su vez, no se podía asegurar en tal instancia que la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes ambientales del área, se mantuviera en sus niveles normales, pudiéndose haber afectado las condiciones que hacen posible el desarrollo de la biota acuática en el fondo marino y que caracterizan al ecosistema marino de la zona. Por lo descrito anteriormente, se estimó que el detrimento eventualmente generado habría sido de carácter significativo.

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

106. La Empresa sostiene como argumentos generales sobre la calificación de daño que presentó la formulación de cargos lo siguiente: (i) La SMA funda la imputación de daño en argumentos teóricos e imprecisos, sin acreditar cómo se verificaría el daño ambiental en la especie; (ii) La SMA no acredita la “certeza” del daño ambiental; (iii) La SMA no acredita la existencia de un vínculo causal entre la supuesta infracción y el daño alegado; (iv) La prueba del daño corresponde a la SMA; (v) De la existencia de impactos ambientales en el fondo marino no se sigue necesariamente la existencia de daño ambiental; (vi) La arena no es un agente contaminante que pueda haber generado un daño ambiental; (vii) La imputación de la SMA respecto de los efectos que el uso de percarbonato de sodio podría haber generado carece de respaldo técnico y empírico; (viii) El fondo marino bajo el CES Aracena 14 cuenta con una cantidad demostrada considerable de fauna, a diferencia de lo que plantea la SMA en la FdC.

b.3 Acerca de la concurrencia del daño ambiental

107. A fin de analizar la concurrencia del daño ambiental, preliminarmente considerado en la FdC, resulta oportuno relevar, en primer término, que la LBMA establece las definiciones de medio ambiente y daño ambiental en su art. 2°, letras “(l)” y “e)”, respectivamente, definiendo medio ambiente como *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”*; y el daño ambiental como ***“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”*** (énfasis agregado). En razón de lo anterior, se entiende que daño ambiental es sólo aquel inferido al medio ambiente o a alguno de sus elementos, y la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido debe ser de cierta entidad o importancia, exigiéndose que la afectación sea “significativa”, excluyendo de esta forma afectaciones menores. A continuación, se expondrá acerca de cómo los efectos negativos asociados a la infracción no suponen un detrimento a la calidad de la columna de agua ni los sedimentos dentro del área de la concesión del CES Aracena 14.

108. De acuerdo a los antecedentes disponibles en el expediente sancionatorio, el fondo marino –es decir, los sedimentos bajo el área de la concesión

y de los módulos de cultivo– presentó anaerobiosis en las actividades de monitoreo que fueron latamente descritas en los párrafos que se refieren a la configuración de la infracción. En efecto, el INFA cosecha del último ciclo productivo, de fecha a 05 de septiembre de 2018, arrojó anaerobiosis en 13 visualizaciones a través de la filmación submarina, que dio cuenta de la presencia de cubierta de microorganismos en el área de sedimentación en cuatro de las ocho transectas. Luego, con fecha 16 de abril de 2019, se realizó una INFA postanaeróbica que volvió a arrojar anaerobiosis, pues nuevamente se detectó la presencia de microorganismos. Enseguida, de acuerdo a la secuencia de hechos ya descritos en esta resolución, la empresa cometió la infracción materia de este procedimiento, para luego realizar una segunda INFA postanaeróbica de fecha 07 de junio de 2019 y que fuera invalidada por SERNAPESCA; no obstante, esta última arrojó resultados favorables para la empresa, la que le hubiera permitido iniciar un nuevo ciclo productivo.

109. Ahora bien, tal y como fuera desarrollado el efecto de sepultación del fondo marino en el área de sedimentación- a propósito de la configuración de la infracción-, valga señalar que, pese a lo descrito y los consecuentes efectos, estos hubieron de ocurrir en un sedimento que ya representaba una condición desmejorada, producto de la presencia de microorganismos que invariablemente conducían a calificar el centro de engorda bajo condiciones de anaerobiosis. Luego, el vertimiento de arena no tuvo la entidad para generar un detrimento al componente sedimento, pues éste ya se encontraba en una condición menoscabada producto de otros hechos que no son objeto del cargo formulado a la empresa.

110. En razón de lo señalado en el presente caso, debido a que se trata de un cargo por la “[a]lteración artificial, entre los meses de marzo y junio de 2019, de la columna de agua y fondo marino del CES Aracena 14, incluyendo la sepultación del sedimento bajo la zona de las balsas jaula, sin la correspondiente autorización sectorial, producto de los resultados anaeróbicos de los muestreos de información ambiental”, y aun cuando podría atribuirse a la infracción cometida por Nova Austral S.A. una eventual perturbación al medio ambiente –hecho que ha sido visualizado probablemente por la empresa al presentar la modelación hidrodinámica de transporte de sedimentos–, de los antecedentes allegados por la empresa se permite concluir que el vertimiento de arena, que es considerada de granulometría mayor –y, por tanto, con una tasa de sedimentación mayor, dificultando con ello la resuspensión de las mismas producto de las corrientes de fondo–, no pudo tener el efecto de afectar la columna de agua. A ello se debe sumar la circunstancia de que no existen otros antecedentes en el presente procedimiento que reflejen una eventual afectación fuera del área de concesión.

111. Por todo lo anterior, la perturbación ampliamente descrita en el caso específico de este procedimiento sancionatorio, no tiene la entidad para calificarla como una “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo” del fondo marino. Por lo tanto, no procede analizar si la afectación del medio ambiente que ha sido identificada presenta una connotación significativa que exige el tercer elemento de la definición legal de daño ambiental. En consecuencia, a juicio de este Superintendente, **no se dan los requisitos para que se verifique la clasificación en comento, razón por la que será descartada.**

112. Luego, este Superintendente estima que no procede ponderar las alegaciones de la empresa referidas a la no existencia de daño ambiental producto de la infracción, por ser innecesarias en esta instancia.

