

**RECHAZA REPOSICIÓN INTERPUESTO POR AUSTRALIS
MAR S.A. Y ELEVA ANTECEDENTES AL
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE.**

RES. EX. N°7/ROL N° D-001-2015

Santiago, 24 SEP 2018

VISTOS:

Conforme con 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, "LO-SMA"); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 40, del Ministerio del Medio Ambiente, de 12 de agosto de 2013, que fija el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; en el Decreto Supremo N° 30, de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, D.S. N° 30/2012); 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 el Decreto N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, modificada por Resolución Exenta N° 559 de fecha 14 de mayo de 2018, que fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; y, la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

CONSIDERANDO:

A. Antecedentes Generales

1. Que, mediante Res. Ex. N°1/D-001-2015 de fecha 26 de febrero de 2015, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-001-2015, seguido en contra de Australis Mar S.A., (en adelante, "Australis Mar" o "la empresa"), Rol Único Tributario N° 76.003.885-7, representada por Luis Felipe Correa González, en su calidad de titular de los proyectos Centro de Engorda de Salmones Salas 5 (en adelante CES Salas 5) Código de Centro de Registro Nacional de Acuicultura N°110848, calificado ambientalmente favorable mediante Resoluciones de Calificación Ambiental N° 356 del 26 de junio de 2008 (en adelante "RCA N° 356/2008"), N° 206 de 5 de mayo de 2010 (en adelante "RCA N° 206/2010), ambas de la Comisión Regional de Medio Ambiente de la Región de Aysén, y N° 297 de 17 de diciembre de 2013 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén (en adelante RCA N° 297/2013), y del Centro de Engorda de Salmones Isla Rojas 2 (en adelante "CES Isla Rojas 2"), Código de Centro



de Registro Nacional de Acuicultura N° 110840, ubicado en Isla Rojas, al Norweste de la Región de Aysén, comuna y provincia de Aysén, Región de Aysén, calificado ambientalmente favorable mediante Resolución de Calificación Ambiental N° 172 del 06 de abril de 2010, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén (en adelante "RCA N° 172/2010").

2. Que, con fecha 01 de abril de 2015, Australis Mar presentó un programa de cumplimiento (en adelante e indistintamente "PdC") para su aprobación.

3. Que, con fecha 28 de abril de 2015, mediante Res. Ex. N°3/Rol N° D-001-2015, se solicitó a la empresa, previo a resolver, que incorporara determinadas observaciones al programa de cumplimiento presentado, para lo cual debía presentar en un plazo de 6 días hábiles un programa de cumplimiento refundido que las incluyera.

4. Que, con fecha 13 de mayo de 2015, don Luis Felipe Correa González en representación de Australis Mar S.A., presentó dentro de plazo el texto refundido, coordinado y sistematizado del programa de cumplimiento de la empresa, que se hace cargo de las observaciones señaladas en la Res. Ex. N°3/Rol N° D-001-2015 formuladas por esta Superintendencia.

5. Que, con fecha 29 de mayo de 2015, mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-001-2015 se resolvió aprobar el programa de cumplimiento, realizando correcciones de oficio en su resuelto II que se hicieran cargo de las observaciones no consideradas, y disponiendo suspender el procedimiento sancionatorio hasta su cumplimiento satisfactorio o hasta su término por el incumplimiento de las acciones comprometidas, ello en conformidad al artículo 42 de la LO-SMA.

6. Que, el día 30 de julio de 2018, se dictó la Res. Ex. N°5/D-001-2015 (en adelante "Resolución N° 5"), mediante la cual se resolvió declarar incumplido por Australis Mar S.A. el programa de cumplimiento aprobado por la Res. Ex. N°4/D-001-2015 y, en consecuencia, reiniciar el procedimiento sancionatorio, el cual había sido suspendido de acuerdo al Resuelto IV de la Res. Ex. N°4/D-001-2015. Los fundamentos de dicha resolución se refirieron al incumplimiento de las acciones 1.B, 2, 4, 5.B, 6.B, 7, 8, 9 relativas al CES Salas 5; y acciones 2.B y 2.C vinculadas al CES Rojas 2, por la no consecución de la meta presente en todo PDC, y por haber ejecutado la acción alternativa, en circunstancias de que el no inicio de operaciones de los CES se debió a un acto voluntario de la empresa.

7. Que, el día 14 de agosto de 2018 Australis Mar S.A. realizó una presentación en la cual, en el numeral 1, deduce recurso de reposición del artículo 59 de la Ley N°19.880, en contra de la Res. Ex. N°5/Rol D-001-2015, interponiendo en subsidio recurso jerárquico, y en el numeral 2 acompaña documentos. Los argumentos invocados por la recurrente se describirán brevemente en la siguiente sección.

8. Que, el día 17 de agosto de 2018, Australis Mar presentó descargos y acompañó documentos.

9. Que, el día 07 de septiembre, mediante la Resolución Exenta N° 6/Rol D-001-2015, se tiene por presentado recurso de reposición, descargos y



documentos acompañados en la presentación de 14 de agosto de 2018, suspendiéndose además el procedimiento administrativo sancionador.

