



MAT. : Se tenga presente, en relación a la prueba aportada
ADJ. : Anexos 1 y 2 en formato digital (CD)
REF. : Expediente sancionatorio Rol D-067-2017

Santiago, 7 de noviembre de 2019

SR. DANIEL GARCÉS PAREDES

Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Presente

CECILIA URBINA BENAVIDES, en representación de **SOCIEDAD INGENIERÍA, CONSTRUCCIÓN Y MAQUINARIA SpA** (en adelante, también "SICOMAQ"), en relación con el expediente sancionatorio de la referencia, a Ud. respetuosamente digo:

Que, a través de esta presentación, vengo en hacer presente las siguientes consideraciones, en relación con la prueba aportada en el procedimiento sancionatorio instruido en contra de mi representada, seguido bajo el Rol D-067-2017 de vuestro órgano, y, en particular, respecto a los elementos de prueba aportados para la absolución solicitada en los descargos presentados, o, en subsidio de ello, con la recalificación de gravedad de las infracciones objeto del proceso y la aplicación de la mínima sanción que en derecho corresponda, así como con la aplicación de las circunstancias para la determinación de las sanciones a aplicar al caso concreto, contenidas en el artículo 40 de la Ley N°20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LO-SMA"), según se detallará en el cuerpo de esta presentación.

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO SEGUIDO EN CONTRA DE SICOMAQ

Conforme a lo indicado en la Res. Ex. N°1/Rol D-067-2017 (en adelante, la "Formulación de Cargos") y en la Res. Ex. N°4/Rol D-067-2017 (en adelante, la "Reformulación" o la "Reformulación de Cargos"), el procedimiento de sanción de autos se inició por denuncia del Consejo de Monumentos Nacionales ("CMN" o "el Consejo"), así como a partir de la actividad fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), en relación con el Proyecto "Obras de Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas" (el "Proyecto"), calificado ambientalmente favorable por la Res. Ex. N°66, de 01 de agosto de 2012, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos ("RCA 66/2012")

En este contexto, se habrían constatado una serie de no conformidades que dieron lugar a la imputación de los siguientes hechos infraccionales, con la siguiente calificación de gravedad:

Tabla 1. Cargos formulados en contra de SICOMAQ y su calificación de gravedad

#	Cargo formulado	Calificación de gravedad
1	No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones: <ul style="list-style-type: none"> a. Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1. b. Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno. c. No contar con supervisión permanente de arqueólogo. 	Grave (incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA, Art. 36 N°2 letra e) de la LO-SMA)
2	Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos sin haber notificado al CMN, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas.	
3	Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N°66/2012, en particular las siguientes: <ul style="list-style-type: none"> a. Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto. b. Recuperación selectiva del Componente 3, según se indicó en el anexo C de la Declaración de Impacto Ambiental. c. Excavación estratigráfica en sector de construcción de gradas en Playa La Argolla. d. Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés. e. Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6. 	
4	Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA)	Leve (hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, Art. 36 N°3 de la LO-SMA)

Fuente: Elaboración propia, en base a la Formulación y la Reformulación de Cargos

Es en este contexto, y haciendo uso del derecho otorgado por el artículo 42 de la LO-SMA, mi representada presentó diversas versiones de Programa de Cumplimiento ("PdC"), las cuales fueron en definitiva rechazadas mediante la Res. Ex. N°11/Rol D-067-2017, de 3 de julio de 2017. Frente a ello, mi representada interpuso los recursos administrativos de reposición y jerárquico en subsidio, los cuales fueron rechazados mediante las Res. Ex. N°13/Rol D-067-2017 y la Res. Ex. N°371 de 2019, respectivamente.

Posteriormente, con fecha 21 de marzo de 2019, mi representada evacuó los descargos correspondientes en el presente proceso, acompañando varios anexos en los cuales adjuntó diversos elementos probatorios para desvirtuar los cargos formulados. Adicionalmente, con fecha 27 de agosto de 2019, SICOMAQ presentó nuevos antecedentes, en particular, para dar cuenta de las diversas gestiones realizadas por la empresa con fecha posterior a la presentación de los descargos.

Finalmente, con fecha 10 de octubre de 2019, la SMA ordenó la realización de diligencias probatorias consistentes en solicitudes de información que debía ser proveída por mi representada, la cual fue respondida por SICOMAQ con fecha 16 de octubre de 2019, adjuntando los antecedentes solicitados.

Por intermedio de la presente, solicito a usted tener en consideración las siguientes apreciaciones relativas a la prueba aportada, tanto en los descargos como en las presentaciones complementarias de fecha 27 de agosto y 16 de octubre, según se explicará a continuación.

II. SOLICITA TENER PRESENTES LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES, EN RELACIÓN A LA PRUEBA APORTADA EN EL PROCESO CON LA FINALIDAD DE OBTENER LA ABSOLUCIÓN O LA RECALIFICACIÓN DE GRAVEDAD Y APLICACIÓN DE LA MÍNIMA SANCIÓN QUE EN DERECHO CORRESPONDA

Sin perjuicio de lo ya indicado en los descargos presentados por mi representada, así como en las presentaciones de fecha 27 de agosto de 2019 y de 16 de octubre de 2019, vengo en hacer presente las siguientes consideraciones en relación a la prueba aportada por SICOMAQ en el presente proceso sancionatorio, con la finalidad de que ellas sean ponderadas por vuestra autoridad en el dictamen que debe emitirse, según lo preceptuado en el artículo 53 de la LO-SMA. Ellas se estructurarán en concordancia con los cargos formulados, según el siguiente detalle.

1. Antecedentes generales de SICOMAQ y del Proyecto

Según lo indicado en los descargos presentados por esta parte, es de relevancia considerar que el giro de SICOMAQ (ingeniería y construcción) no necesariamente dice relación con el manejo de instrumentos de gestión ambiental, razón por la cual no puede ser considerada como un "sujeto calificado" para efectos de la aplicación del criterio de intencionalidad en la comisión de las infracciones objeto del presente procedimiento, como ha reconocido la

misma SMA en sus "Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales"¹. De ello da cuenta el acta notarial acompañada en dicha oportunidad², que certifica que, a la fecha de la Formulación de Cargos, SICOMAQ solo era titular de la RCA 66/2012, objeto del presente proceso sancionatorio.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que SICOMAQ no participó del proceso de evaluación ambiental del Proyecto, el cual fue sometido al SEIA por el Ministerio de Obras Públicas ("MOP"), a través de su Dirección de Obras Portuarias ("DOP"). De ello dan cuenta los antecedentes que se acompañaron a los descargos, y en particular, la Resolución TR DROP XIV N°006 de 12 de julio de 2016 del MOP, que perfeccionó el contrato de ejecución de obra pública entre el MOP y SICOMAQ³, y la Resolución Exenta N°98 de 2016 del Servicio de Evaluación Ambiental ("SEA")⁴, que tuvo presente el cambio de titularidad de la referida RCA.

Ello debe ser considerado por vuestra autoridad al momento de resolver el presente procedimiento sancionatorio, pues cualquier deficiencia en la evaluación ambiental del Proyecto, como aquella que se denuncia por esta parte respecto del Cargo N°1, no puede ser imputada a SICOMAQ. Además, debe ser tenido en consideración para las alegaciones formuladas en relación a que, previo al traspaso de la RCA que rige al Proyecto, SICOMAQ no podía realizar ninguna gestión asociada a la obtención de los PAS exigidos por la normativa, al no ser titular de dicha RCA, según se argumentó en los descargos respecto del Cargo N°4.

2. Cargo N°1, relativo a no aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz

Sobre este cargo formulado, y dado que éste se divide en varios sub-hechos, se dará cuenta de los mismos, y de la prueba aportada a su respecto, de forma separada:

a) Respecto del sub-hecho a), relativo a haber alterado el muro del Monumento Histórico producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1

En primer lugar, cabe considerar que, como se indicó en el descargo, no todas las alteraciones detectadas en el muro durante las actividades de fiscalización de vuestra SMA fueron consecuencia de las obras ejecutadas por SICOMAQ.

¹ Superintendencia del Medio Ambiente. Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales. Diciembre de 2017. p. 39.

² Según documento adjunto a los descargos, en el Anexo A, N°2.

³ Dicho documento se acompañó a los descargos, en el Anexo A, N°5.

⁴ Dicho documento se acompañó a los descargos, en el Anexo A, N°7.

En efecto, y tal como se acreditó mediante el Informe técnico elaborado por Correa Lampaya y Taller Arquitectura Restauración Consultores⁵ en las fundaciones del muro del Monumento Histórico (“MH”), y específicamente en el sector de la salida del túnel, se identificaron dos tipos alteraciones: (i) la existencia de piezas faltantes y (ii) la presencia de excoriaciones.