B. ART. 36, N° 2, LETRA "I)" LOSMA: "SE EJECUTEN AL INTERIOR DE ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS DEL ESTADO, SIN AUTORIZACIÓN"

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

113. Según lo señalado en el considerando 37 de la formulación de cargos, la infracción configurada de alteración artificial del fondo marino del área de la concesión del CES Aracena 14 –ubicado en aguas que forman parte del Parque Nacional Alberto de Agostini–, supone una conducta ejecutada al interior de un área silvestre protegida del Estado, sin autorización. Como se ilustra en la Figura 2 de la presente resolución, el CES Aracena 14 se emplaza en una porción de mar que se encuentra al interior del perímetro del Parque Nacional Alberto de Agostini, fijado mediante el plano N° XII-4-34-7-R de la División del Catastro Nacional de los Bienes del Estado, del Ministerio de Bienes Nacionales; cuestión que, por lo demás, no ha sido cuestionada durante el transcurso del presente procedimiento.

114. Al respecto, el Parque Nacional Alberto D'Agostini fue creado mediante Decreto Supremo N° 80 del Ministerio de Agricultura, el 22 de enero de 1965; y publicado en Diario Oficial de la República de Chile el 24 de febrero de 1965. Posteriormente, fue ampliado mediante D.S. N° 330, de 2 de junio de 1967 y mediante D.S. N° 252, de 11 de julio de 1969. En tal calidad, constituye un área silvestre protegida del Estado (en adelante e indistintamente, "ASPE")¹⁶.

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

- i) La circunstancia calificante no resulta aplicable por cuanto la actividad que desarrolla Nova Austral en el CES Aracena 14 cuenta con las debidas autorizaciones ambientales y sectoriales; la infracción no ha implicado una afectación a los objetos de protección del Parque Nacional Alberto de Agostini; el impacto ambiental causado por la infracción ha tenido un efecto acotado dentro del ASPE

¹⁶ Según la interpretación que la Contraloría General de la República pronunció acerca del asunto, mediante el dictamen N° 38.429 de 2013, se colige que el sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado se encuentra vigente y se conforma, entre otras categorías de protección, por los parques nacionales.

115. De acuerdo a lo alegado por la empresa, el sólo emplazamiento de la unidad fiscalizable afectada dentro de un ASPE no basta para calificar como grave dicha infracción, sino que debe tratarse de una ejecución no autorizada del proyecto.

116. En detalle, y tomando en consideración lo que dispone el inciso primero del artículo 158 de la LGPA, según el cual “[l]as zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura”, el titular señala que el área protegida en comento sólo integró originalmente terrenos fiscales y no zonas marítimas. Agrega, que la extensión del área protegida a las porciones de mar situadas dentro de su perímetro vino recién por la entrada en vigencia de la LBMA y la interpretación que la Contraloría General de la República pronunció acerca del asunto, mediante sendos dictámenes N° 38.429, de 2013, y N° 41.121, de 2014. En dichos pronunciamientos, aun cuando se haya zanjado que no es posible desarrollar actividades de acuicultura en aguas marítimas que formen parte de parques nacionales, ello *“debe entenderse, por cierto, sin perjuicio del respeto que corresponde otorgar a las situaciones jurídicas ya consolidadas”*, no resultando aplicable a las autorizaciones y concesiones de acuicultura o pesca que se hayan otorgado en parques nacionales con anterioridad, como resulta ser la situación en la que se encontraría la unidad fiscalizable.

117. Igualmente, el titular recalca que cuenta con las autorizaciones ambientales y sectoriales para desarrollar su proyecto dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini. En efecto, el CES Aracena 14 cuenta con una concesión de acuicultura otorgada por el Ministerio de Defensa mediante la Resolución 1405, de fecha 05 de julio de 2004, y las RCA N° 151/2003 y 79/2010, todas ellas, otorgadas considerando el hecho de que el centro se emplazaría dentro de los límites del Parque Nacional.

118. En base a lo expuesto previamente, el titular concluye, que, no obstante que su actividad se desarrolle dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini, esta se encuentra amparada por el marco normativo aplicable y debidamente autorizada por los organismos competentes, por lo que la clasificación de gravedad del literal i), del artículo 36, N° 2, de la LOSMA, no le sería aplicable.

119. Sin embargo, lo que se alega parece ignorar que lo imputado mediante el cargo N° 1 objeto de la Res. Ex. N° 1/Rol D-143-2021 no ha sido la mera operación normal del CES Aracena 14, sino el haber alterado artificialmente el fondo marino y columna de agua de la unidad fiscalizable sin la debida autorización sectorial. Enseguida y de acuerdo a la literalidad de la disposición que sustenta la clasificación en comento, no procede ante cualquier contravención de las señaladas en el art. 35 de la LOSMA con tal que se haya verificado al interior de una ASPE, sino que se requiere que dicha contravención implique, a su vez, una conducta por la que se deba contar con autorización previa para su ejecución. Al respecto, aun cuando el titular sostenga que la operación del CES Aracena 14 está autorizada debidamente por los organismos competentes, valga hacer la misma prevención anteriormente relevada, esto es, que lo que se pretende reprochar mediante el presente sancionatorio no es la operación normal de la unidad fiscalizable, sino exclusivamente el haber quebrantado la exigencia del art. 8 bis del RAMA, que impone el deber de requerir una autorización fundada por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura de manera previa a la realización de cualquier proceso que modifique las condiciones de oxígeno del área de sedimentación.

120. Por otro lado, el titular aduce en sus defensas en contra de la presente clasificación que los hechos imputados “*no guardan relación con los objetos de protección del Parque Nacional Alberto de Agostini, circunstancia que debe ser considerada por la SMA en lo que respecta a la gravedad asignada a la supuesta infracción*”. Al respecto, valga señalar que del propio tenor literal del art. 36 N° 2 letra “i)” no se puede colegir restricción alguna en cuanto a su aplicación frente a la ejecución de actividades que, contraviniendo las disposiciones pertinentes, no afecten los objetos de protección del área silvestre en cuyo interior se ejecuten. Sin perjuicio de la relevancia que ello pueda adquirir al momento de ponderar el componente de afectación, basta con que a cualquier infracción del art. 35 de la LOSMA concurren los dos únicos y objetivos elementos contenidos en la norma en comento, para que se deba dar lugar a esta clasificación de gravedad: a saber, la ejecución de una actividad no autorizada, al interior de un ASPE.