B. Argumentos y solicitudes formuladas en el recurso de reposición interpuesto

10. Tal como se señaló, el 14 de agosto de 2018 Australis Mar S.A. interpuso recurso de reposición, en contra de la Resolución N° 5, sosteniendo que el acto recurrido implicaría un desconocimiento de las condiciones bajo las cuales se aprobó el PdC, e indicando que la resolución adolece de las siguientes irregularidades:

- a) La aprobación de un programa de cumplimiento bajo ciertas condiciones y plazos genera una situación jurídica que no puede ser desconocida por la autoridad responsable de su dictación y su fiscalización. De esta forma, la ejecución de las acciones, en los plazos, términos y supuestos previstos en el PdC aprobado, no puede sino tener un efecto liberatorio para aquel regulado que ha observado las condiciones convenidas.
- b) La no operación de los Centros, en virtud de descansos sanitarios coordinados en el marco de Planes de Manejo, fue una circunstancia prevista y conocida por la SMA al aprobar el PdC, que se tradujo en un supuesto expreso para cada una de las acciones que ahora se estiman incumplidas.
- c) El reinicio de las operaciones no constituye una condición sujeta al mero arbitrio o querer del titular. De esta forma, y aunque se trata de un hecho voluntario, se refrenda en un actuar objetivo que se encuentra sujeto al cumplimiento de la regulación sectorial.
- d) La decisión de la SMA implica la imposición de un criterio formalista, enfocado en el cumplimiento por el cumplimiento, dado que no se contemplan en este proceso efectos negativos que sea necesario contener, reducir o eliminar. Por lo cual, la SMA pretende exigir el ejercicio de la actividad económico de Australis Mar S.A. para el solo efecto de implementar acciones cuyos supuestos son la realización de la actividad acuícola.
- e) Australis Mar S.A. en todo momento ha actuado guiada por los principios de buena fe y colaboración, y bajo una expectativa razonable de que había cumplido las acciones del PdC, en los plazos y condiciones previstas en el instrumento.
- f) Que en atención a lo indicado, solicita dejara sin efecto la Resolución N° 5, declarando en su lugar que se tiene por ejecutado satisfactoriamente el Programa de Cumplimiento propuesto por Australis Mar S.A., dando por concluido el procedimiento administrativo rol D-001-2015.

C. Análisis de los argumentos expuesto en el escrito de reposición.

11. Para resolver el presente recurso de reposición, y dado que se presentan argumentos no desagregados para las diez acciones vinculadas a la acción alternativa propuesta frente al impedimento de no operación de los CES Salas 5 y Rojas 2 durante el



plazo de 2 años de vigencia del PdC, estos se analizarán conjuntamente, de modo de verificar si los argumentos presentados tienen el peso suficiente para desvirtuar la conclusión a que se arribó en la Resolución N° 5.

- a. **La aprobación de un PdC genera una situación jurídica que no puede ser desconocida por la autoridad.**

12. Que Australis Mar S.A. sostiene en su recurso de reposición que el pronunciamiento de la Superintendencia acerca de la suficiencia del PdC, otorga certeza respecto a los términos bajo los cuales se procederá a su ejecución y a la verificación de su cumplimiento, existiendo en ese contexto, una expectativa legítima de los regulados de que la total adherencia a las cláusulas del PdC produzca un efecto liberatorio. De dicha forma, y en el caso concreto, la empresa considera improcedente que habiendo transcurrido 3 años desde la aprobación del PdC, esta Superintendencia pretenda desconocer y reescribir lo aprobado, y que la ejecución de las acciones, en los plazos, términos y supuestos previstos en el PdC, no puede sino tener el referido efecto liberatorio.

13. Que al respecto, es pertinente indicar que la aprobación de un PdC genera una situación jurídica que no puede ser desconocida por la empresa que se somete al instrumento, ni por la autoridad. La resolución que aprueba el PdC fija el contenido de las acciones principales, impedimentos, acciones alternativas, plazos y medios de seguimiento y verificación, a los cuales la empresa debe atener su cumplimiento, y conforme a los cuales la autoridad realizará sus labores de fiscalización.

14. Que en dicho sentido, y conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley N° 20.417 *“Cumplido el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido”*, lo cual debe ser verificado por la Superintendencia del Medio Ambiente al término del PdC.

15. Que por tanto, el referido efecto liberatorio, tendría lugar en el momento en que se declara la ejecución satisfactoria del PdC, instante en el cual se le pone término al procedimiento administrativo sancionador sin una determinación de responsabilidad que implique la imposición de alguna de las sanciones dispuestas en el artículo 38 de la LO-SMA.

16. Que por lo anterior, el solo convencimiento por una empresa de que ejecutó las acciones del PdC en los plazos, términos y supuestos establecidos en el instrumento, no es suficiente para configurar este efecto liberatorio, ya que para que este tenga lugar, debe concurrir necesariamente el análisis técnico y jurídico de esta Superintendencia. Por lo anterior, lo indicado por Australis Mar S.A. es una expectativa de obtener determinado resultado tras el despliegue de cierta actividad, que no es vinculante para el análisis y pronunciamiento de esta Superintendencia, la cual como autoridad encargada, debe fiscalizar y verificar el cumplimiento del PdC dentro de los plazos establecidos y conforme a las metas fijadas en él.