Con el referido informe se acreditó en forma fehaciente que la afectación consistente en la existencia piezas faltantes en las fundaciones del muro del MH son muy anteriores al inicio de las obras efectuadas por mi representada, existiendo registros fotográficos que datan del año 1970 -y disponibles en publicaciones bibliográficas del año 2001- que dan cuenta de ello.

En relación con la presencia de excoriaciones (desolladura o rasgadura superficial de algunos de los ladrillos), se ha acreditado -también a través del informe citado- que las mismas han sido causado tanto por factores ambientales (mareas) como por causa de las excavaciones realizadas por SICOMAQ para la instalación de los pilotes de la Pasarela N°1. Por lo anterior, las mismas son atribuibles sólo parcialmente a un efecto no deseado de una acción de mi representada.

Por otro lado, es también del caso considerar que la alteración del muro del MH que fue causada por la intervención de SICOMAQ (i) fue involuntaria; (ii) obedeció a información parcial de la línea de base; (iii) no se generó como consecuencia de no respetar las distancias mínimas previstas en el proyecto, y; (iv) obedece a un hallazgo de la fundación del muro del MH en Zona Típica (“ZT”) que no estaba considerado en ningún elemento de la evaluación ambiental ni en los límites fijados por la autoridad del MH.

En efecto, y tal como se sostuvo en los descargos, las excoriaciones causadas a las fundaciones del muro del MH durante las labores de excavación, fueron totalmente involuntarias, y obedecieron a la existencia de una información deficiente y errónea en la línea de base del proyecto sometido a evaluación ambiental por parte del MOP.

De lo anterior dan cuenta en forma evidente los antecedentes de la propia la evaluación ambiental del proyecto⁶, que indican que los pozos de sondeo utilizados como referencia para efectuar los cálculos de las excavaciones e instalaciones de los pilotes asociados a la Pasarela N°1 (pozos de sondeo P1-2 y P3-4) señalan en forma coincidente que las fundaciones del muro se encontraban a una profundidad aproximada de 1 metro.

⁵ Dicho informe, denominado “Fuerte Corral, Playa La Argolla, Valdivia: MH Castillo San Sebastián de la Cruz. Fundación muro albañilería (zona de acceso al túnel): Evaluación del estado de conservación, diagnóstico de estabilidad y propuesta de conservación” fue acompañado en Anexo N°1 del escrito de 27 de agosto de 2019.

⁶ En particular, el Anexo C: Línea de Base Patrimonio Cultural, de la DIA que dio origen a la RCA 66/2012 - Informe de Levantamiento Arqueológico Submarino y Superficial. Proyecto “Diseño y DIA para la protección costera del Fuerte y Plaza Corral”, de agosto de 2010, pp. 71 a 79.

Por otra parte, también fue acreditado mediante el detalle del Perfil 9 de los planos acompañados a los descargos⁷ -generados en forma previa a la ejecución del proyecto- que durante los trabajos de excavación se respetaron las distancias mínimas que debían existir entre el muro y los pilotes de la Pasarela N°1. En efecto, los documentos citados acreditan que, conforme a la planificación original del proyecto, los pilotes de la Pasarela N°1 más cercanos al muro del MH debían encontrarse a 1,36 m de distancia, y no a 5 m, como erróneamente se sostiene en la Formulación de Cargos.

Lo anterior no sólo ha sido acreditado con los planos referidos, sino que también resultado lógico si se considera que la Pasarela N°1 busca -y así muestran todos los planos e imágenes del proyecto- conectar el paseo peatonal con la entrada al túnel del MH. La distancia mínima de alrededor de 5 metros (contenida en Punto 2.5.1 de la DIA "Obras de Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas"), efectivamente es una exigencia de la evaluación ambiental, pero que sólo resulta aplicable al resto del paseo peatonal considerado en el tercer tramo del proyecto.

De este modo, las excoiraciones causadas a las fundaciones no pueden ser atribuidas a un incumplimiento de las condiciones técnicas previstas para la excavación, instalación de pilotes y posterior construcción de la Pasarela N°1.

Por otro lado, es del caso considerar que las excoiraciones producidas a las fundaciones del muro no comprometieron la integridad del MH, ni significaron una vulneración a las distancias mínimas entre las obras y el muro establecidas en la Declaración de Impacto Ambiental ("DIA") aplicable al Proyecto.

En efecto, y tal como se acreditó mediante el citado informe elaborado por Correa y Lampaya⁸ las excoiraciones producidas como consecuencia de las excavaciones -de no más de 15 cm- no comprometen la estabilidad o equilibrio estructural del MH, ya que se produjeron en un sector (arco a la entrada del túnel) que estructuralmente "*no recibe ningún tipo de carga vertical directa*".

Asimismo, es del caso señalar que el Decreto N°467 de 25 de noviembre de 2010, del Ministerio de Educación, que fijó los límites del MH "Castillo San Sebastián de la Cruz de Corral", y declaró ZT el entorno de dicho MH, estableció en su artículo primero que el límite norte del MH estaba constituido por la línea exterior del muro de fortificación, mientras que el artículo segundo de dicha norma estableció que el límite norte de la ZT declarada comenzaba a 50 metros desde el borde mar de la fortificación.

En este sentido, y como se ha acreditado en el presente procedimiento, es claro que la línea divisoria entre la ZT y el MH en el sector de afectación del muro era la línea formada por la zona de contacto entre la arena (o material de la playa) con la base del muro, en

⁷ Documentos N°3, 4 y 5 del Anexo B.1 de los descargos.

⁸ Documento adjuntando en el Anexo N°1 de la presentación de fecha de 27 de agosto de 2019.

circunstancias que la intervención de SICOMAQ fue a más de 1 metro de esa línea, es decir, en el territorio determinado por el señalado decreto como ZT. De este modo, era impredecible para mi representada que en una zona declarada como típica, que se encontraba fuera de los límites del MH fijados por el Decreto recién citado, se encontrara la fundación del muro del MH, más aún cuando la información de la línea de base no daba cuenta de ello.

Finalmente, también debe tenerse en consideración que SICOMAQ ha mantenido una comunicación permanente con el CMN, orientada a obtener los permisos necesarios para continuar con la ejecución del Proyecto y hacerse cargo de las afectaciones causadas al MH.

Así, durante el curso del presente procedimiento fue acreditado que SICOMAQ ha mantenido un dialogo constante con el CMN en orden a dos objetivos principales: (i) obtener los permisos necesarios para continuar con la ejecución del proyecto, y; (ii) asegurar la integridad del MH.

Lo anterior ha quedado demostrado a partir de las numerosas presentaciones efectuadas al CMN, y los ordinarios emitidos por este organismo que han formulado -primero- observaciones y/o requerimientos a mi representada, y concedido -luego- los permisos necesarios para continuar con la ejecución de los trabajos de construcción de la Pasarela N°1.

Particularmente en lo que refiere a este punto, y considerando que la continuación de las obras de construcción de la Pasarela N°1 implicaba la realización de excavaciones en un área de interés arqueológico, durante el curso del presente procedimiento SICOMAQ ha efectuado las diligencias orientadas a conseguir el otorgamiento del PAS 76 (actual PAS 132) en las áreas de instalación de los pilotes 20, 21 y 22.

De estas diligencias y relación constante con el dan cuenta: (i) la solicitud efectuada por SICOMAQ al CMN con fecha 25 de septiembre de 2018⁹ y través de la cual se reitera la solicitud de otorgamiento del PAS 76 para realizar excavaciones de rescate arqueológico en el sector de la Pasarela N°1, Pilotes 20 y 21, (ii) las observaciones y requerimientos efectuados por el CMN a través del Ord. 4028, de 8 de octubre de 2018¹⁰; (iii) las cartas de 7 de noviembre de 2018¹¹ y 17 de junio de 2019¹², haciéndose cargo de las observaciones formuladas y ampliando el perimo al Pilote 22, respectivamente, y (iv) el Ordinario N°3180,

⁹ Documento acompañado en el N°7 del Anexo B.1 de los descargos, presentados con fecha 21 de marzo de 2019.

¹⁰ Documento acompañado en el N°8 del Anexo B.1 de los descargos, presentados con fecha 21 de marzo de 2019.

¹¹ Documento acompañado en el Anexo N°5 del escrito de 27 de agosto de 2019.

¹² Documento acompañado en el Anexo N°7 del escrito de 27 de agosto de 2019.

de 17 de julio de 2019¹³, a través del cual el CMN otorga el PAS 76 (actual 132) para efectuar las excavaciones asociadas a los pilotes 20 y 21.