121. Por último, la empresa aduce que la supuesta infracción habría tenido lugar sólo en un espacio acotado del área protegida, y más específicamente, circunscrita dentro del área donde se ubica el CES Arcena 14, que en total abarca una superficie de 1,98 hectáreas, al interior de un parque nacional que tiene en total una superficie de más de 790.000 hectáreas. Agrega que los supuestos efectos de la infracción habrían afectado una superficie ínfima del área protegida, lo que sumado a que esta SMA calificó la infracción como grave sin tener la certeza de que la supuesta infracción haya generado algún efecto adverso respecto del parque nacional y sus objetivos de conservación, constituiría una flagrante infracción al principio de proporcionalidad. Ante esta alegación, nuevamente valga señalar que la magnitud, relevancia y eventual afectación producida ha de ponderarse en el componente de afectación de la infracción, sin que tenga mérito para controvertir la clasificación de gravedad asignada, ante la evidente concurrencia de sus dos elementos.

122. Así las cosas, es que el hecho imputado y configurado implicó la ejecución de una actividad al interior de una ASPE, sin autorización. Luego, en opinión de este Superintendente, **forzoso resulta mantener la clasificación en comento referente al art. 36 N° 2 letra “i)” de la LOSMA**, es decir, “[s]on infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: [...] Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización”. Ahora bien, habiéndose podido acreditar la concurrencia de la clasificación gravísima en conformidad con el art. 36 N° 1 letra “e)”, se previene que se estará a dicha clasificación; sin perjuicio de ser igualmente concurrente la presente clasificación grave, en la especie.

X. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40 DE LA LOSMA QUE CONCURREN A LA INFRACCIÓN

Rango de sanciones aplicables según gravedad asignada a la infracción

123. El art. 38 de la LOSMA establece el catálogo o tipos de sanciones que puede aplicar la SMA, estos son, amonestaciones por escrito, multas de una

a diez mil unidades tributarias anuales, clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA. Por su parte, el art. 39, establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal “a)” que “[l]as infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales”.

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

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado¹⁷.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción¹⁸.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción¹⁹.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma²⁰.*
- e) *La conducta anterior del infractor²¹.*
- f) *La capacidad económica del infractor²².*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3^{o23}.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado²⁴.*

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

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

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

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

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

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

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

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

- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*²⁵.

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

126. Por tanto, en esta sección se abordarán las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, comenzando por el análisis del beneficio económico obtenido como consecuencia de la infracción, para luego ponderar el componente de afectación. Este último se calculará sobre la base del valor de seriedad asociado a cada infracción. Este último considera la importancia o seriedad de la afectación que el incumplimiento ha generado, por una parte, y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, por la otra. El componente de afectación se ajustará de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución, considerando también el factor relativo al tamaño económico de la empresa.

127. En este contexto, corresponde desde ya indicar que las siguientes circunstancias del art. 40 de la LOSMA, no son aplicables en el presente procedimiento, dadas sus particularidades:

127.1. Letra “d”, grado de participación, puesto que la atribución de responsabilidad de la infracción ha sido a título de autor;

127.2. Letra “g”, grado de cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°, puesto que en este procedimiento no se aprobó un programa de cumplimiento cuyo grado de ejecución deba ser determinado.

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

128. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento, cuyo método de estimación se encuentra explicado en el documento Bases Metodológicas. De acuerdo a este método, el citado beneficio puede provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, de una disminución en los costos, o de una combinación de ambos. En este sentido, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de dos aspectos: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

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

129. Según se establece en las Bases Metodológicas, para establecer la procedencia del Beneficio Económico, es necesario configurar en un principio un escenario de incumplimiento, el cual corresponde al escenario real con infracción, y contrastarlo con un escenario de cumplimiento, el que se configura en base a un escenario hipotético en que la empresa cumplió oportunamente cada una de sus obligaciones. De esta manera, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción debe ser analizado para cada cargo configurado, identificando las variables que definen su cuantía, para luego valorizar su magnitud.

130. Al respecto, el titular ha señalado en sus descargos que, desde la fecha de comisión de la supuesta infracción, no se ha evidenciado beneficio económico alguno para la empresa, por cuanto ésta no ha desarrollado ninguna actividad productiva en el CES Aracena 14. No se verificaría este elemento por cuanto la supuesta alteración del fondo marino, por su naturaleza, no implica evitar o retrasar costo alguno. Con respecto al beneficio relativo a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales, no se verificaría por cuanto la empresa no ha vuelto a sembrar en el CES Aracena 14 desde que se constató la supuesta infracción a juicio de esta SMA.

131. En este sentido, dada la naturaleza de la infracción y las circunstancias en que fue puesta en conocimiento de esta Superintendencia por parte de SERNAPESCA –habiéndose podido denunciar la conducta antes de emitir una eventual autorización de siembra–, cabe sostener que no se derivan de ella costos retrasados o evitados, ni ganancias ilícitas. Por lo tanto, la presente circunstancia no será considerada en la determinación de la sanción específica aplicable a la infracción.

B. COMPONENTE DE AFECTACIÓN

b.1 Valor de Seriedad

132. El valor de seriedad se determina a través de la asignación de un “Puntaje de Seriedad” al hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente de acuerdo a la combinación del nivel de seriedad de los efectos de la infracción en el medio ambiente o la salud de las personas, y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar cada una de las circunstancias que constituyen este valor, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse y el análisis relativo a la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental y el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

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

133. Según disponen las Bases Metodológicas, la circunstancia en cuestión, correspondiente a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, concurrirá en todos los casos en que se constaten elementos o circunstancias de hecho de tipo negativo sobre el medio ambiente o la salud de las personas, incluyendo tanto afectaciones efectivamente ocurridas como potenciales. Según ha señalado el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, *“la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño*

que, sin ser considerado por lo SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción"²⁶. En vista de ello, se debe examinar esta circunstancia en términos amplios, para cada uno de los cargos configurados.