17. Que en este orden de ideas, lo realizado por la SMA en la Resolución N° 5 correspondió al análisis de cumplimiento de las acciones y metas del PdC,



que prescribe el artículo 42 de la LO-SMA. De esta forma, en la Resolución N° 5 se analizaron primeramente los antecedentes sobre la no operación de los CES Salas 5 y Rojas 2 y los antecedentes normativos sobre la declaración de ejecución satisfactoria de los PdC, para luego analizar el cumplimiento de las acciones del PdC, analizando primeramente aquellas acciones donde se habría ejecutado la acción subsidiaria, para luego referirse al estado de cumplimiento de las restantes acciones del Programa.

18. Que tras este análisis, se concluyó que Australis Mar S.A., había incumplido su PdC, ya que diez de las dieciséis acciones comprometidas no fueron ejecutadas. Lo anterior, dado que la empresa habría dado ejecución a la acción subsidiaria, en condiciones de que el supuesto que habilitaba para ello, la no operación de los CES, se debió a un acto voluntario de la empresa de suscribir diversos Planes de Manejo que supusieron el descanso sanitario de los CES durante los dos años de vigencia del Programa; implicando lo anterior, la mantención de las infracciones normativas por las cuales se formularon cargos mediante la Res. Ex. N°1/Rol D-001-2015.

19. Que lo anterior, no implica un desconocimiento de lo aprobado en la Res. Ex. N°4/Rol D-001-2015, ni tampoco importa una modificación de la misma, ya que el análisis expuesto en la Resolución N° 5 se realizó en base a lo aprobado con fecha 29 de mayo de 2015, sin desconocer el tenor del instrumento ni lo dispuesto en la normativa sobre el tema, que como se planteó en la referida resolución excluye de los impedimentos de un PdC los hechos que son de responsabilidad de la empresa.

20. Que atendido lo expuesto, se estima que el argumento presentado por Australis Mar no es suficiente para desvirtuar lo indicado y resuelto en la resolución N° 5.

b. La no operación de los CES en virtud de descansos sanitarios coordinador en el contexto de Planes de Manejo fue una circunstancia prevista y conocida por la SMA al aprobar el PdC.

21. Que Australis Mar S.A. sostiene en su recurso de reposición que la no operación de los Centros por descansos sanitarios coordinados en Planes de Manejo, fue una circunstancia prevista y conocida por la SMA al aprobar el PdC, la cual se habría traducido en la incorporación de acciones aplicables en consideración de su inoperatividad, respecto de las cuales la SMA no indicó o exigió que se debieran únicamente a hechos externos, ajenos a la voluntad del titular.

22. Que al respecto, es menester indicar, que Australis Mar, en la primera propuesta de PdC, ingresada a esta Superintendencia con fecha 01 de abril de 2015, comunicó la circunstancia de que *"(...) ambos centros de engorda, esto es Salas 5, Registro Nacional de Acuicultura (RNA) 110848 y Rojas 2 RNA 110840, no se encuentran operando actualmente, según se acredita con los documentos anexados al presente Programa de Cumplimiento (Anexo 5). El primero por haber entrado en un período de descanso sanitario voluntario, de conformidad al Plan de Manejo de la agrupación de concesiones número 23B aprobado por el*



SERNAPESCA mediante Resolución Exenta N° 339 de fecha 23 de enero de 2015, **proyectándose el reinicio de sus operaciones en enero del año 2017**; mientras que el segundo por decisión económica de la empresa, **proyectándose el reinicio de las operaciones en el mes de septiembre del año 2016 (...)**" (énfasis agregado), repitiéndose dicha redacción en todas las propuestas de PdC presentadas a esta Superintendencia.

23. Que de esta forma, la circunstancia conocida por esta Superintendencia era que a la fecha de presentación del PdC, los CES Salas 5 y Rojas 2, no estaban operativos, circunstancia que se iba a mantener durante parte del periodo de vigencia del PdC, luego del cual la empresa ejecutaría las acciones comprometidas una vez reiniciada las operaciones.

24. Que, no obstante lo anterior, la empresa no entregó toda la información relativa a los descansos sanitarios de los CES. Es así, que respecto del CES Salas 5 no se comunicó que entre febrero y abril de 2017 este debía someterse a un descanso sanitario fijado por Sernapesca, como tampoco se comunicó la intención de la empresa de sumarse a un Plan de Manejo Sanitario voluntario posteriormente. En el caso del CES Rojas 2, no se informó que a la fecha de la formulación de cargos y de la presentación del PdC, la no operación del CES no se fundaba en una decisión económica de la empresa, como se planteó en el PdC, sino que a que el CES se encontraba en descanso sanitario voluntario. De igual forma, no se informó a esta Superintendencia que entre enero a marzo de 2016 el CES estaría en descanso sanitario fijado por SERNAPESCA y que posteriormente se sumaría a un Plan de Manejo, hasta el próximo descanso sanitario obligatorio.

25. Que dicha información, fue de conocimiento de esta autoridad a partir del reporte periódico y final del PdC, en el cual Australis Mar comunicó la situación de no operación de los CES acompañando los antecedentes que acreditaban dicha situación.