Por otra parte, SICOMAQ ha mantenido una comunicación con el CMN para proponer formas de conservación del muro del MH en las zonas afectadas por las excavaciones, tal como dan cuenta (i) la Carta N°2822, de 13 de mayo de 2019, a través de la cual SICOMAQ presenta una propuesta de conservación del MH, (ii) el Ord. 3182 del CMN, de 17 de julio de 2019¹⁴, a través del cual el CMN manifiesta su conformidad con la propuesta de conservación, pero solicitando ciertas especificaciones respecto a los materiales sedimentarios que se utilizarían para relleno en el área, y (iii) la carta de 6 de agosto de 2019¹⁵ a través de la cual se presentan las especificaciones solicitadas por el CMN.

b) Respecto del sub-hecho b), relativo a la omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno

En primer lugar, es necesario hacer presente que, tal y como se argumentó en los descargos, no existió lesividad en la infracción imputada. En efecto, y según se ha sostenido durante el procedimiento, la medida no ejecutada (remoción de cuñas TNJC y TEJC) no tuvo la virtualidad de comprometer el objeto de protección de la misma, que no era otro que garantizar la seguridad de los trabajadores que participaran en los trabajos de excavación y relleno en el sector (Tramo N°4) y futuros usuarios del paseo costero, frente a eventuales deslizamientos de material, toda vez que la fecha de la Formulación de Cargos, las escasas actividades en el sector fueron acompañadas de otras medidas tendientes a garantizar la seguridad de los trabajadores frente a posibles deslizamiento de tierra.

Por otro lado, es del caso considerar que, al tiempo de la Formulación de Cargos, existía un obstáculo jurídico que impedía ejecutar la remoción de las cuñas TNJC y TEJC. Así, fue acreditado durante el curso del procedimiento, que la autorización sectorial indispensable para la ejecución de la medida de protección (PAS 75), fue otorgada por el CMN recién en el mes octubre de 2018¹⁶, resultando en forma previa jurídicamente imposible la ejecución de dicha medida para mi representada.

c) Respecto del sub-hecho c), relativo a no contar con supervisión permanente de arqueólogo

En lo que respecta a este sub-hecho, cabe considerar que SICOMAQ ha implementado un monitoreo arqueológico permanente de las obras desde su inicio y con posterioridad a la

¹³ Documento acompañado en el Anexo N°5 del escrito de 27 de agosto de 2019.

¹⁴ Documento acompañado en el Anexo N°1 del escrito de 27 de agosto de 2019.

¹⁵ Documento acompañado en el Anexo N°1 del escrito de 27 de agosto de 2019.

¹⁶ Solicitud, Anexos, y Ordinario N°4009/2018 del CMN, acompañados como documentos N°10, 11 y 12 del Anexo B.1 del escrito de descargos.

fiscalización de 6 de abril de 2017 ha reforzado tales actividades, con el fin de seguir los lineamientos de la autoridad.

En efecto, se acreditó durante el curso del proceso de sanción, mediante la incorporación de los antecedentes contractuales del equipo de arqueólogos contratados desde el inicio de ejecución de las obras, así como las listas de chequeo ambiental utilizadas¹⁷, que SICOMAQ implementó un monitoreo arqueológico permanente de las obras, y que el mismo garantizaba la presencia de un arqueólogo durante todos los períodos en que se ejecutaron obras de limpieza, escarpe y excavación.

Tal como se sostuvo en los descargos, el compromiso ambiental que se reputa infringido exige a mi representada contar con un monitoreo arqueológico permanente de las obras de limpieza, escarpe y excavación. Para ello, se exige a mi representada contratar uno o más profesionales de arqueología que se encarguen de supervisar permanentemente la ejecución de las obras del proyecto, mas no la presencia continua e ininterrumpida de dichos profesionales en las faenas, incluyendo aquellos momentos en que no se efectuaban labores de limpieza, excavación o escarpe.

La convicción y buena fe de mi representada en orden a haber cumplido la exigencia que se reputa infringida, fue acreditada mediante los documentos que dan cuenta de haberse desestimado la contratación de los servicios ofrecidos por una empresa especialista en servicios arqueológicos, en tanto ellos sólo consideraban la presencia del arqueólogo en las obras cuando fuera requerida expresamente por mi representada¹⁸.

Por lo anterior, habiéndose acreditado la existencia en todo momento de un equipo arqueológico a cargo del monitoreo permanente de las obras, el cargo imputado a mi representada ha sido desvirtuado, sin perjuicio de lo cual se hizo presente durante el curso del presente proceso de sanción, que a fin de ajustarse a los lineamientos de la autoridad (y aun cuando ello excediera lo exigido por la normativa ambiental aplicable) mi representada reforzó su equipo arqueológico -mediante la contratación de al menos dos arqueólogos en forma simultánea- antes del inicio del presente procedimiento.

d) Respecto a la calificación de gravedad de la infracción

Finalmente, es importante reiterar respecto del Cargo N°1, que ha existido una errónea calificación de gravedad en la formulación de cargos, toda vez que en la especie no concurre el supuesto previsto en la letra e) del número 2 del artículo 36 de la LO-SMA, para considerar la infracción imputada como grave, ya que las medidas que se reputan infringidas carecen de centralidad y permanencia en el incumplimiento.

¹⁷ Documentos acompañados con los N°15 a 20 del Anexo B.1 del escrito de descargos.

¹⁸ De ello dan cuenta los documentos acompañados con los N°19 y 20 del Anexo B.1 del escrito de descargos de fecha 21 de marzo de 2019.

En efecto, la afectación casual de las fundaciones del muro no obedeció a la trasgresión del principio de mínima intervención del patrimonio cultural (obedeció más bien a un acto fortuito y no razonablemente previsible), por lo que derechamente no implicó un incumplimiento de medida.

Del mismo modo, la remoción de las cuñas es una medida de carácter complementario y de seguridad, tendiente a corregir riesgos preexistentes a la ejecución del proyecto y por tanto no asociados directamente con su ejecución.

Finalmente, la existencia de un monitoreo arqueológico permanente, constituye una medida de resguardo, de carácter preventivo, que tiende a evitar afectaciones al patrimonio cultural, pero que en concreto no implica necesariamente una contención, reducción y/o eliminación de efectos adversos del proyecto.

Por ello, en definitiva, aun cuando se estime que los hechos acaecidos configuran las infracciones imputadas, no es posible concluir que los mismos configuren un incumplimiento grave de medidas previstas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad.

3. Cargo N°2, relativo al hallazgo y recolección de elementos arqueológicos, sin haber notificado al CMN, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas

a) Respecto a la prueba presentada para solicitar la absolución o, en subsidio la aplicación de la mínima sanción que en derecho corresponda

Sobre este cargo formulado, es necesario tener presente que, tal como se indicó en los descargos, SICOMAQ contrató a personal calificado en el área de la arqueología, como dan cuenta los antecedentes de contratación que se acompañaron en dicha oportunidad¹⁹. En este sentido, la empresa actuó siempre bajo el convencimiento de que el profesional a cargo del monitoreo arqueológico cumpliría con las exigencias de su rubro, en particular respecto al hallazgo y recolección de material arqueológico.

Adicionalmente, cabe considerar que SICOMAQ implementó el “Programa de Supervisión Arqueológica” contenido en las Especificaciones Técnicas Especiales aplicables al Proyecto, según las disposiciones que elaborara la DOP de la Región de Los Ríos del MOP, las cuales también fueron acompañadas a los descargos²⁰.

b) Respecto a la calificación de gravedad de la infracción

En lo que respecta a la calificación de gravedad de esta infracción, que según lo dispuesto en la Reformulación de Cargos, fue calificada como “grave” por supuestamente haber

¹⁹ Dichos documentos fueron acompañados en el Anexo B.3 N°1 de los descargos.

²⁰ Dicho documento fue acompañado en el Anexo C N°3 de los descargos.

incumplimiento de medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto (según lo dispuesto en el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA), y tal como se señaló en los descargos, es del caso reiterar que las medidas y exigencias relativas a la denuncia de hallazgos y a la recolección de material arqueológico (obligaciones contenidas esencialmente en la Ley N°17.288, sobre Monumentos Nacionales y su normativa relacionada) en ningún caso puede considerarse como un incumplimiento de medidas establecidas en la RCA aplicable al Proyecto para hacerse cargo de sus efectos, sino que una reiteración de la normativa legal y reglamentaria aplicable en materia de protección del patrimonio arqueológico.

A mayor abundamiento, incluso si se considerara que dicha normativa corresponde a una "medida" para hacerse cargo de los efectos del Proyecto, su incumplimiento en ningún caso puede considerarse "grave", de acuerdo a los criterios utilizados por la misma SMA para la aplicación del literal e) del artículo 36 N°2 de la LO-SMA, pues no concurre a su respecto el elemento de relevancia o centralidad de dicha medida, ni el de permanencia en el tiempo del supuesto incumplimiento, según dan cuenta los Informes que se acompañaron a los descargos²¹.