134. De acuerdo con lo anterior, el concepto de daño que establece el art. 40 letra "a" de la LOSMA es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2° letra "e" de la LBGMA, procediendo por tanto que éste sea ponderado siempre que se constate un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, sea o no daño ambiental. Lo anterior, sumado a una definición amplia de medio ambiente conforme a la legislación nacional²⁷, permite incorporar diversas circunstancias en esta definición, incluyendo la afectación a la salud de las personas, menoscabos más o menos significativos respecto al medio ambiente y afectación de elementos socioculturales, incluyendo aquellas que incidan sobre sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, así como sobre el patrimonio cultural. El peligro, por otra parte, conforme a las definiciones otorgadas por el SEA, corresponde a la "*capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*"; distinto, si bien relacionado, es el concepto de riesgo, que corresponde a la "*probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor*"²⁸.

135. Ahora bien, la ponderación de esta circunstancia se encuentra asociada a la idea de peligro concreto, vale decir, debe analizarse el riesgo en cada caso, a partir de la identificación de uno o más receptores que pudieren haber estado expuestos al peligro ocasionado por la infracción, lo que será determinado en conformidad a las circunstancias y antecedentes del caso específico. Sin perjuicio de ello, conforme a las definiciones expuestas, el riesgo no requiere que el daño efectivamente se materialice y, conforme a la definición amplia de daño otorgada para el art. 40 letra "a" de la LOSMA, puede generarse sobre las personas o el medio ambiente y ser significativo o no serlo. En tal sentido, el peligro consiste en un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto y omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso. Así, el riesgo es la probabilidad que se concretice el daño, mientras que el daño es la manifestación cierta del peligro.

136. Una vez determinada la existencia de un daño o peligro, corresponde ponderar su importancia. 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 intensas²⁹. Ahora bien, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de

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

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

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

29 En este sentido, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*³ (Legal Publishing, Santiago, 2014), p. 351: "[l]a extensión de la sanción a imponer deberá tener en cuenta la mayor o menor gravedad, trascendencia o peligro que supuso la infracción. Ello, porque dentro de las infracciones habrá algunas que serán más o menos graves, lo cual no puede ser indiferencia a la hora de imponer una sanción en concreto".

convertirse en el resultado dañoso. Por lo tanto, riesgo es la probabilidad que ese daño se concrete, mientras que daño es la manifestación cierta del peligro.

137. En el presente caso, se analizará la concurrencia de la circunstancia objeto de análisis para la infracción configurada en este procedimiento sancionatorio. Al respecto, ya se ha hecho referencia en esta resolución a los efectos negativos generados con ocasión de la misma, al evaluar la concurrencia del daño ambiental, producto de la alteración artificial de la columna de agua y fondo marino del CES Aracena 14 entre los meses de marzo y junio de 2019. Sin embargo, aquel análisis tuvo por fin determinar la clasificación de la infracción en cuestión y, en consecuencia, los tipos y rangos de la sanción aplicable. En esta sección corresponde entonces, volver sobre dichos efectos negativos, aludiendo a su importancia, entendida esta como la “magnitud, entidad o extensión” de los mismos, con el fin de poder determinar la sanción específica a ser aplicada en el caso concreto, dentro del rango que corresponde a las infracciones gravísimas.

138. Tal y como ha sido descrito de manera acabada en el acápite de clasificación de gravedad, la infracción cometida por la empresa no pudo sino causar un efecto descrito como sepultación del fondo marino con la arena dispuesta en el centro, ésta por ser de un peso específico más elevado quedó depositada en dicho fondo. Al respecto, la empresa descartó la posibilidad de dispersión hacia otras zonas externas y lejanas del área de la concesión, cuyo informe de modelación hidrodinámica concluye que las descargas de arena no habrían generado un impacto significativo a nivel de columna de agua. Lo anterior, se respalda con la hidrodinámica del canal, sumado a que la fracción dominante –arena gruesa– ha de sedimentar en un corto periodo debido a sus partículas más pesadas –lógicamente con una tasa de sedimentación mayor, lo que explica las bajas concentraciones en suspensión de las distintas simulaciones, que están por debajo de los umbrales definidos como letales según bibliografía revisada por quienes desarrollaron el informe–. Por lo demás, la arena al ser efectivamente un material inerte o no reactivo en sí en el ambiente marino, no impide que en la zona donde quedó depositada se recolonice con especies de epifauna y tampoco impide el paso de fauna bentónica de mayor movilidad³⁰, por lo que no existiría un riesgo posterior de efectos significativos en la columna de agua.

139. Los resultados de la modelación, que consideró 4 escenarios³¹ de descarga, se resumen en la siguiente tabla:

30 Tal como lo demuestra la filmación asociada a la ejecución de medida provisional, realizada con fecha 02 de agosto de 2019.

31 Cada escenario se refiere a eventos descritos en los documentos presentados por los distintos oficios remitidos por Sernapesca. Los eventos fueron: **a)** La simulación 1 considera el vertimiento de arena gruesa de 50 bolsas de arena de 500 Kg cada una, las cuales podrían haberse vertido entre las 14:00 y las 16:00 del 28 de marzo de 2019; **b)** En el caso de las 17 bolsas o sacos de arena de 500 Kg cada una, éstas podrían haberse vertido entre las 9:00 y las 11:00 del 15 de abril de 2019; **c)** haberse descargado entre las 13:00 y las 15:00 del 04 de mayo de 2019; **d)** La simulación N°4 representa el escenario del vertimiento de 110 bolsas de 1.200 Kg de arena cada una, las cuales podrían haberse vertido entre las 10:00 y las 12:00 del 12 de julio de 2019.

Tabla 2: Resultados de modelo hidrodinámico de transporte de sedimento considerando 4 escenarios

Simulación	Área en proyección planta [Há]	Concentración de sedimento (arena) en el piso marino [ppm]	Mayor concentración en la vertical [ppm]
1	52	< 70	90 capa superficial ³² (< 1 hr)
2	41	14 a 16	28 capa superficial (< 1 hr)
3	65	10,5 a 12	21 capa superficial (< 2 hr)
4	43	20 a 24	21 capa superficial (< 2 hr)

Fuente: elaboración propia.