26. Que con esta información, y una vez finalizado el plazo de vigencia del PdC, esta Superintendencia pudo constatar, que los CES no reiniciaron sus operaciones, por los siguientes motivos:

Tabla N°1 Descansos sanitarios de los CES objeto del procedimiento sancionatorio D-001-2015

CES SALAS 5	
01-11-2014 a 31-01-2015	Periodo de descanso sanitario fijado por SERNAPESCA
01-02-2015 a 31-01-2017	Plan de Manejo Sanitario voluntario
01-02-2017 a 31-04-2017	Periodo de descanso sanitario fijado por SERNAPESCA
01-05-2017 a 31-04-2019	Plan de Manejo Sanitario voluntario

CES ROJAS 2	
01-10-2013 a 31-12-2013	Periodo de descanso sanitario fijado por SERNAPESCA
01-01-2014 a 31-12-2015	Plan de Manejo Sanitario voluntario
01-01-2016 a 31-03-2016	Periodo de descanso sanitario fijado por SERNAPESCA
01-04-2016 a 31-03-2018	Plan de Manejo Sanitario voluntario

Fuente: Elaboración propia, 2018



27. Que de esta forma, la situación de no operación de los Centros en virtud de descansos sanitarios coordinados en Planes de Manejo fue un hecho parcialmente conocido por esta autoridad, descociéndose a la fecha de aprobación del PdC la intención de la empresa de mantenerse en no operación durante toda la vigencia del PdC, a través de la suscripción voluntaria de Planes de Manejo en sus respectivas concesiones.

28. Que sin perjuicio de que la información sobre la no operación de los CES fue entregada parcialmente, esta circunstancia no fue considerada en la Resolución N° 5, ya que esta no desconoció ni modificó lo dispuesto en la Res. Ex. N°4/Rol D-001-2015, sino que por el contrario analizó *ex post* el cumplimiento del PdC aprobado en el procedimiento D-001-2015, atendiendo a que la no operación de los CES, verificada durante toda la vigencia del PdC, se debió a un hecho voluntario de la empresa, y no a un hecho externo que impidió la operación.

29. Que en este sentido, y en cuanto la adopción de un supuesto expreso dada la no operación de los CES, consistente en la acción subsidiaria *“para el caso de aquellas acciones que requieren de la operatividad del centro de cultivo para ser implementadas”*, esta, como se indicó en la Resolución N° 5, corresponde en su naturaleza a las denominadas *“acciones alternativas”* las cuales deben ejecutarse *“(…) sólo en el caso de ocurrencia de un impedimento, que implique que una acción principal deba dejar de ser ejecutada. La acción alternativa debe permitir cumplir satisfactoriamente con los objetivos del Programa, reemplazando a la acción principal a la cual se encuentra asociada”*¹.

30. Que luego, los impedimentos han sido definidos como *“(…) condiciones externas que podrían imposibilitar la ejecución de la acción dentro del plazo establecido”*² o *“condiciones ajenas a la voluntad o responsabilidad del titular que podrían imposibilitar la ejecución de la acción dentro del plazo establecido”*³, siendo un ejemplo típico de circunstancias que no pueden ser calificadas como impedimentos *“aquellas circunstancias que son de responsabilidad del titular”*⁴.

31. Que de esta forma, y tal como se indicó en la Resolución N° 5, la ocurrencia del supuesto o impedimento que permite la implementación de la acción alternativa o subsidiaria, no puede provenir de un acto voluntario o cuya responsabilidad recae en el titular, sino que debe depender absolutamente de un hecho externo.

32. Que en el caso en análisis, el supuesto o impedimento de no operación de los CES correspondió a una circunstancia que es responsabilidad del titular, ya que este voluntariamente suscribió los distintos Planes de Manejo Sanitario Voluntario, por

¹ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, julio de 2016, pág. 13

² Op. Cit. pág.16

³ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, julio de 2018, pág. 16

⁴ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, Guía para asistir al regulado en la presentación de un Programa de Cumplimiento, julio de 2013, pág. 5

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, julio de 2016, pág. 16

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, julio de 2018, pág. 17



lo cual no podría ser considerado como impedimento o supuesto que habilitara la ejecución de la acción subsidiaria.

33. Que a mayor abundamiento, y atendido lo consignado en los considerandos anteriores, esta Superintendencia no considera pertinente tener que indicar o exigir expresamente que los supuestos o impedimentos de un PdC, no dependan de un acto voluntario de la empresa, ya que lo anterior se entiende constitutivo del concepto de impedimento, siendo redundante una exigencia en este sentido. A lo anterior, se agrega que desde la Guía para asistir al regulado en la presentación de Programa de Cumplimiento, de julio de 2013, se ha consignado que *“No se consideran como supuestos aquellas situaciones que deben estar disponibles antes de iniciarse el Programa y que **son responsabilidad del titular**, tales como recursos aprobados o capacidad técnica disponible, entre otros”*⁵ (énfasis agregado).

34. Que igualmente, es pertinente indicar que la medida subsidiaria en análisis fue propuesta por la empresa desde el primer PdC presentado, por lo cual esta Superintendencia no solicitó la incorporación de acciones asociadas a la inoperatividad de los CES en sus observaciones al instrumento. Que por el contrario, lo solicitado por esta Superintendencia fue la eliminación de estas acciones de la tabla de objetivos específico y su agregación antes de las referidas tablas, para facilitar el seguimiento y reportabilidad del PdC.