4. Cargo N°3, relativo al incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N°66/2012

Sobre este cargo formulado, y dado que éste se divide en varios sub-hechos, se dará cuenta de los mismos, y de la prueba aportada a su respecto, de forma separada:

a) Traslado del Rasgo 4

Sobre este sub-hecho, cabe hacer presente a usted que SICOMAQ solicitó diligentemente y en la oportunidad debida al CMN los permisos necesarios para llevar a cabo esta diligencia, pues previo a ello debía contratar los servicios de una empresa de arqueología marítima, lo cual se concretó tal y como dan cuenta los documentos contractuales acompañados en los descargos²².

Luego, fue la empresa ARKA (contratada por SICOMAQ) la que solicitó el permiso necesario al CMN, a través del Ingreso N°8686 de diciembre de 2016, siendo autorizado mediante Ord. 465 de 2017 de dicho órgano²³. Una vez concluidos los trabajos, la empresa emitió su informe sobre ésta y otras labores de arqueología marítima realizadas²⁴, dándose cuenta de la realización del traslado del Rasgo 4 en marzo de 2017, cumpliendo las metodologías comprometidas y garantizando su integridad.

²¹ En particular, se hace referencia los informes acompañados en el Anexo C, N°4 y N°6 de los descargos.

²² En efecto, en el Anexo B.3, N°3 de los descargos, se acompañaron los antecedentes contractuales referidos.

²³ Este documento se acompaña en el Anexo E N°11 de los descargos.

²⁴ El informe fue acompañado en el N°1 del Anexo D.1 de los descargos.

Por otro lado, en lo que respecta al supuesto desplazamiento reversible del Rasgo 4, en los descargos se argumentó que ello no se debió al accionar de mi representada, pues las obras desarrolladas hasta la fecha de la Formulación de Cargos en dicho sector se restringieron únicamente a tierra y no al mar, según se da cuenta en los planos acompañados en dicha oportunidad, y en los informes de avance enviados al MOP²⁵.

Adicionalmente, como se indicó en la presentación de fecha 27 de agosto de 2018, según la carta emitida por la empresa ARKA con fecha 21 de marzo de 2019²⁶, por medio de la cual aportó precisiones sobre el contenido del Informe recién mencionado, dicha empresa declaró sobre que no se empleó el concepto de alteración relevante o no relevante para calificar la situación, como erróneamente interpretó la SMA, en el punto 58° la Res. Ex. N° 11/Rol D-067-2017.

b) Recuperación selectiva del Componente 3

En relación con este punto, debe recordarse que, tal como indica el Ordinario N°465 de 2017 del CMN²⁷, que autorizó la ejecución de esta acción, indicó que ésta contemplaba la inspección arqueológica subacuática de la escollera proyectada en el sector obras marítimas, y que ante la eventual presencia de material arqueológico diagnóstico que pueda verse afectado por las obras, se procederá a su rescate mediante recolección superficial e ingreso a la Unidad de Conservación para su tratamiento. Lo anterior quiere decir que el mismo CMN estableció la condición de que el rescate del material arqueológico se realizara en la medida de que éste existiera, y que pudiera verse afectado por las obras.

Pues bien, tal como señaló ARKA en su informe ya citado, la prospección no reportó material cultural diagnóstico, verificándose solo fragmentos de reducido tamaño de cerámica alfarera intensamente afectadas por la abrasión marina. En función de ello, la recolección superficial del material no fue realizada, al no cumplirse con los requisitos que estableció el mismo CMN para ello.

c) Excavación estratigráfica en sector de construcción de gradas en Playa La Argolla

En lo que respecta a este punto, cabe destacar que, tal y como consta en el video que se acompañó a los descargos²⁸, y en el documento que estableció el Programa de Trabajo del Borde Costero de Corral²⁹, a la fecha de la Formulación de Cargos no se habían realizado trabajos en el sector de las gradas de la Playa la Argolla. En este sentido, a la fecha de realización de la excavación estratigráfica en dicho sector, no se había realizado ninguna

²⁵ Estos documentos se acompañaron en los N°2 y 3 del anexo D.1 de los descargos.

²⁶ Este documento se acompañó en el Anexo 2 de la presentación del 27 de agosto de 2019.

²⁷ Este documento se acompaña en el Anexo E N°11 de los descargos.

²⁸ Este video se acompañó en el Anexo D.3 N°1 de los descargos.

²⁹ Este documento se acompañó en el Anexo D.3 N°2 de los descargos.

obra por parte de mi representada, por lo que malamente se pudo afectar el objeto de protección de la medida cuyo cumplimiento se retrasó.

Por otro lado, nuevamente debe citarse el Ord. 465 de 2017 del CMN, mencionado en el punto anterior, que autorizó las condiciones en que esta excavación debía realizarse, así como el Ord. 3942 de 28 de septiembre de 2018³⁰, por medio del cual el CMN otorgó un nuevo permiso para determinadas excavaciones adicionales a las contempladas en la RCA, en el sector de gradas de la Playa la Argolla. En este sentido, las excavaciones requeridas por la RCA y aquellas adicionales solicitadas por el CMN fueron realizadas en febrero de 2017 y en febrero de 2019 respectivamente, según se dio cuenta en el informe ejecutivo de excavaciones acompañado al descargo³¹.

Así, en la presentación del 27 de agosto de 2019, SICOMAQ dio cuenta de que, con el fin de satisfacer las preocupaciones del CMN sobre la necesidad de contar con una mejor interpretación arqueológica del sitio, se presentó una metodología y plan para realizar determinadas excavaciones arqueológicas adicionales a las contempladas en la RCA, acompañando al CMN el Informe Ejecutivo de Rescate del Sitio Playa La Argolla, de fecha abril de 2019, el cual concluye que las excavaciones realizadas cumplieron a cabalidad el objetivo de despejar y registrar los aspectos tecnológicos vinculados a los basamentos del muro cortina, permitiendo un levantamiento exhaustivo y areal de todos los rasgos arquitectónicos asociados a su proceso constructivo³², justificando en una presentación posterior, del 6 de agosto de 2019, la metodología utilizada³³.

d) Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés

En lo que respecta al sector denominado “Muelle Francés”, cabe hacer presente que, hasta marzo de 2019, fecha de presentación de los descargos, existió un impedimento jurídico para poder realizar la medida de protección solicitada. En efecto, solo a raíz de la dictación del Ord. 907 de 11 de marzo de 2019 del CMN, se removió este impedimento, al otorgarse el PAS necesario para estos efectos.

Luego, y tal como se indicó en la presentación del 27 de agosto de 2019, cabe considerar que la ejecución de esta medida, según dispone el mismo Ord. 907 de 2019 del CMN recién citado, se llevará a cabo una vez que se haya redefinido el área de influencia del Muelle Francés y se haya propuesto la forma de implementación de la instalación del geotextil, y ello haya sido declarado conforme por el CMN. Para estos efectos, SICOMAQ acompañó al CMN el Informe de Antecedentes y Aclaraciones del Área de Influencia del Proyecto, Sector Muelle Francés y la metodología a ser utilizada³⁴, por lo que se solicitó tener presente que

³⁰ Este documento se acompaña en el Anexo D.3 N°3 de los descargos.

³¹ Este documento se acompaña en el Anexo D.3 N°5 de los descargos.

³² Estos antecedentes se acompañaron en el Anexo 3 de la presentación del 27 de agosto de 2019.

³³ Ídem.

³⁴ Estos antecedentes se acompañaron a este proceso en el Anexo 4 de la presentación de fecha 27 de agosto de 2019.

SICOMAQ se encuentra actualmente definiendo con la autoridad competente los alcances de la exigencia, con la finalidad de dar cumplimiento cabal a las exigencias del Proyecto.

e) Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6

Finalmente, en lo que respecta a este punto, y como se indicó en los descargos, la documentación exhaustiva de los Rasgos 1 a 6 se realizó con fecha febrero de 2017, según consta en el informe de ARKA citado previamente.

f) Respetto a la calificación de gravedad de la infracción

Finalmente, reitero a usted que los cargos formulados no explican el por qué se decidió calificar como "grave" el incumplimiento asociado al Cargo N°3, ni mucho menos explican cómo y en qué circunstancias concurren los requisitos de gravedad del incumplimiento de las medidas establecidas en la respectiva RCA, esto es, la centralidad de las medidas incumplidas y la permanencia en el tiempo del incumplimiento imputado. Así, sobre esta calificación, la Formulación y luego la Reformulación de Cargos adolecen de una manifiesta falta de fundamentación.

