

PROCEDIMIENTO : Reclamación

MATERIA : Reclamación artículo 17 N°3 de la Ley 20.600, en relación con lo dispuesto en el artículo 56 de la LO-SMA

RECLAMANTE : Turismo Lago Grey S.A.

RUT : 78.413.000-2

REPRESENTANTE Jorge Mladinic León

RUT 15.308.394-0

PATROCINANTE : Pablo Ortiz Chamorro

RUT : 13.930.666-K

APODERADO : Pablo Ortiz Chamorro

RUT : 13.930.666-K

RECLAMADO : Superintendencia del Medio Ambiente

RUT : 61.979.950-K

REPRESENTANTE LEGAL : Cristóbal de La Maza Guzmán

RUT : 13.765.976-K

EN LO PRINCIPAL: Recurso de reclamación del artículo 56 de la LO-SMA en contra de resolución que indica; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Indica correos electrónicos para notificaciones; **TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder

ILUSTRE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

PABLO ORTIZ CHAMORRO, cédula nacional de identidad N° 13.930.666-K, en representación, como se acreditará, de **TURISMO LAGO GREY S.A.**, (en adelante e indistintamente, “Hotel Lago Grey”), propietario de la Unidad Fiscalizable denominada **HOTEL LAGO GREY** (en adelante “el Proyecto”), ambos domiciliados para estos efectos en Badajoz 45, piso 8, Comuna de Las Condes, Santiago, a S.S. Ilustre respetuosamente digo:

Dentro de plazo, vengo a interponer reclamación judicial en contra de las siguientes Resoluciones Exentas: **Resolución Exenta N° 1745 de 9 de diciembre de 2019 (en adelante “Res. Ex. N° 1745/2019”)** de la Superintendencia de Medio Ambiente (en adelante “SMA”), que rechazó el recurso de reposición presentado por esta parte, y en contra de la **Resolución Exenta N° 1358 de fecha 25 de septiembre de 2019 (en adelante “Res. Ex. N°1358/2019” o “Resolución Sancionatoria”)**, de la misma autoridad, que pone término al

procedimiento de sanción D-065-2018, sancionando a mi representada a pagar la multa de 988,5 Unidades Tributarias Anuales (en adelante "UTA"). Ello, de acuerdo a lo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente (en adelante "LO-SMA"), cuyo texto fue fijado por el artículo 2° de la Ley N° 20.417, y a los artículos 17 N° 3 y 30 de la Ley 20.600, a objeto de que ambas resoluciones sean dejadas sin efecto total o parcialmente, dado que adolecen de vicios de legalidad, todo según consta en los argumentos de hecho y derecho que se pasan a exponer.

I. PROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN, COMPETENCIA, PLAZO Y LEGITIMACIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 N° 3 de la Ley 20.600, los Tribunales Ambientales cuentan con competencia material o absoluta para conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Cabe hacer presente que la reclamación contenida en el N° 3 del artículo 17 de la Ley 20.600, que en este acto interponemos, se deduce en contra de la Res. Ex. N°1358/2019, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-065-2018, seguido en contra de mi representada. De ello queda de manifiesto que son los Tribunales Ambientales los que cuentan con competencia para conocer de la presente reclamación.

La legitimación activa de esta parte se fundamenta en el artículo 18 N° 3 de la Ley 20.600 que establece que: *"los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17: 3) En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas afectadas por la resolución de la Superintendencia de Medio Ambiente"*. Así las cosas, es evidente que mi representada es afectada por las Resoluciones que se reclaman, dado que, en virtud de ellas, ha sido condenada al pago de una multa de más de 900 UTA.

Por otra parte, en cuanto a la competencia territorial, de acuerdo a la Ley 20.600, será competente para conocer de esta clase de reclamaciones: *"el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción"* (art. 17 N° 3). Dado que el procedimiento administrativo sancionatorio se refiere a la unidad fiscalizable Hotel Lago Grey, se encuentra emplazado en una concesión otorgada dentro del Parque Nacional Torres del

Paine, Región de Magallanes y la Antártica Chilena, no cabe duda alguna que S.S. Ilustre es el Tribunal Ambiental relativamente competente para conocer de la presente reclamación.