35. Que atendido lo expuesto, se estima que el argumento presentado por Australis Mar no es suficiente para desvirtuar lo indicado y resuelto en la resolución N° 5.

- c. **El reinicio de las operaciones no constituye una condición sujeta al mero arbitrio o querer del titular. Aunque se trata de un hecho voluntario, se refrenda en un actuar objetivo que se encuentra sujeto al cumplimiento de la regulación sectorial.**

36. Que Australis Mar S.A. sostiene en su recurso de reposición que la SMA conocía la existencia de los descansos sanitarios coordinados establecidos en el marco de Planes de Manejo, ya que estos se encuentran establecidos en la legislación sectorial (Ley N° 20.434) por lo cual no puede desconocer su existencia y aplicación. Asimismo, sostiene que el reinicio de las operaciones en caso alguno constituye una condición sujeta al mero arbitrio o querer del titular, ya que a pesar de ser un hecho voluntario, se refrenda en un actuar objetivo que se encuentra regulado.

37. Que, lo expuesto en la Resolución N° 5 no significa de modo alguno un desconocimiento de la existencia y aplicación de los descansos sanitarios coordinados en el marco de planes de manejo, sino que significa que los mismos no pueden ser considerados como impedimentos dentro de un PdC, por ser actos de carácter eminentemente voluntario, que dependen de la entera responsabilidad de la empresa, cuyo efecto es la no operación del respectivo CES.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, Guía para asistir al regulado en la presentación de un Programa de Cumplimiento, julio de 2013, pág. 5



38. Que por lo anterior, no es posible considerar que la medida subsidiaria consideró precisamente la posibilidad de que la no operación respondiera a la suscripción de un plan de manejo sanitario, como sostiene la empresa, ya que aquello implicaría que esta Superintendencia aceptó como impedimento un hecho que depende completamente de la responsabilidad de la empresa, el cual como ya se indicó no puede formar parte de los impedimentos o supuestos de un PdC.

39. Que como se indicó en la Resolución N° 5, la normativa sectorial establece la posibilidad "(...) de que los titulares de los centros de cultivo que pertenezcan a una agrupación de concesiones puedan acordar condiciones sanitarias y ambientales adicionales a las establecidas por la autoridad, que sean específicas para la agrupación de concesiones respectiva y no afecten el medio ambiente o al desarrollo de otras actividades en la zona"⁶, regulándose en el Reglamento de medidas de protección, control y erradicación de enfermedades de alto riesgo para las especies hidrobiológicas, la posibilidad de que los titulares de agrupaciones de concesiones puedan adoptar Planes de Manejo, los que pueden incluir "(...) **el descanso sanitario coordinado de toda o parte de una agrupación por un período productivo completo, descanso sanitario coordinado por un periodo superior al establecido para la agrupación u otro**"⁷ (el destacado es nuestro).

40. Que así, y tal como fue expuesto en la Resolución N° 5, el descanso sanitario coordinado en Planes de Manejo puede incluir a la totalidad de la agrupación de concesiones o solo a parte de esta, pudiendo los CES abstenerse de formar parte de este Plan de Manejo de descanso sanitario coordinado. Lo anterior, queda de manifiesto en todas las resoluciones referidas a los Planes de Manejo de Australis Mar, donde una o más concesiones se abstuvieron de participar.

41. Que de esta forma, Australis Mar adscribió voluntariamente a los Planes de Manejo de descanso sanitario coordinado, que impidieron y justificaron el no inicio de operaciones de los CES.

42. Que lo anterior es reconocido expresamente por Australis Mar en su presentación de 14 de agosto de 2018, al indicar "(...) *el reinicio de operaciones en caso alguno constituye una condición sujeta al mero arbitrio o querer del titular. Al contrario, si bien se trata de un hecho voluntario (...)*"⁸.

43. Que, a pesar de dicho reconocimiento, la empresa intenta refrendar la legalidad del mismo, en que este se encuentra sujeto al cumplimiento de la regulación sectorial y su aparente verificabilidad dentro del PdC.

44. Que respecto de este último argumento, ya se ha indicado que dado que el Plan de Manejo es de carácter voluntario para la empresa, el mismo no puede ser verificado en el contexto del PdC. Asimismo, y respecto al primer argumento, es menester indicar que no es posible utilizar las disposiciones de una normativa sectorial o de una RCA, ^{mas}

⁶ Considerando 30 de la Res. Ex. N° 5/ Rol D-001-2015

⁷ Ibid.

⁸ Escrito de Reposición de Australis Mar S.A., ingresado con fecha 14 de agosto de 2018, pág. 8



favorables que las acciones comprometidas en el PdC, como justificación del incumplimiento de todo o parte del instrumento, ya que lo anterior implicaría un desconocimiento de la finalidad y espíritu de los PdC.

45. Que lo anterior es respaldado por el criterio sostenido por la Corte Suprema en sentencia pronunciada en el caso Eco Maule donde indicó “ (...) lleva razón el tribunal de la instancia cuando ha dado preeminencia a la obligación de ejecución del programa de cumplimiento establecida en el artículo 42 de la Ley N° 20.417, pues pretender justificar su inobservancia en la vigencia de la RCA N°104/14 implica, no sólo desconocer el espíritu de la solución colaborativa, sino derechamente desatender su tenor literal, omitiendo la satisfacción de objetivos reparatorios que el titular del proyecto se ha auto impuesto, y que constituyen la esencia de la institución en cuestión”⁹.