Por otro lado, y según se ha dado cuenta en los descargos y en los puntos anteriores, todas las medidas de carácter patrimonial comprometidas, cuya omisión se imputa en los cargos formulados, se habían cumplido a la fecha de la Formulación de Cargos o de la presentación de los descargos, con excepción del cubrimiento del Muelle Francés con geotextil (medida que no se ha cumplido pues el CMN no ha otorgado los permisos requeridos para ello a pesar de haberse solicitado en reiteradas oportunidades). En este sentido, el criterio de permanencia en el tiempo del incumplimiento imputado no concurre en el presente cargo.

Del mismo modo, tampoco concurre el elemento de centralidad de las medidas incumplidas pues, en comparación al resto de las medidas que establece la RCA para dar resguardo al objeto de protección del patrimonio arqueológico, las 5 medidas cuyo incumplimiento se imputa en este cargo aparecen como medidas muy específicas para restos arqueológicos especialmente determinados.

5. Cargo N°4, relativo al inicio de obras sin haber tramitado previamente los PAS aplicables

Finalmente, en lo que respecta al último cargo formulado, es menester indicar que, tal como se señaló en el punto 1 de este acápite, desde la dictación de la RCA 66/2016 y el traspaso de titularidad de dicha RCA a SICOMAQ, pasaron al menos 4 años sin que el titular de entonces (el MOP) realizara gestión alguna asociada a la obtención de los PAS necesarios para la ejecución del Proyecto.

Por otro lado, cabe mencionar que los PAS 131, 132 y 133 necesarios para la ejecución del Proyecto ya fueron otorgados por el CMN, con la excepción de algunos relativos a obras específicas, tales como aquellas relacionadas al Muelle Francés, según se señaló en los

párrafos precedentes. De ello se dio cuenta en los antecedentes acompañados en los descargos³⁵, y en aquellos acompañados a la presentación del 27 de agosto de 2019³⁶.

III. SOLICITA TENER PRESENTES LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES, EN RELACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES A APLICAR AL CASO CONCRETO

En conformidad con lo señalado previamente, y en relación con las circunstancias para la determinación de las sanciones a aplicar al caso concreto, contenidas en el artículo 40 de la LO-SMA, hago presentes a usted las siguientes consideraciones:

1. En relación con la importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40 letra a) de la LO-SMA)

En primer lugar, respecto a este factor para la determinación de las sanciones a aplicar al caso en concreto, cabe señalar que, según se ha dado cuenta en los diversos antecedentes del proceso, los hechos que fundamentan los 4 cargos formulados en ningún caso han generado daño o un peligro grave para el material arqueológico involucrado, o para los demás objetos de protección. De ello se dará cuenta a continuación:

a) En lo que respecta al Cargo N°1

En relación al sub-hecho a) del Cargo N°1, y conforme se acredita en el informe titulado "*Fundaciones muro albañilería (zona de acceso al túnel). Evaluación del estado de conservación actual, diagnóstico de estabilidad estructural y propuesta de conservación*", elaborado por la empresa Correa y Lampaya con fecha 14 noviembre de 2017³⁷, ninguna de las afectaciones identificadas en el muro comprometen el equilibrio estructural del fuerte, toda vez que se trata de un sector de la fundación que no recibe mayores tensiones, ni algún tipo de carga directa, como consecuencia de encontrarse justo debajo del arco. Por lo anterior, dicha circunstancia no resulta idónea para comprometer el equilibrio estructural, y consecuentemente, para la conservación del monumento histórico del Fuerte Corral.

Lo anterior se complementa con la información acompañada en el punto N°1 de la presentación del 27 de agosto de 2019. En dicha oportunidad, se acompañó el Informe denominado "*Fuerte Corral, Playa La Argolla, Valdivia: MH Castillo San Sebastián de la Cruz. Fundación muro albañilería (zona de acceso al túnel): Evaluación del estado de conservación, diagnóstico de estabilidad y propuesta de conservación*", emitido por Correa y Lampaya Consultores, y Taller Arquitectura Restauración Consultores, del 20 de noviembre de 2018, que se emitió para responder las observaciones formuladas por el CMN

³⁵ En particular, los documentos acompañados en el Anexo E N°5, N°8, N°11 y N°16 de los descargos.

³⁶ En particular, los documentos acompañados en los Anexos 5, 6 y 7 de la presentación del 27 de agosto de 2019.

³⁷ Dicho documento fue acompañado al presente procedimiento en los descargos presentados por SICOMAQ, en particular, en el Anexo B.1, documento N°6.

a través de su Oficio Ordinario N°1639, de fecha 5 de abril de 2018, y que corresponde a una actualización de aquel emitido en noviembre del año 2017.

Es del caso destacar que este Informe concluye que, considerando la distribución de cargas de un arco, es posible afirmar que este sector de fundación no recibe mayores tensiones, por lo tanto, se desestima que la alteración sufrida pueda incidir en el equilibrio estructural del fuerte.

Respecto del sub-hecho b) del Cargo N°1, relativo a la remoción de las cuñas TNJC y TEJC, vale reiterar que ello no ha supuesto un daño o incremento del riesgo alguno al objeto de protección de tal medida (la seguridad de los futuros usuarios del sector y de los trabajadores), toda vez que el paseo peatonal no se encuentra abierto al público, y que en los respectivos sectores fueron adoptadas otras medidas tendientes a asegurar la integridad física de los trabajadores, previniendo que se materialice un riesgo.

Finalmente, cabe destacar que, en cuanto al sub-hecho c) del Cargo N°1, relativo a no contar con supervisión permanente de arqueólogo, tampoco se ha producido daño o peligro alguno, que pudieron haberse producido a elementos culturales no pueden ser atribuidas a la ausencia de monitoreo arqueológico permanente.

b) En lo que respecta al Cargo N°2

Sin perjuicio que la Formulación de Cargos no imputa daño ni peligro asociado a este hecho infraccional, los antecedentes en el proceso y los que se acompañarán, permiten acreditar que la omisión imputada no ha generado daño ni peligro grave al patrimonio arqueológico.

En efecto, según da cuenta el “Informe Consolidado de Antecedentes Complementarios al Ordinario del CMN N°6190/2017”³⁸, los procedimientos de sellado ejecutados sobre estos componentes arqueológicos posibilitan su ubicación en la superficie y el acceso fácil a simple vista en los casos de NCA-1 y NCA-2, lo cual permite plantear que no se ha generado daño alguno a los hallazgos, encontrándose éstos intactos.

Asimismo, estos procedimientos pueden ser revertidos, permitiendo de esa forma un nuevo procedimiento de sellado y conservación que satisfaga el estándar del CMN.

De este modo, y como se indica en el “Informe Consolidado de Antecedentes Complementarios al Ordinario del CMN N°6190/2017”, ya citado, respecto de los hallazgos arqueológicos recabados mediante el monitoreo arqueológico terrestre de los meses de octubre de 2016 a marzo de 2017, se recolectó de manera asistemática un total de 298 restos arqueológicos muebles.

Desde abril de 2017 se han realizado diversas acciones tendientes al desarrollo de un manejo adecuado del componente arqueológico, que contemplan su documentación

³⁸ Dicho documento se acompañó en el Anexo C, N°4, de los descargos.

exhaustiva, inferencias de procedencia, planimetría detallada, individualización y registro, análisis espacial de densidad y distribución, entre otros.

A la fecha, es posible afirmar que estos 298 hallazgos o NCA se encuentran en condiciones adecuadas de conservación que permitirán el desarrollo del estudio especializado según materialidad con fines de conocer su asignación funcional, tecnológica o crono-cultural, no sosteniéndose la pérdida irrecuperable de la información contextual del sitio arqueológico y de su valor científico. En efecto, es posible acceder hoy a gran parte del contexto arqueológico reconstruido a partir del trabajo sistemático de documentación desarrollado.

En suma, resulta forzoso concluir, a diferencia de sostenido por la SMA, que existen hallazgos sellados cuya información puede ser objeto de procedimientos y medidas de protección, conservación y puesta en valor de este componente patrimonial. Así también, es dable concluir que el material arqueológico en bodega no presenta una pérdida irrecuperable del contexto arqueológico asociado.

c) En lo que respecta al Cargo N°3

En lo que respecta a este cargo, cabe destacar que, si bien la Reformulación de Cargos no imputa que se hayan ocasionado daños a los objetos de protección, la resolución que rechazó el PdC propuesto por SICOMAQ dejó entrever dicha posibilidad, señalando que no se ha descartado una “eventual” afectación de la materialidad del Rasgo 4 que se exigía trasladar de lugar, o que respecto del cubrimiento de los restos del Muelle Francés con geotextil, se habría reconocido la afectación del mismo en la última versión del PdC.