140. Por otro lado, en cuanto a la sustancia química correspondiente al percarbonato de sodio, según los antecedentes del expediente sancionatorio su uso se habría producido en forma puntual; y dado que la sustancia es químicamente reactiva en presencia de agua, los efectos negativos esperables de su incorporación en la columna de agua se habrían agotado tan pronto se produjeron, no representando un riesgo adicional. Esto último, en atención también a los antecedentes descritos en la hoja de seguridad acompañada por la empresa en sus descargos. Lo anterior, permite descartar un peligro y por tanto el riesgo en la columna de agua asociado a esta circunstancia.

141. Sin perjuicio de lo anterior, los hechos constitutivos de infracción, en especial el vertimiento de arena, tuvo el potencial de haber generado una alteración en el fondo marino que a su vez pudo repercutir en los servicios ecosistémicos que provee este ecosistema. Sin embargo, como ya fuera señalado anteriormente, los elementos bióticos, estructurales y funcionales permanecían en estado anóxico, con presencia de microorganismos y, en la última filmación submarina, bancos de *Beggiatoa* en las 3 transectas filmadas, condición que ya se había detectado en forma previa a la comisión de los hechos, pudiendo ser a consecuencia del último ciclo productivo-respecto del cual no se levantaron cargos en este procedimiento sancionatorio-.

142. En razón de lo anterior, no se considerará la concurrencia de esta circunstancia para la ponderación de la sanción específica a ser aplicada.

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

143. La presente circunstancia considera aquellas infracciones que hayan generado un detrimento o vulneración a un ASPE, es decir, áreas que han

32 La dispersión en el plano vertical para las cuatro simulaciones se representaron en términos de 3 capas en la columna de agua, equidistantes en profundidad -capa superficial, intermedia y de fondo-, y el espesor de las capas varió en el tiempo en función del nivel de agua.

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

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

145. Como se indicó anteriormente, el CES Aracena 14 se encuentra en aguas ubicadas dentro del perímetro del Parque Nacional Alberto D’Agostini, creado mediante Decreto Supremo N° 80 del Ministerio de Agricultura, el 22 de enero de 1965; y publicado en Diario Oficial de la República de Chile el 24 de febrero de 1965. Posteriormente, fue ampliado mediante D.S. N° 330, de 2 de junio de 1967 y mediante D.S. N° 252, de 11 de julio de 1969. En tal calidad, constituye un ASPE³³.

146. Cabe señalar que el titular consignó en sus descargos que *“el ‘detrimento’ a un área silvestre protegida del Estado se verifica cuando la infracción ha generado una afectación material del área. Como se detalla en el acápite III.4 de este escrito, el emplazamiento del CES Aracena 14 dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini se encuentra amparado en la normativa aplicable y tanto su operación como los impactos ambientales que se derivan de ella han sido debidamente evaluados y autorizados por los distintos órganos competentes”*. Adicionalmente, que en la valoración de esta circunstancia se debe considerar el objetivo de conservación del área silvestre protegida, así como la significancia del detrimento o vulneración generado. Agrega que el acto administrativo que creó el Parque Nacional establece como objetivo para su creación el *“garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje”*, objetivos que no han sido objeto de afectación alguna por la conducta imputada. En cuanto a la significancia del detrimento o vulneración generado, expone que la acotada superficie del centro de cultivo en comparación con la superficie total del parque nacional, impide que la afectación al área sea considerada significativa.

147. En el presente procedimiento sancionatorio, dado que se ha descartado más arriba la ocurrencia de un detrimento por causa de la infracción, es que no se considerará la concurrencia de esta circunstancia para la ponderación de la sanción específica a ser aplicada.

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

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

148. Al igual que la circunstancia de la letra “a” de la LOSMA, esta circunstancia se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida. Su concurrencia está determinada por la existencia de un número de personas cuya salud pudo haber sido afectada, debido a un riesgo que se haya ocasionado por la o las infracciones cometidas. Ahora bien, mientras en la letra “a” se pondera la importancia del peligro concreto –riesgo– ocasionado por la infracción, la circunstancia de la letra “b” de la LOSMA introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra “a”.

149. De acuerdo a lo consignado por el titular en sus descargos, *“resulta evidente que por la naturaleza de la supuesta infracción que se imputa a la Compañía, no se dan los supuestos para que se verifique una afectación asociada a un riesgo a la salud de las personas y, consecuentemente, la circunstancia del artículo 40 letra b) de la LOSMA no resulta aplicable a este caso”*. Este Superintendente es de acoger estas alegaciones, por cuanto no se vislumbra una potencial afectación de la salud de las personas producto de la infracción, especialmente considerando que se trata de un área sumamente aislada, donde no se encuentran asentamientos humanos permanentes; a lo que se suma el hecho de que se ha descartado la ocurrencia de detrimentos.

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

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

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

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

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

154. El caso en análisis, en relación a la naturaleza de la normativa infringida, corresponde a un hecho constitutivo de infracción conforme a lo establecido en el art. 35 letra “a)”, de la LOSMA, en cuanto corresponde a un incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental. Ahora bien, la normativa infringida en el presente caso remite expresamente a la normativa sectorial, la que debe ser igualmente ponderada.

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

156. En general se puede sostener que la decisión adoptada mediante la RCA certifica, en el caso de aprobarse un proyecto, que éste cumple con todos los requisitos ambientales exigidos por la normativa vigente, además de establecer las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutarlo. Se trata, por ende, de un instrumento de alta importancia para el sistema regulatorio ambiental chileno, lo cual se ve representado en las exigencias contenidas en los arts. 8 y 24 de la LBMA. Al respecto, el inciso primero del art. 8 dispone que, “[l]os proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley”. El art. 24, por su parte, establece que “[e]l titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva”.

157. En cuanto al sector de referencia al que pertenece el proyecto, cabe señalar que el par de licencias ambientales que lo rigen, a saber, la RCA N° 151/2003 y la RCA N° 79/2010, incluyen al D.S. N° 320/2001 dentro de la normativa sectorial a ser observada por el titular. Ahora bien, huelga relevar que dicha normativa se inserta en un contexto sectorial eminentemente orientado al seguimiento ambiental. En efecto, el art. 74 de la LGPA establece que la mantención de la limpieza y el equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola, es de responsabilidad del titular. A su turno, el art. 87 de la ley citada establece la necesidad de reglamentar las medidas de protección del medio ambiente para que los proyectos acuícolas operen en niveles compatibles con las capacidades de carga de los cuerpos de agua lacustres, fluviales y marítimos, asegurando la vida acuática y la prevención del surgimiento de condiciones anaeróbicas en las áreas de impacto.