46. Que atendido lo expuesto, se estima que los argumentos presentados por Australis Mar en su recurso de reposición no son suficientes para desvirtuar lo resuelto en la Resolución N° 5.

d. Exigencia del ejercicio de la actividad económica de Australis Mar para el sólo efecto de implementar acciones cuyo supuesto es precisamente la realización de la actividad

47. Que Australis Mar sostiene en su recurso de reposición que lo resuelto por la SMA implica la imposición de un criterio formalista, enfocado en el cumplimiento por el cumplimiento, dado que los hechos infraccionales asociados a las acciones que dependían del funcionamiento de los CES, no generaban efectos negativos que haya sido necesario remediar o eliminar. Asimismo, la resolución desconocería un aspecto fáctico que constituye el fundamento de la medida subsidiaria, esto es, que la no operación de los CES implica la ausencia total no solo de actividad, sino también de estructuras en el espacio de la concesión, lo que reforzaría esta situación de no generación de efectos negativos. Por último, que lo expresado por la SMA en la Resolución N° 5, conduciría a la paradoja de que el reinicio de operaciones de Australis Mar “(...) hubiese implicado ejecutar una actividad con impacto ambiental –autorizada, por cierto-. Para el solo efecto de cumplir con las condiciones que las respectivas RCA prevén, precisamente, como condiciones de operación”¹⁰, las cuales serán implementadas necesariamente al reiniciar efectivamente sus operaciones.

48. Que en cuanto a los argumentos relativos a la imposición de un criterio formalista, atendido a que las infracciones a las que estaban asociadas las acciones incumplidas no generaban efectos negativos, es pertinente indicar que la Ley N° 20.417¹¹ y

⁹ Corte Suprema, sentencia rol 8456-2017 de 22 de mayo de 2017, Considerando Décimo tercero

¹⁰ Escrito de Reposición de Australis Mar S.A., ingresado con fecha 14 de agosto de 2018, pág. 12

¹¹ Artículo 42.- Iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar en el plazo de 10 días, contado desde el acto que lo incoa, un programa de cumplimiento.

Para estos efectos se entenderá como programa de cumplimiento, el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique. (...)



el D.S. N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente¹², disponen expresamente que el objetivo de los PdC es el cumplimiento de la normativa ambiental infringida, por lo cual resulta irrelevante para estos efectos que la infracción no genere efectos negativos que deban ser contenidos, reducidos o eliminados. De esta forma, en el contexto de un PdC, si un hecho infraccional no genera efectos negativos, este de todas formas debe tener asociado una o más acciones que conduzcan al cumplimiento de la normativa ambiental infringida.

49. Que a mayor abundamiento, lo indicado por Australis Mar S.A. en su presentación, esto es, la inexistencia de efectos negativos derivados de las infracciones, fue debidamente considerado por esta Superintendencia en la oportunidad correspondiente y se vio reflejado en el que el PdC no contempló medidas para reducir o eliminar dichos efectos, sino que dispuso acciones destinadas únicamente al cumplimiento de la normativa infringida.

50. Que en este orden de ideas, las acciones destinadas al cumplimiento de la normativa infringida no corresponden a acciones de segunda categoría dentro de los PdC, cuyo cumplimiento pueda ser dispuesto por las empresas atendido a que la infracción no genera efectos negativos. En igual sentido, esta Superintendencia no puede descartar u obviar el incumplimiento de una acción destinada al cumplimiento normativo, al realizar el análisis sobre ejecución satisfactoria del PdC, atendido a que el hecho infraccional asociado no genera efectos.

51. De esta forma, la ausencia de efectos negativos, tanto al momento de aprobar el PdC como actualmente, no es un argumento que pueda ser considerado por esta Superintendencia para no reiniciar el presente procedimiento sancionatorio.

52. Que por lo anterior, la exigencia de esta Superintendencia relativa a que las acciones 1.B, 2, 4, 5.B, 6.B, 7, 8, 9 relativas al CES Salas 5; y acciones 2.B y 2.C vinculadas al CES Rojas 2, debían ser ejecutadas por la empresa, a pesar de que no se generaban efectos negativos que reducir o eliminar, no corresponde a la imposición de un criterio formalista, enfocado en el cumplimiento por el cumplimiento, sino que por el contrario corresponde a la labor que conforme a la legislación vigente, debe realizar esta Superintendencia al analizar la ejecución satisfactoria de un PdC.

53. Que de esta forma, la no operación de los CES y el retiro de todas las instalaciones del sector, no implica de forma alguna que esta Superintendencia deba tolerar la mantención de la infracción normativa, ya que la lógica descrita implicaría que este PdC en concreto carecía de sentido, así como diversos otros Programas donde las empresas comprometen la detención de actividades, el retiro de instalaciones y otras acciones, estando los dos primeros compromisos ejecutados al momento de la presentación del PdC.