En este contexto, volvemos a indicar que las señaladas afirmaciones se han efectuado en la lógica de ese instrumento de incentivo al cumplimiento, por lo que no pueden constituir un obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa. Consecuentemente, aquéllas deben quedar excluidas de la ponderación de los antecedentes para efectos de la resolución del presente procedimiento sancionatorio, únicamente siendo objeto de esta controversia lo indicado en los descargos y en las presentaciones posteriores.

Adicionalmente, cabe señalar que, tal y como se señaló en los descargos y en la presentación del 27 de agosto de 2019, el Rasgo 4 no sufrió alteraciones de significancia, únicamente encontrándose “desplazado” de forma “reversible”, según los términos del Informe de la empresa ARKA³⁹, el cual fuera posteriormente rectificado por la misma empresa⁴⁰.

d) En lo que respecta al Cargo N°4

³⁹ Dicho informe fue acompañado a los descargos, en el Anexo D.1, N°1.

⁴⁰ Según consta en Carta de fecha 21 de marzo de 2019 emitida por la empresa ARKA, acompañada en el Anexo B de la presentación de fecha 27 de agosto de 2019.

Finalmente, en lo que respecta a la omisión de haber obtenido los PAS asociados al componente arqueológico del Proyecto, cabe señalar que ello no significa per se la generación de un daño y/o peligro para los antecedentes que revisten valor histórico-arqueológico, puesto que SICOMAQ no ha desplegado una acción u omisión de la que se razonablemente pueda derivarse un daño o peligro.

En efecto, la obligación de tramitar los PAS previo al inicio de las obras constituye un incumplimiento meramente formal de normativa ambiental y, por lo tanto, de la falta de la tramitación de los PAS no se desprende inequívocamente la generación de un daño o peligro.

Además, tal y como se señaló en los descargos, los hallazgos arqueológicos que no fueron levantados en la línea base del proyecto, no sufrieron una pérdida irreparable de su información contextual, sino que la gestión ambiental desplegada por SICOMAQ ha permitido el desarrollo de un estudio especializado con el objetivo de conocer su asignación funcional, tecnológica o crono-cultural⁴¹.

Por las consideraciones señaladas, es necesario concluir que el daño o peligro no es de una entidad suficiente para reputarlo de "significativo" y, en consecuencia, no se ha verificado una afectación al componente arqueológico, ni un peligro para aquél, con motivo de esta infracción.

2. En relación con el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (artículo 40 letra c) de la LO-SMA)

En lo que respecta a este criterio, y sin perjuicio de toda la información que consta en el proceso, es del caso señalar que no ha existido ningún beneficio económico obtenido con motivo de las infracciones contenidas en la Formulación de Cargos, sino que, muy por el contrario, SICOMAQ ha incurrido en diversos gastos producto de toda la situación relativa al presente procedimiento y a los diversos requerimientos adicionales de actividades arqueológicas solicitadas por el CMN. De ello se dará cuenta a continuación.

En efecto, como consta en la información que fuera acompañada a petición de vuestro órgano, en la respuesta ingresada con fecha 16 de octubre de 2019⁴², se adjuntó al proceso la información relativa a los costos asociados a la remoción de las cuñas TNJC y TEJC, así como aquellos asociados al cubrimiento con geotextil del Muelle Francés. Sin embargo, estos distan de ser los únicos costos en que ha incurrido la empresa con motivo de las diversas gestiones que han derivado de la ejecución del Proyecto:

a) En relación con la alteración del muro del MH (Cargo N°1)

⁴¹ De ello se da cuenta en los informes acompañados en el Anexo C de los descargos.

⁴² Según se detalla en los puntos II.d) y II.f) de la presentación de fecha 16 de octubre de 2019.

En efecto, en relación con las afectaciones que se constataron en el muro del MH, SICOMAQ ha tenido que realizar diversas gestiones y trabajos, incluyendo las asesorías realizadas por Correa y Lampaya Consultores, y por Taller Arquitectura Restauración Consultores (cuyos informes fueron citados previamente), además de la contratación de maestros y jornales para la realización de las obras de protección del señalado muro, por un total de \$3.589.697 pesos chilenos.

De dichos costos se da cuenta en el resumen acompañado en el Anexo 1 de esta presentación, en formato Excel, así como en las facturas emitidas por las empresas asesoras.

b) En relación con los costos asociados a la remoción de las cuñas TNJC y TEJC (Cargo N°1)

Tal y como se indicó en la presentación de fecha 16 de octubre de 2019, los costos asociados a este ítem se estimaron en un total neto de \$4.830.130 pesos chilenos, según los antecedentes acompañados en dicha oportunidad⁴³.

c) En relación con los costos asociados al cubrimiento con geotextil del Muelle Francés (Cargo N°3)

Tal y como se indicó en la presentación de fecha 16 de octubre de 2019, los costos asociados a este ítem se estimaron en un total neto de \$10.263.593 pesos chilenos, según los antecedentes acompañados en dicha oportunidad⁴⁴.

d) En relación con los costos asociados a la paralización de las obras

Por otro lado, aún más preocupante en términos de costos resulta ser la situación de paralización de las obras de construcción del Proyecto, que a la fecha lleva más de 702 días paralizada por diversos motivos, pero muy particularmente, por los constantes retrasos en la dictación de los respectivos actos administrativos que debe emitir el CMN para poder continuar con la ejecución de los trabajos.

En efecto, el CMN, para otorgar los PAS necesarios para la continuación de los trabajos, ha demorado meses en analizar los antecedentes presentados, y en muchas ocasiones, ha emitido pronunciamientos solicitando nuevos antecedentes que no habían sido requeridos en un principio, lo cual ha implicado la constante paralización de las obras.

Todo ello conlleva un costo que la empresa ha estimado en a lo menos \$328.610.405 pesos chilenos, según se resume en la tabla Excel que se acompaña en el Anexo 2 de esta presentación. Ello es respaldado por los antecedentes que se acompañan en el mismo Anexo 2, consistentes en los libros de remuneraciones del Proyecto (de los meses en que

⁴³ Anexo 4 de la presentación de fecha 16 de octubre de 2019.

⁴⁴ Anexo 6 de la presentación de fecha 16 de octubre de 2019.

las obras han estado paralizadas, es decir, desde mayo de 2017 hasta julio de 2019) y los certificados de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de dichas obras (también relativos a los señalados meses)

e) En relación con los costos asociados a los nuevos requerimientos arqueológicos solicitados por el CMN

También es del caso considerar que el CMN ha ampliado muchos de los requerimientos arqueológicos necesarios para dar curso a las obras del Proyecto, condicionando la entrega de los PAS requeridos a diversas actividades de carácter arqueológico que nunca fueron parte de la evaluación ambiental, y, por ende, tampoco fueron presupuestadas por el MOP en la licitación del Proyecto.

Dichos requerimientos han tenido un alto costo para SICOMAQ, como se demuestra en los antecedentes que se acompañan a esta presentación, en el Anexo 3, consistentes en un resumen en formato Excel y en las diversas cotizaciones y facturas emitidas a este respecto.

Éstos consisten en distintos requerimientos de ejecución de trabajos arqueológicos solicitados en diversas instancias por el CMN, tales como aquellos asociados al Pilote N°22 (cotizados a la empresa Terramar, y que no han sido a la fecha ejecutados por no contarse aún con el permiso respectivo por parte del Consejo), la ampliación de las excavaciones de la Playa La Argolla (de la que se dio cuenta *supra*), la excavación arqueológica de los pilotes N°20 y 21, el desellado de los NCA-1, 2 y 3, y la ampliación del NCA-1. Dicho costo puede estimarse en \$127.468.626 pesos chilenos.

De este modo, es patente que la ocurrencia de las infracciones imputadas no le ha reportado ningún beneficio económico a SICOMAQ. Muy por el contrario, le ha reportado nuevos y adicionales costos, muy por sobre los contemplados en la licitación del Proyecto que llevó a cabo el MOP. Ellos consisten en los relativos a la ejecución del retiro de las cuñas TNJC y TEJC, al cubrimiento con geotextil del Muelle Francés⁴⁵, y a aquellos detallados en el presente párrafo.

En efecto, como puede observarse en la Resolución TR DROP XIV N°006 de 12 de julio de 2016 del MOP, que perfeccionó el contrato de ejecución de obra pública entre el MOP y SICOMAQ, ya citada previamente, el costo total del Proyecto era de \$3.743.612.000 pesos chilenos, en circunstancias que los costos detallados en este párrafo son de, a lo menos, \$ 474.762.451 de pesos chilenos, es decir, al menos un 12,6% del presupuesto total de las obras asociadas al Proyecto.

Por lo anterior, solicito a usted tener esto presente en la ponderación de esta circunstancia y, por tanto, descontar del eventual beneficio económico asociado a un costo retrasado, todos los costos adicionales que se han detallado.

⁴⁵ Según se dio cuenta en la presentación de fecha 16 de octubre de 2019.