158. En dicho contexto es que precisamente se inserta el art. 8 bis del RAMA, que constituye la normativa ambiental concretamente vulnerada en la especie, según el cual “El uso de mecanismos físicos, productos químicos y biológicos, o la realización de cualquier proceso que modifique las condiciones de oxígeno del área de sedimentación, así como las actividades que resuspendan el sustrato, el arado, arrastre, aspirado o extracción del material sedimentado proveniente de centros de cultivo, solo podrán ser llevados a cabo previa autorización por resolución fundada de la Subsecretaría”. No obstante, su importancia debe apreciarse de una lectura más amplia, en armonía con el resto de disposiciones del D.S. N°

320/2001 que aluden a la información ambiental, por cuanto modificar las condiciones del área de sedimentación, sin el necesario conocimiento y aprobación por parte de la autoridad sectorial, puede alterar los resultados de dichos muestreos, que son uno de los contados mecanismos que el RAMA establece para controlar las condiciones de operación de los centros de cultivo en niveles aeróbicos.

159. En efecto y a partir de lo señalado más arriba al momento de sostener la clasificación gravísima, es indudable que el mentado art. 8 bis del RAMA se justifica en función del art. 19 del mismo cuerpo reglamentario, que establece en su inciso quinto que “[n]o podrá ingresarse nuevos ejemplares a los centros de cultivo mientras no se cuente con los resultados de la INFA que acrediten que el centro está operando en niveles compatibles con la capacidad del cuerpo de agua, de conformidad con el artículo 3° del presente reglamento”. Ante la necesidad de la autoridad sectorial de verificar que los centros de cultivo funcionen a niveles compatibles con la capacidad de carga de los cuerpos de agua en que se emplazan, es fundamental que el análisis que se pueda desplegar en el área de sedimentación sea representativo del impacto real del ciclo de cultivo respectivo; lo que justamente se busca resguardar con la norma infringida, a la que se remiten los respetivos instrumentos de gestión ambiental cuyo incumplimiento es objeto del presente sancionatorio.

160. Adicionalmente a las serias dificultades que plantea la infracción para la autoridad sectorial, siendo los INFA una fuente de información asentada y valiosa que permite considerar los niveles de afectación del medio impactados por una actividad productiva y evaluada ambientalmente, esta Superintendencia tampoco contará con resultados representativos de las condiciones del medio marino y, por tanto, no tendrá la posibilidad de realizar un análisis riguroso de la existencia y tratamiento de los efectos negativos, a propósito de las funciones que le competen.

161. Todo lo anterior debe ser aunado a las características propias del incumplimiento imputado y configurado, que reflejan una preocupante displicencia –rayana en la mala fe– con respecto al cuidado del medio marino en el que se emplaza la unidad fiscalizable. Ello por cuanto se ha comprobado que la empresa mandató la alteración artificial del fondo marino y columna de agua del CES Aracena 14 de tal manera que le permitiese la obtención de condiciones aeróbicas en un muestreo INFA posterior, sin que por ello se haya generado la correlativa remediación de todo el fondo marino habido al interior de la concesión. En este sentido y de acuerdo a lo levantado por DFZ a partir de las medidas provisionales decretadas por la Res. Ex. N° 1025/2019, que constató la presencia de cubierta de microorganismos en sectores de la zona inmediatamente por debajo del módulo de cultivo³⁴ –y, por ende, distinta de aquella zona desde donde se realizan las filmaciones de las transectas de los muestreos INFA³⁵–, puede sostenerse con total propiedad que la conducta configurada implicó disimular las condiciones anaeróbicas del centro posteriores a su último ciclo productivo, en un abierto fraude al sistema de protección y seguimiento ambiental sectorial. Siendo ello una manifestación clara del desprecio por parte del titular sobre el recurso afectado en aras de la mantención de un propósito meramente productivo y económico, en contraposición al desarrollo sustentable de la industria acuícola, es que el incumplimiento constatado y acreditado en el

34 IFA 2019, imágenes 5, 6 y 7.

35 IFA 2019, imagen 4.

presente procedimiento ha implicado una vulneración al sistema de protección ambiental de carácter **alto**.

b.2. Factores de incremento

162. A continuación, se ponderarán aquellos factores que pueden aumentar el componente de afectación, y que han concurrido en la especie.

b.2.1. Intencionalidad en la comisión de la infracción (art. 40 letra “d”) LOSMA)

163. La intencionalidad, al no ser un elemento necesario para la configuración de la infracción, actúa en virtud de lo dispuesto en el art. 40 de la LOSMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar a cada caso. Al respecto, el Segundo Tribunal Ambiental precisa que su aplicación se traduce en el mayor o menor reproche que esta Superintendencia pueda hacer a la conducta del infractor, la que podrá variar dependiendo si concurre dolo o culpa³⁶.

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

165. A su turno, la intencionalidad como factor a ser tomado en consideración para la determinación de las sanciones concretas en el marco de la LOSMA, difiere conceptualmente de la definición penal clásica de dolo, y debe ser entendida en sede administrativa sancionadora como el *“conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos”*³⁷.

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

167. Ahora bien, resulta necesario hacer una serie de precisiones. Nuevamente de acuerdo a las Bases Metodológicas, dentro de la gama de sujetos regulados por la normativa ambiental, se encuentran aquellos que se pueden denominar “sujetos calificados”, los cuales desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de

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

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

estándares medioambientales exige nuestra legislación. Normalmente este tipo de regulados dispone de una organización sofisticada, la cual les permite afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su operación y eventuales contingencias. Respecto de estos regulados, es posible esperar un mayor conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos y que se encuentren en una mejor posición para evitar infracciones a la normativa ambiental.