54. Que así, no existe mayor paradoja en que un titular cuya instalación se encuentra momentáneamente detenida, como se informó en el PdC, asuma

¹² Artículo 7.- Contenido. El programa de cumplimiento contendrá, al menos lo siguiente: (...) b) Plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental que se sancionó y por el incumplimiento, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento.



como acción la ejecución de diversas actividades una vez que esta reanude sus operaciones, implicando aquello que la empresa necesariamente deba ejecutar su actividad durante el plazo de vigencia del PdC.

55. Que así, y en el caso concreto, no se comparte la aparente paradoja sostenida por Australis Mar S.A., ya que si la intención de la empresa era no operar los CES durante los 2 años de vigencia del PdC, o durante una extensión mayor de tiempo, no existía real voluntad de comprometerse con las acciones del PdC, y con el retorno al estado de cumplimiento. Más aún, si aquello hubiese sido conocido por esta Superintendencia, el PdC debería haber sido rechazado, en cuanto este implicaría un aprovechamiento de la infracción, situación expresamente contemplada por el artículo 9 del D.S. N°30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente

¹³

56. Que en este sentido, los programas de cumplimiento no solo contemplan acciones para volver al cumplimiento normativo, sino que también contemplan plazos asociados, durante los cuales la acción debe ser ejecutada satisfactoriamente. Por lo anterior, lo sostenido por la empresa relativo a que una vez que "(...) decida reiniciar efectivamente sus operaciones en los centros en cuestión, deberá ajustarse rigurosamente a las exigencias establecidas en las respectivas resoluciones de calificación ambiental", tampoco constituye un argumento que pueda ser considerado para dar por ejecutada las referidas acciones, ya que lo anterior no incide en el cumplimiento del PdC, y solo se enmarca en el cumplimiento normativo que la empresa debe mantener durante toda su operación.

57. Que en este sentido, es menester hacer presente que el plazo es un aspecto central en la ponderación de la aprobación de un PdC, en razón a que estos no deben ser manifiestamente dilatorios ni implicar un aprovechamiento de la infracción. Asimismo, y tal como se indica expresamente en el recurso de reposición de Australis Mar, la frase "(...) decida reiniciar (...)" deja al propio arbitrio de la empresa el momento en que se dará cumplimiento a las referidas acciones, dejando de manifiesto un profundo desconocimiento respecto al instrumento Programa de Cumplimiento, en tanto desconoce su espíritu colaborativo, tal como fue indicado por la Corte Suprema en su sentencia rol 8456-2017, referida en el Considerando 45 de esta resolución.

58. Que así, y para que Australis Mar pudiera acceder al beneficio de la no sanción por la ejecución satisfactoria de su PdC, debía cumplir con las acciones y

¹³ Artículo 9.- Criterios de aprobación. La Superintendencia para aprobar un programa de cumplimiento deberá atenerse a los siguientes criterios:

- a) Integridad: Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos.
- b) Eficacia: Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción.
- c) Verificabilidad: Las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.

En ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios.

La Superintendencia se pronunciará respecto al programa de cumplimiento y notificará su decisión al infractor. En caso de ser favorable, la resolución establecerá los plazos dentro de los cuales deberá ejecutarse el programa y, asimismo, deberá disponer la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio. En caso contrario, se proseguirá con dicho procedimiento.



metas del PdC aprobado, en los tiempos determinados por esta Superintendencia, cuestión que no realizó.

59. Que atendido lo expuesto, se estima que los argumentos presentados por Australis Mar en su recurso de reposición no son suficientes para desvirtuar lo resuelto en la Resolución N° 5.

e. **Australis Mar S.A. en todo momento ha actuado guiada por los principios de buena fe y colaboración, y bajo una expectativa razonable de que había cumplido las acciones del PdC, en los plazos y condiciones previstas en el instrumento.**

60. Que finalmente, Australis Mar sostiene en su presentación que en todo momento ha actuado de buena fe, ya a que en ningún momento se excluyó la aplicación de parte de los instrumentos existentes en la legislación acuícola. Asimismo, sostiene que ha demostrado su voluntad de cumplimiento, ejecutando todas aquellas acciones que materialmente podían ser realizadas, que a la vez correspondían a las de mayor relevancia para efectos ambientales; y, que en todo momento actuó de forma transparente, sujetándose a los plazos y condiciones previstas en el instrumento.

61. Que, al respecto es pertinente reiterar, que atendido lo señalado sobre los impedimentos y acciones alternativas, esta Superintendencia no estimó pertinente indicar expresamente la exclusión de los Planes de Manejo de descansos sanitarios coordinados, de los motivos por los cuales podría darse la no operación de los CES, dado que por la naturaleza de los supuestos e impedimentos, estos no pueden corresponder a “circunstancias de responsabilidad de la empresa”, caso en el cual se encuentran los Planes de Manejo.

62. Que, en cuanto a la voluntad de cumplimiento, es efectivo que la empresa ejecutó seis de las dieciséis acciones comprometidas en el PdC. Con todo, es menester indicar que dichas seis acciones fueron ejecutadas de forma previa a la presentación de la primera propuesta del PdC, y que en específico, cinco de dichas acciones fueron ejecutadas con anterioridad a la fecha de formulación de cargos¹⁴.