3. En relación con la intencionalidad en la comisión de la infracción (artículo 40 letra d) de la LO-SMA)

a) Aspectos generales de la intencionalidad en la comisión de la infracción

En cuanto a la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho⁴⁶, cabe considerar que en materia sancionatoria se requiere que concurra a lo menos una intención deliberada en la comisión de la infracción, así como la antijuricidad asociada a la contravención. Es decir, se requiere que exista dolo o voluntad deliberada que va más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas. Ello necesariamente conlleva indagar en la voluntad interna del autor⁴⁷.

Este criterio ha sido recogido por la jurisprudencia del 2° Tribunal Ambiental de Santiago, que ha señalado que *“al ser el artículo 40 letra d) de la LOSMA, una circunstancia para determinar la sanción específica, y en el caso de la multa, el quantum, su aplicación se traduce en el mayor o menor reproche que la SMA pueda hacer a la conducta del infractor, la que podrá variar en la medida que haya actuado con culpa o dolo. Esto permitirá que se pueda considerar la gradualidad del reproche en la determinación de la sanción final, la que incluso puede ser utilizada para fundamentar una rebaja en el monto definitivo, en caso que se opte por una multa, o justificar una sanción de menor entidad, como es el caso de la amonestación. **Lo anterior, por cuanto no es lo mismo incurrir en una infracción no habiendo previsto lo que debía preverse o no habiendo evitado lo que debió evitarse (culpa), que incurrir en ella conociendo y queriendo hacerlo (dolo)**”⁴⁸.*

Añade dicha sentencia que *“(…) lo anterior, es coherente con lo resuelto por la Corte Suprema (...), puesto que, efectivamente, **es necesario acreditar un actuar doloso para fundamentar, bajo el criterio del artículo 40 letra d) de la LOSMA, una sanción más gravosa. Por el contrario, la culpa o imprudencia, puede ser utilizada por la SMA – conforme a la discrecionalidad que le asiste- para fundamentar –como ya se señaló- la imposición de sanciones de menor entidad, también basado en el criterio de intencionalidad**”⁴⁹.*

En lo que respecta al presente caso, no existe antecedente alguno que permita verificar que mi representada ha tenido una intención concreta de actuar en contravención a las exigencias ambientales cuya infracción se imputa. Muy por el contrario, como se ha expuesto en los descargos, SICOMAQ siempre ha actuado de buena fe, y en todo momento

⁴⁶ El grado de participación en los hechos infraccionales no se analiza en el presente caso, toda vez que solo se imputan infracciones a un titular.

⁴⁷ En este sentido, BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 192.

⁴⁸ Sentencia del 2° Tribunal Ambiental de Santiago, pronunciada con fecha 5 de junio de 2018, pronunciada en el la Reclamación tramitada bajo el Rol R-140-2016, considerando centésimo octogésimo octavo.

⁴⁹ Ibid. Considerando centésimo nonagésimo segundo.

con pleno convencimiento de haber cumplido con la normativa legal, reglamentaria y ambiental que rigen el Proyecto.

Adicionalmente, cabe destacar que la empresa en ningún caso corresponde a un “*sujeto calificado*”, dado que el desarrollo de la actividad de ingeniería y construcción en su giro específico, no ha requerido la adquisición de experiencia ni conocimiento en materia de cumplimiento de estándares medioambientales de Resoluciones de Calificación Ambiental u otros instrumentos de gestión ambiental. En efecto, SICOMAQ, a la fecha de la Formulación de Cargos, sólo había sido titular de la RCA 66/2012, objeto del presente procedimiento de sanción⁵⁰.

b) En lo que respecta al Cargo N°1

Por otro lado, es menester también tener en consideración que la RCA 66/2012 fue evaluada ambientalmente por el Ministerio de Obras Públicas, sin intervención alguna de mi representada. Como se indicó en los descargos, precisamente fue a raíz de una evaluación ambiental deficiente (cuya línea de base determinó erróneamente la ubicación de las zapatas en la entrada del túnel) que se produjo la alteración de las fundaciones del muro del Monumento Histórico (según se imputa a SICOMAQ en el Cargo N°1 formulado en este proceso). Ello también debe tenerse en consideración respecto al criterio en comento, ya que dicha alteración no puede ser imputada a SICOMAQ, quien no tenía conocimiento de esta situación, por lo que malamente podría haber actuado con la intención de producir dichos efectos.

c) En lo que respecta al Cargo N°2

Adicionalmente, en lo que respecta al Cargo N°2 formulado, y tal como se indicó en los descargos, SICOMAQ ha mantenido de forma permanente en sus instalaciones un profesional con aptitudes idóneas para efectuar un resguardo de los descubrimientos de carácter arqueológico. En este sentido, la gestión del ámbito arqueológico involucrado en el Proyecto fue un aspecto primordial para la empresa a la hora de asumir la titularidad de éste, implementando el programa de supervisión arqueológica de conformidad a lo indicado en las Especificaciones Técnicas Especiales para el Proyecto “Protección Costera del Fuerte y Plaza Corral”⁵¹, generándose un plan de intervención y un plan de manejo respecto de los hallazgos arqueológicos. Así, existió la constante preocupación de SICOMAQ en torno a que las tareas de terreno resguardaran el material arqueológico, por lo que malamente pudo existir algún tipo de intencionalidad respecto a este cargo formulado.

d) En lo que respecta al Cargo N°3

⁵⁰ De ello da cuenta el Acta Notarial que se acompañó en los descargos, en el Anexo A, documento N°2, así como el listado de proyectos ejecutados por SICOMAQ, acompañado en el mismo Anexo A, documento N°1.

⁵¹ Este documento fue elaborado por la Dirección de Obras Portuarias de la Región de Los Ríos del MOP y fue acompañado en el Anexo C, N°3 de los descargos.

Sobre el Cargo N°3, y sin perjuicio de lo ya señalado en el curso del presente procedimiento, cabe indicar que tampoco existió intencionalidad respecto de las medidas de carácter patrimonial que se estimaron incumplidas en la Formulación de Cargos, toda vez que SICOMAQ ejecutó dichas medidas tan pronto como le fue posible, sin tener la intención de retrasar o, en definitiva, no ejecutar dichas medidas.

De este modo, es del caso señalar que el retardo en la ejecución de dichas medidas se ha debido, en general, a situaciones en las que ha existido impedimentos de carácter jurídico (por ejemplo, retraso en la obtención de los permisos necesarios por parte del CMN) o de otra índole.

En efecto, por ejemplo, en lo relativo al traslado del Rasgo 4, se contrataron los servicios de la empresa de arqueología marítima ARKA⁵², siendo realizado posteriormente, una vez se obtuvo el permiso necesario, emitido por el CMN, en cumplimiento de las exigencias y procedimientos establecidos para garantizar su debido resguardo. En lo relativo a la recuperación selectiva del Componente 3, esta acción se ejecutó inclusive antes de la Formulación de Cargos. En lo que respecta a la excavación estratigráfica en el sector de la Playa La Argolla, dicha exigencia se cumplió antes del inicio de las obras en dicho sector, y luego una segunda vez, obtenido un nuevo PAS por parte del CMN. La documentación exhaustiva de los rasgos 1 a 6, también se realizó una vez se obtuvo la respectiva autorización.

En este sentido, únicamente el cubrimiento con geotextil del componente denominado "Muelle Francés" se encuentra actualmente pendiente, también por encontrarse aún pendiente la autorización necesaria para ello por parte del CMN.

Por lo anterior, malamente puede considerarse que ha existido intencionalidad en el retraso o no ejecución de las medidas de carácter patrimonial comprometidas en la evaluación ambiental, pues ellas se han llevado a cabo de forma casi inmediata en cuanto se obtienen los permisos necesarios para ello.

e) En lo que respecta al Cargo N°4

Finalmente, y sin perjuicio de lo que se ha señalado en los descargos y en las demás presentaciones que constan en el expediente del presente proceso, es del caso indicar que entre la fecha de la dictación de la RCA 66/2012 y la dictación de la Res. Ex. 98/2016 que tuvo presente el cambio de titularidad de dicha RCA (pasando ella a ser de titularidad de SICOMAQ), pasaron alrededor de 4 años, sin que el MOP (previo titular del Proyecto) gestionara la tramitación de los PAS respectivos.

En este sentido, si bien es efectivo que existió un retraso en la presentación de los antecedentes necesarios para la obtención de los PAS requeridos, ello no es imputable a

⁵² Según consta en los documentos acompañados en los descargos, Anexo B.3 N°3.