168. Un elemento relevante a tener en consideración es que es un hecho público y notorio que Nova Austral S.A. posee un perfil de titular de gran tamaño y con experiencia, puesto que es una empresa multinacional dedicada a la salmonicultura, que posee múltiples centros de cultivo y vasta experiencia en el rubro acuícola. Junto con lo anterior, muchas de las actividades de Nova Austral S.A. han sido sometidas al SEIA, al igual como lo fue el proyecto correspondiente al CES Aracena 14. De este modo se tiene que el titular es una empresa dedicada específicamente al rubro salmonero, que tiene conocida experiencia en realizar proyectos que por sus características han debido ser sometidas a evaluación ambiental, por lo que es un conocedor de dicho sistema y cómo éste regula la ejecución de proyectos, lo que lo convierte en un sujeto calificado. En razón de ello, se estima que la empresa se encuentra en una especial posición para tener conocimiento acerca de sus obligaciones y las formas de darle cumplimiento.

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

170. A este último respecto, lo primero que debe ser atendido estriba tanto en la naturaleza de la infracción misma como la naturaleza de la conducta o hecho específico que sirve de base a la imputación. Por un lado, considerando que la infracción consiste en que el titular realizó una alteración artificial del fondo marino y columna de agua sin haber tramitado previamente el permiso sectorial debido, resulta incomprensible a la luz de las máximas de la experiencia que un sujeto calificado como Nova Austral S.A. no se haya impuesto acerca de la necesidad de requerir tal autorización. Ahora bien, si se atiende a la naturaleza del hecho que está detrás de la infracción, no cabe duda que el titular concurrió a su ejecución con intencionalidad, por cuanto la misma le hubo de requerir una planificación determinada, involucrando una gestión de recursos humanos propios y de terceros, materiales y logísticos, que le permitiesen trasladar al sector en que se emplaza el CES Aracena 14 todo dicho conjunto de recursos para ejecutar la conducta reprochada.

171. De acuerdo a la abundante evidencia recabada durante la etapa de investigación, que ha revelado las circunstancias que rodearon la conducta imputada y configurada, resulta forzoso concluir que Nova Austral S.A. incurrió en la misma con la específica intención de llevarla a cabo y de obtener los resultados para los que orientó dicho actuar, que le habrían permitido obtener fraudulentamente una autorización de siembra, de no ser porque SERNAPESCA se percató oportunamente de la conducta, como fuera relevado en los capítulos “III.” y “VIII.” de la presente resolución. Por todo lo anterior, se dará lugar a la aplicación de esta circunstancia como factor de incremento del componente de afectación, teniéndose por suficientemente acreditada la intencionalidad del titular en la comisión del cargo configurado.

b.3. Factores de disminución

b.3.1. Irreprochable conducta anterior (art. 40 letra “e”) LOSMA)

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

173. No habiendo opuesto defensas sobre el particular, cabe señalar que el CES Aracena 14 ha obtenido la aprobación de un programa de cumplimiento en un procedimiento sancionatorio anterior. En efecto, la unidad fiscalizable fue objeto del procedimiento sancionatorio Rol F-066-2014, habiéndole sido aprobado un programa de cumplimiento con fecha 18 de mayo de 2015. Luego, no procede la aplicación de este factor de disminución.

b.3.2. Cooperación eficaz (art. 40 letra “i”) LOSMA)

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

174.1. El infractor se ha allanado al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos –dependiendo de sus alcances, el allanamiento podrá ser total o parcial–;

174.2. El infractor ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados;

174.3. El infractor ha prestado una colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA;

174.4. El infractor ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del art. 40 de la LOSMA.

175. En tales términos, la circunstancia se relaciona con la cooperación que haya demostrado el titular durante el procedimiento sancionatorio, requiriéndose adicionalmente que esta cooperación sea eficaz, relacionándose, entre otras cosas, con la utilidad real de la información o antecedentes que hayan podido ser aportados en diferentes momentos.

176. En el presente caso cabe relevar que la empresa dio respuesta a los requerimientos efectuados por la SMA durante el proceso de investigación,

incluido el requerimiento efectuado por Res. Ex. N° 1025 de fecha 17 de julio de 2019, en virtud de la cual se dictaron medidas provisionales pre procedimentales, así como prestó colaboración en las fiscalizaciones llevadas a cabo por esta SMA durante el proceso de investigación, según consta en las actas de fiscalización de fechas 26 de julio de 2019, 27 de julio de 2019 y 2 de agosto de 2019.

177. Por otro lado, el titular dio respuesta oportuna y útil al requerimiento de información de esta Superintendencia proferido mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-143-2021, acompañando antecedentes que han permitido ponderar debidamente las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.

178. En definitiva, se estima que el comportamiento del titular se configura como una cooperación eficaz, por cuanto aportó antecedentes para ponderar las circunstancias del art. 40 de la LOSMA para los efectos de la determinación de la sanción a aplicarse. Por tanto, esta circunstancia será considerada como un factor de disminución de la sanción que se aplicará respecto del cargo N° 1.

b.3.3. Aplicación de medidas correctivas (art. 40 letra “i”) LOSMA)

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

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

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

182. En este sentido, Nova Austral S.A. señaló en sus descargos que *“[c]on posterioridad a la ocurrencia de los hechos, Nova Austral no volvió a ejercer actividades de acuicultura en el CES Aracena 14. En particular, desde el año 2019, el centro se ha mantenido de forma permanente en periodo de descanso y sin ningún tipo de operación [...] Lo anterior, evidencia que desde la verificación de los hechos imputados hasta la fecha, la Compañía ha buscado evitar que se generen nuevos efectos de cualquier tipo en el área involucrada, que puedan afectar adversamente los fines que la SMA pretende cautelar”*

183. Adicionalmente, señaló en su presentación en respuesta a la Res. Ex. N° 3/Rol D-143-2021 que *“en agosto de 2020, se formó el centro de costo del área de Compliance. Se contrató el rol del Gerente Legal & Compliance el cual incluía un recurso humano que tiene relación con controles internos de la empresa. En abril de 2021 se incorporó una tercera persona la cual tiene el rol de implementar el programa de cumplimiento ambiental de la compañía y, en abril de 2022 se incorpora una cuarta persona, con la labor de ejecutar revisiones internas periódicas en la operación de agua mar. Esta área reporta de manera directa al Directorio de la empresa”*. Adicionalmente, acompañó los siguientes documentos:

- 183.1. Cotizaciones 1224-V1-2021 emitida por Gestión Acuícola, Marítima y Ambiental Ltda.;
- 183.2. Facturas electrónicas N° 1099 emitida por Gestión Acuícola, Marítima y Ambiental Ltda.;
- 183.3. Cotización N° 1297 emitida por Tecnología Robótica Industrial Chile SpA;
- 183.4. Orden de compra N° 1529817;
- 183.5. Factura electrónica N° 1520 emitida por Tecnología Robótica Industrial Chile SpA;
- 183.6. Proforma N° 1297 emitida por Tecnología Robótica Industrial Chile SpA;
- 183.7. Cotización N° 9 emitida por Tri Servicios SpA;
- 183.8. Factura electrónica N° 44 emitida por Tri Servicios SpA;
- 183.9. Documento “Informe de resultados faena de inspección y limpieza de playas”, noviembre 2021; y
- 183.10. Planilla de costos implementación Gerencia Legal & Compliance.

184. Valga decir que los antecedentes aportados permiten concluir que el titular no ha adoptado medidas correctivas, puesto que las acciones no se encuentran directamente orientadas a la corrección de la infracción configurada ni sus eventuales consecuencias; más bien, o se trata de acciones destinadas derechamente a remediar impactos que no dicen relación con el cargo formulado, o al levantamiento de información acerca de las condiciones del centro o destinadas a modificar la gestión interna de la empresa, mas no se hacen cargo de dichas condiciones. Por todo lo anterior, esta circunstancia no será considerada como un factor de disminución de la sanción aplicable al cargo N° 1.

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

185. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española a propósito del derecho tributario, como la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública³⁸. De esta manera, esta circunstancia atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

38 CALVO ORTEGA, Rafael, *Curso de Derecho Financiero. I Derecho Tributario. Parte General* (Madrid, Thomson-Civitas, 2006), p. 52; citado por MASBERNAT MUÑOZ, Patricio, *El principio de capacidad económica como principio jurídico*

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

187. En efecto, para la determinación del tamaño económico, se han examinado los antecedentes financieros de la empresa disponibles en el procedimiento. Al efecto, los ingresos operacionales que figuran en el estado de resultados al 31 de diciembre de 2021 contenidos en la página 3 de los estados financieros del año 2021 entregados por la empresa³⁹, son de MUS\$ 89,934 equivalentes a \$76.466.383.500 considerando el tipo de cambio observado al 31 de diciembre de 2021 (\$850,25), y a UF 2.467.315 al valor de la UF de diciembre de 2021, lo que clasifica a la empresa como **Grande N°4** –de acuerdo a la clasificación de tamaño económico utilizada por el Servicio de Impuestos Internos–, ya que sus ingresos anuales son superiores a UF 1.000.000.

188. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se concluye que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica⁴⁰.

189. En consideración a lo precedentemente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente:

RESUELVO:

PRIMERO: Atendido lo expuesto en la presente resolución, respecto al hecho infraccional consistente en la “[a]lteración artificial, entre los meses de marzo y junio de 2019, de la columna de agua y fondo marino del CES Aracena 14, incluyendo la sepultación del sedimento bajo la zona de las balsas jaula, sin la correspondiente autorización sectorial, producto de los resultados anaeróbicos de los muestreos de información ambiental”;

material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España, en Revista Ius et Praxis 16 (Santiago, 2010), N° 1, pp. 303 - 332.

39 Antecedentes individualizados en el considerando 48 de la presente resolución.

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

aplíquese a Nova Austral S.A., rol único tributario N° 96.892.540-7, la sanción consistente en una multa de mil trescientas unidades tributarias anuales (1.300 UTA).

SEGUNDO: Recursos que proceden contra esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LOSMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, 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 LOSMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo. El monto de la multa impuesta por la Superintendencia será 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.

Se hace presente que, el pago de la multa deberá efectuarse en la oficina correspondiente de la Tesorería General de la República o mediante la página web de dicho servicio, en la sección “pago de impuestos fiscales y aduaneros en línea” a través del siguiente enlace: <https://www.tgr.cl/pago-de-impuestos-fiscales-y-aduaneros/>. En ambos casos, para realizar el pago deberá utilizarse el **formulario de pago N° 110.**

El sitio web de esta Superintendencia dispuso un banner especial denominado “pago de multa”, que indica detalladamente las instrucciones para realizar adecuadamente el pago. Dicha información se puede obtener a través del siguiente enlace:

<https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>

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 LOSMA 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

EMANUEL IBARRA SOTO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)

BMA/ODLF/IMA

Notificación personal:

- Nova Austral S.A., con domicilio en calle Magallanes N° 990, segundo piso, oficina 4, comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Notificación por plataforma de comunicaciones digitales del Estado, DocDigital:

- Director Nacional Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura.

C.C.:

- Gabinete, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina regional de Magallanes y la Antártica Chilena, Superintendencia del Medio Ambiente.

- Departamento Jurídico, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Departamento de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización y Conformidad Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Información y Seguimiento Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Equipo sancionatorio Departamento Jurídico, Superintendencia del Medio Ambiente.

Rol D-143-2019

Expediente ceropapel N° 16.903/2021

N°	Cargo	Beneficio Económico (UTA)	Componente afectación				Factor tamaño económico	Factor Cumplimiento PDC	Multa (UTA)
			Valor Seriedad (rango UTA)	Factores incremento (valor máximo)	Factores disminución (valor máximo)				
1	Alteración artificial, entre los meses de marzo y junio de 2019, de la columna de agua y fondo marino del CES Aracena 14, incluyendo la sepultación del sedimento bajo la zona de las balsas jaula, sin la correspondiente autorización sectorial, producto de los resultados anaeróbicos de los muestreos de información ambiental	0	Letra i) IVSJPA	Letra d) Intencionalidad	Letra i) Cooperación eficaz	Grande 4	No aplica	1.300	
			500 - 1.000	50%	30 %	100,00 %			