¹⁴ Conforme lo indicado en la propuesta de PdC, los plazos de ejecución de las acciones asociadas al CES Salas 5, son las siguientes: **Acción 1A** “Retiro inmediato de basura y otros residuos sólidos y disposición final en sitio autorizado”, Plazo de ejecución: Ejecutado, campañas de limpieza marzo a octubre de 2014, Campaña adicional 19 de marzo de 2015; **Acción 3** “Retiro de todos los artefactos y elementos destinados a la captación y conducción de aguas asociados a los 3 puntos de captación de aguas no contemplados en la RCA”, Plazo de ejecución: Ejecutado 19 de marzo de 2015; **Acción 5A** “Registro de retiro de lodos a receptor autorizado”, Plazo de ejecución: Ejecutado 26 de agosto de 2014; y, **Acción 6A** “Registro de inspección de las PTAS, las que se realizan cada vez que se despachan lodos hacia un desatino de disposición final autorizado”, Plazo de ejecución: Ejecutado 26 de agosto de 2014.

Que en cuanto al CES Salas 2, las siguientes acciones se encontraban ejecutadas a la fecha de presentación del PdC: **Acción 1** “Retiro y transporte de redes sucias”, Plazo de ejecución: Ejecutado 21/03/2013 (Asociado a fiscalización de SERNAPESCA de 10 de marzo de 2013), y 22 de abril de 2013 (Asociado a fiscalización de SERNAPESCA de 20 de abril de 2013); y, **Acción 2A** “Destino de redes a lugar autorizado para su limpieza y desinfección”, Plazos de ejecución: Ejecutado 24 de marzo de 2013 (Asociado a Fiscalización de SERNAPESCA 10 de marzo de 2013) y 25 de abril de 2013 (Asociado a Fiscalización SERNAPESCA 20 de abril de 2013).



63. Que sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la forma en que esta interpretó la acción subsidiaria ante la no operación de los CES, implicó el incumplimiento de diez de las dieciséis acciones del PdC, amparado en el hecho voluntario de la empresa de adherir a diversos Planes de Manejo de descanso sanitario coordinado, impidiendo el reinicio de operaciones de los CES.

64. Que, al respecto es pertinente relevar los sostenidos por El Tribunal Ambiental de Santiago en causa Rol R-112-2016, donde indicó *“Que, aun cuando Eco Maule S.A. haya actuado de buena fe o con justa causa de error, ya sea en relación con el inicio de ejecución del proyecto o con la activación de la RCA N° 104/2014, en lo referido a la entrada en operaciones del mono-relleno, lo cierto es que la forma como interpretó la aplicación del Programa de Cumplimiento en relación con la referida RCA, implicó el incumplimiento de la primera disposición o primera fase de la acción 1.1 del objetivo específico N° 7 del mismo (...)”*¹⁵ lo cual justificó la decisión de la SMA de declarar como incumplido el respectivo PdC. Asimismo, sostuvo que *“(...) Eco Maule justificó su proceder interpretando las disposiciones del Programa de Cumplimiento de manera tal que tornó ineficaz parte de lo dispuesto en la referida acción 1.1. Al respecto, cabe tener presente el criterio hermenéutico en virtud del cual las normas deben interpretarse en el sentido que produzcan efectos útiles y no en el que sean ineficaces”*¹⁶.

65. Que por último, el actuar transparente de la empresa, no constituye un argumento que por sí solo, logre desvirtuar lo resuelto en la Resolución N° 5.

D. Conclusiones respecto a los argumentos expuestos en el escrito de reposición.

59. En los considerandos anteriores se ha analizado cada una de las acciones del PdC estimadas incumplidas en el programa de cumplimiento de Australis Mar S.A., haciendo referencia a aquello resuelto en la Res. Ex. N°5/D-001-2015 y a los argumentos planteados por la empresa en su recurso de reposición. Del análisis realizado se puede concluir que para ninguno de los compromisos adquiridos la empresa aporta nuevos antecedentes que hagan variar la decisión adoptada por la Resolución N° 5, razón por la cual no corresponde enmendarla en los términos solicitados, siendo necesario rechazar el recurso interpuesto.

RESUELVO:

I. **RECHAZAR** el recurso de reposición interpuesto por Australis Mar S.A. el día 14 de agosto de 2016, en contra de la Res. Ex. N°5/D-001-2015.

II. **ELEVAR** todos los antecedentes de la presente resolución al Superintendente del Medio Ambiente, para que resuelva el recurso jerárquico

¹⁵ Tribunal Ambiental de Santiago, sentencia rol R-112-2016 de fecha 02 de febrero de 2017, considerando Quincuagésimo séptimo

¹⁶ Tribunal Ambiental de Santiago, sentencia rol R-112-2016 de fecha 02 de febrero de 2017, considerando Quincuagésimo noveno



interpuesto en subsidio por Australis Mar S.A., en atención a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 59 de la Ley N° 19.880.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DÉSE CUMPLIMIENTO.


Marie Claude Plumer Bodin
Jefa División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente




DJS

Carta certificada:

- Julio García Marín, representante de Australis Mar S.A., domiciliado en Bajadoz 45, piso 8, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago.

C.C.:

- División de Sanción y Cumplimiento.
- Fiscalía.
- División de Fiscalización.

SECRETARIA DE ECONOMIA FEDERAL - SEF
SECRETARIA DE RECEITAS FISCAL - SRF

RECEITA FEDERAL DO BRASIL



INUTILIZADO