SICOMAQ, pues al tiempo de iniciarse las obras de construcción del proyecto la titularidad del Proyecto aún recaía en el Ministerio de Obras Públicas, por lo que, de considerarse que existe una infracción, ella resulta imputable a quién tenía la titularidad del proyecto a dicha época. En este sentido, al no ser imputable el retraso de la gestión ante el CMN para la obtención de los respectivos PAS a mi representada, malamente se le puede imputar intencionalidad en tal infracción.

4. En relación con la conducta anterior del infractor (artículo 40 letra e) de la LO-SMA)

Sobre este punto, es menester considerar que SICOMAQ no ha sido objeto de procedimientos sancionatorios anteriores ante vuestra Superintendencia ni ante otras autoridades administrativas por infracciones de carácter ambiental u otros similares, razón por la cual debe valorarse positivamente la irreprochable conducta anterior de la empresa.

5. En relación a otros criterios a considerar (artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

a) Adopción de medidas correctivas destinadas hacerse cargo de las infracciones imputadas y de sus efectos.

Por otro lado, SICOMAQ ha adoptado las medidas para regresar al cumplimiento y/o para contener, reducir o eliminar los efectos producidos por las infracciones imputadas en su caso; y para evitar nuevos efectos. Las medidas correctivas adoptadas son idóneas y efectivas, y; han sido acreditadas dentro del procedimiento sancionatorio.

En efecto, tal y como se señaló en los descargos, la empresa, en cuanto se percató de que las fundaciones del muro sobresalían horizontalmente a una profundidad inferior a la proyectada por la línea de base del Proyecto, solicitó la autorización del Inspector Fiscal de la obra para modificar levemente el trazado, alejando los pilotes de la Pasarela N°1 del Monumento Histórico, desplazando los dados alrededor de 50 centímetros en dirección al mar, con el fin de no impactar las fundaciones. De ello se da cuenta en los planos del Perfil 9 que constan en el proceso⁵³.

Del mismo modo, como se indicó previamente, con posterioridad a la fiscalización de la SMA, se reforzaron las actividades de monitoreo arqueológico permanente, para dar cumplimiento a los lineamientos de la autoridad.

Asimismo, en cuanto se removieron los obstáculos jurídicos para realizar las medidas de carácter patrimonial comprometidas en la evaluación ambiental, SICOMAQ realizó todas las gestiones necesarias para su ejecución, como también se indicó previamente, quedando

⁵³ Dichos planos corresponden a aquellos acompañados en los descargos presentados por SICOMAQ, en el Anexo B.1, documentos N°1 al 5.

actualmente pendiente únicamente aquellas gestiones relativas al cubrimiento con geotextil del sector denominado "Muelle Francés".

Finalmente, y como se detalla pormenorizadamente en el punto N°5 de la presentación de fecha 27 de agosto de 2019, y en el punto II.a) de la presentación de fecha 16 de octubre de 2019, SICOMAQ ha realizado diversas gestiones para la obtención de los PAS necesarios para obras específicas del Proyecto⁵⁴.

En definitiva, todas estas conductas demuestran la disposición de SICOMAQ de corregir la situación constatada por la SMA en la Formulación de Cargos, constituyendo en consecuencia un antecedente a considerar a efectos de disminuir el quantum de una eventual sanción.

b) Cooperación eficaz

En este contexto, resulta imprescindible que se considere la cooperación eficaz de mi representada, en general, con el sistema de control ambiental de la SMA, ya que aún con su inexperiencia en el uso de instrumentos de gestión ambiental y los instrumentos de incentivo al cumplimiento, ha procurado dar cumplimiento oportuno y completo a los requerimientos formulados por esa institución.

A mayor abundamiento, conviene también indicar que cuando el CMN, a través del Ord. 2130 de 11 de mayo de 2017 solicitó la paralización total de las obras del proyecto, con el fin de asegurar el resguardo de la integridad del mismo, SICOMAQ acató dicha orden en cuanto tuvo conocimiento de la misma, pues su intención nunca ha sido obstaculizar la cooperación con las autoridades.

Del mismo modo, hago presente a usted que vuestro órgano, a través de su Resolución Exenta N°1012 de 15 de julio de 2019, declaró el cumplimiento de las medidas provisionales decretadas en las Resoluciones Exentas N°998 de 7 de septiembre y N°1348 de 8 de noviembre, ambas de 2017. Lo anterior da cuenta de la voluntad de mi representada para cumplir con todos los lineamientos entregados tanto por la SMA como por el CMN para resguardar el patrimonio cultural asociado al Proyecto.

Por otro lado, también es necesario considerar que SICOMAQ, en cuanto tuvo conocimiento de que, a juicio de la SMA, el monitoreo arqueológico permanente que tenía implementado era insuficiente⁵⁵, inmediatamente procedió a reforzar el cumplimiento de la exigencia, contratando un arqueólogo adicional, con la completa intención de seguir todos y cada uno

⁵⁴ Ellos dicen relación con obras relacionadas a los Pilotes 20 y 21 y 22 del Proyecto y a los hallazgos no previstos NCA 1, 2 y 3.

⁵⁵ Cargo N°1, sub-hecho c) de la Formulación de Cargos.

de los lineamientos de la autoridad en esta materia. De ello se dio cuenta en los descargos y en los antecedentes acompañados en dicha oportunidad⁵⁶.

Además, según los diversos antecedentes ya acompañados en estos autos, es del caso considerar que SICOMAQ se encuentra en permanente comunicación con el CMN, órgano sectorial encargado no solo de otorgar los PAS requeridos para la ejecución del Proyecto, sino que también de determinar las condiciones metodológicas en las cuales se resguardará el patrimonio cultural de la zona puesta bajo su protección.

IV. ACOMPAÑA DOCUMENTOS

En relación con lo referenciado en el cuerpo de esta presentación, en particular a lo señalado en el apartado III.2, sobre el beneficio económico obtenido a raíz de las infracciones objeto del presente procedimiento sancionatorio, se acompañan en formato digital (CD) los siguientes antecedentes, separados en anexos:

Anexo N°1:

1. Factura Electrónica N°100, emitida por Correa + Lampaya Limitada, por un total de \$1.590.900.
2. Factura Electrónica N°118, emitida por Taller Arquitectura Restauración Consultores Limitada, por un total de \$200.000.
3. Factura Electrónica N°120, emitida por Taller Arquitectura Restauración Consultores Limitada, por un total de \$750.000.

Anexo N°2:

1. Archivo Excel con el resumen de costos incurridos por concepto de paralización de las obras.
2. Libros de remuneraciones de las obras del Proyecto, de los meses de mayo, junio, julio, agosto y diciembre de 2017, todo el año 2018 y enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2019.
3. Certificados de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de las obras del Proyecto, de los meses de mayo, junio, julio, agosto y diciembre de 2017, todo el año 2018 y enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2019.

Anexo N°3:

⁵⁶ En particular, se hace referencia a aquellos antecedentes acompañados en los descargos, en el Anexo B.3, N°1, relativo a los antecedentes de los arqueólogos contratados.

1. Archivo Excel con el resumen de costos incurridos por concepto de ejecución de trabajos arqueológicos no contemplados en el presupuesto del Proyecto.
2. Propuesta Técnica y Económica para la caracterización arqueológica subsuperficial de la Pasarela N°1, Sitio Muelle Francés, emitida por Terramar Arqueología.
3. Presupuesto Detallado de Excavación de Rescate Arqueológico Playa La Argolla, emitido por Arqueopatagonia Consultores.
4. Presupuesto Detallado de asesoría arqueología de actividades pendientes en Pasarela 1, emitido por Arqueopatagonia Consultores.
5. Presupuesto Detallado de asesoría arqueología de actividades pendientes de excavación del NCA1 y Desellado y Recolección del NCA2 y NCA3, emitido por Arqueopatagonia Consultores.
6. Presupuesto Detallado de asesoría arqueología de actividades pendientes de excavación del NCA1, emitido por Arqueopatagonia Consultores.

POR TANTO, en consideración a todo lo expuesto, solicito a Ud. tener presentes las consideraciones precedentes al momento de emitir el dictamen contemplado en el artículo 53 de la LO-SMA, y, en definitiva, se acojan los argumentos planteados en los descargos y en las demás presentaciones complementarias ya individualizadas, procediendo a absolver a **SOCIEDAD INGENIERÍA, CONSTRUCCIÓN Y MAQUINARIA SpA** o, en subsidio de lo anterior, se recalifique la gravedad de los **Cargos N°1, N°2 y N°3**, aplicando la mínima sanción que en derecho corresponda respecto de los **Cargos N°1, N°2, N°3 y N°4**.

Del mismo modo, solicito a usted tener por acompañados los documentos indicados en el punto IV de esta presentación.

Sin otro particular se despide atentamente,



CECILIA URBINA BENAVIDES

p.p. **SOCIEDAD INGENIERÍA, CONSTRUCCIÓN Y MAQUINARIA SpA**