La reclamación en cuestión ha sido interpuesta dentro de plazo legal. En efecto, el plazo para interponer dicha reclamación, de acuerdo con el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, es *“de quince días hábiles, contado desde la notificación”* de la resolución reclamada. Dicho plazo se suspende con la interposición del recurso de reposición, el cual se interpuso el 4 de octubre de 2019, esto es, 4 días después de que se notificó la Resolución Sancionatoria. Así las cosas, una vez que se dictó la Res. Ex. N°1745/2019, ella fue notificada a esta parte con fecha 13 de diciembre de 2019, conforme consta en documento adjunto, volviendo a reanudarse el plazo desde esta fecha, de los 11 días restantes para deducir la presente reclamación, dado que este plazo se suspendió con la interposición de la reposición.

Pues bien, considerando las fechas de notificación de la Resolución Sancionatoria y la Resolución Exenta N° 1745/2019 con respecto a la fecha de interposición de la presente reclamación, no cabe sino concluir que ésta ha sido presentada ante S.S. Ilustre dentro del plazo legal establecido para tal efecto.

II. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES QUE FUNDAN ESTA RECLAMACIÓN

Para el solo efecto de facilitar el entendimiento del presente reclamo, y sin que lo que aquí se señala importe limitar el alcance de las alegaciones que se contienen en el presente escrito, desde ya anunciamos resumidamente, las ilegalidades que se detallaran en el cuerpo de esta presentación.

1. La Resolución sancionatoria es ilegal al haber recalificado arbitrariamente los cargos 2, 5 y 6, de leves a graves, sin que, durante el procedimiento administrativo sancionador, hayan existido antecedentes que justifiquen la recalificación. Ello, resulta particularmente grave, si se considera que mi representada sólo pudo presentar descargos por la calificación inicialmente planteada en la formulación cargos como leve, sin que, durante el procedimiento administrativo sancionador, hayan existido antecedentes facticos que hicieran variar tal calificación jurídica y sin que mi representada haya podido presentar descargos y prueba respecto de estas modificaciones,

2. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, y aun en el caso que S.S. Ilustre estime que lo anterior no constituye un vicio de legalidad, lo cierto es que la calificante del artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA no resulta aplicable respecto de ninguno de los cargos, toda vez que las exigencias que se estiman vulneradas (i) no corresponden a medidas para hacerse cargo de los efectos adversos del proyecto y ; (ii) aun cuando lo fueran, incumplimiento imputado, no cumple con los criterios de centralidad, permanencia y grado de implementación exigido por la misma SMA.
3. La Resolución Sancionatoria ha impuesto una multa claramente desproporcional, no considerando para el caso, la circunstancia de capacidad de pago, ni tampoco las medidas correctivas implementadas por mi representada para los cargos 5 y 6.

En lo que sigue de la presente reclamación, se analizan detalladamente las ilegalidades resumidas.

III. ANTECEDENTES GENERALES Y CONTEXTO DEL RECLAMO DEDUCIDO

Mi representada es titular de una serie de proyectos que han obtenido Resoluciones de Calificación Ambiental favorable (en adelante "RCA), entre las que se encuentran las siguientes:

- RCA 44/1998 que calificó ambientalmente favorable la DIA "Reemplazo de embarcación lago grey".
- RCA 185/2001 que calificó ambientalmente favorable la DIA "Ampliación remodelación y modificación del sistema de alcantarillado de la hostería del complejo turístico lago grey".
- RCA 157/2010 que calificó ambientalmente favorable la DIA "Ampliación hotel lago grey modificación y mejoramiento de servicios básicos".
- RCA 67/2012 que calificó ambientalmente favorable la DIA "Calefacción por biomasa de turismo lago grey s.a."
- RCA 282/2014 que calificó ambientalmente favorable la DIA "Transporte y reemplazo de embarcación navegación turística lago grey".
- RCA 8/2017 que calificó ambientalmente favorable la DIA "Navegación de apoyo en el lago grey".

En relación a estos instrumentos de gestión ambiental se generaron los siguientes informes de Fiscalización por parte de la SMA: (i) Informe de Fiscalización DFZ-XII-641-2015 e; (ii)

Informe de Fiscalización DFZ-2017-6428-IA. En base a ellos con **fecha 5 de julio de 2018**, la SMA formuló los siguientes cargos a mi representada:

N°	Hechos Constitutivos de Infracción
1	<p>Inadecuado manejo de residuos generados por el Hotel y la embarcación Grey II- según lo constatado en la inspección ambiental de 11 y 12 de noviembre de 2015- , lo que se manifiesta en los siguientes hechos:</p> <p>1.1. Los residuos sólidos industriales no peligrosos son acopiados en un recinto habilitado exclusivamente para el almacenamiento de los residuos sólidos domiciliarios.</p> <p>1.2. Los residuos sólidos domiciliarios son depositados en contenedores plásticos, ubicados al aire libre y no en el área destinada al efecto, generando escurrimiento de líquidos percolados hacia el suelo.</p> <p>1.3. El recinto utilizado para el almacenamiento temporal de residuos peligrosos generados en Hotel o embarcación, carece de requisitos de señalización, protección y etiquetado, conforme lo dispuesto en el 0.5. <i>W148/2003</i> del Ministerio de Salud y la NCh 2190.Of 93.</p> <p>1.4. No se ha efectuado un adecuado retiro y manejo de lodos biológicos, disponiéndose de éstos en el recinto destinado a almacenar residuos líquidos peligrosos, en lugar de retirarlos mediante camiones limpia fosa y disponerlos en vertedero autorizado.</p> <p>1.5. La embarcación Grey II no contaba con una bitácora para el adecuado registro y control del retiro, traslado y disposición final de las aguas de sentina generadas en dicha embarcación.</p> <p>1.6. Las cenizas generadas por la caldera de biomasa -empleada para calefaccionar el hotel-, no están siendo utilizadas como abono natural en las plantaciones de la empresa Monte Alto Forestal S.A., ni se acredita su disposición en algún vertedero.</p>
2	<p>La Planta de Tratamiento de Aguas Servidas (PTAS) del Hotel opera bajo condiciones distintas a las que fueron aprobadas ambientalmente y el efluente líquido es descargado sin previa declaración y superando los volúmenes de caudal autorizado. Ello se manifiesta en los siguientes hechos:</p> <p>2.1. Estructura de la PTAS:</p> <p>a) PTAS no cuenta con un estanque ecualizador cuya finalidad es la regulación de los caudales punta que eventualmente pudieran producirse, así como almacenar las aguas servidas que se generen en caso de contingencias.</p>

	<p>b) Mantenición de ciertas estructuras pertenecientes al antiguo sistema de infiltración del efluente (aprobada por RCA N° 185/2001), todos los cuales sobresalen del nivel de terreno natural.</p> <p>c) No ejecuta las acciones preventivas consistentes en un registro de control diario relativo a las mantenciones, inspecciones, mediciones (pH, temperatura y oxígeno disuelto), análisis y muestreos asociados a la PTAS; y no se ha capacitado a los operarios para la ejecución de tales actividades.</p> <p>2.2. Descarga de efluente:</p> <p>d) El caudal tratado por la PTAS alcanzó un promedio de 108.278 L/día, lo que casi cuadruplica el caudal máximo proyectado en la evaluación ambiental (28.560 L/día).</p> <p>e) El efluente de la PTAS ha sido dispuesto en el Río Grey, sin declaración previa, observándose -además- que el Hotel carece de un stock de tabletas de cloro (inspección ambiental 2015 e inspección sectorial 2017).</p>
3	<p>La emisión de residuos líquidos no ha sido efectuada conforme a la normativa aplicable, en los siguientes aspectos:</p> <p>3.1. El titular no ha efectuado la caracterización de efluente, a fin de que se evalúe su calidad de fuente emisora y se apruebe una resolución de programa de monitoreo que autorice su descarga.</p> <p>3.2. El titular no ha reportado a la Superintendencia Medio Ambiente el monitoreo mensual de sus residuos líquidos desde el 31 de octubre de 2013 hasta la fecha.</p>
4	<p>El Titular no ha implementado las medidas de control acústico comprometidas en la Sala de Generadores Eléctricos del Hotel, evidenciándose en los siguientes hechos:</p> <p>4.1. El revestimiento interior de la Sala de Generadores, no cubre la totalidad de sus paredes, ya que presenta grandes aberturas cubiertas únicamente por una malla.</p> <p>4.2. Ninguno de los tres generadores eléctricos se encuentra equipado con gabinete insonorizado a efectos de aislarlos acústicamente.</p>
5	<p>El Titular omitió adoptar medidas para ejecutar la operación de carguío de combustible al catamarán Grey III bajo condiciones seguras. En efecto, de acuerdo a lo recabado en las indagaciones respectivas:</p> <p>5.1. El bote utilizado para transportar el combustible hasta el catamarán Grey III (bote Fritz) habría sido tripulado únicamente por una persona, lo que impidió monitorear adecuadamente el procedimiento desde ambos extremos del bote.</p> <p>5.2. Previo a la operación de carga, el operario encargado no inspeccionó visualmente la posible existencia de anomalías en el bote Fritz ni en el estanque</p>

	<p>empleado para transferir combustible, a efectos de asegurar su buen funcionamiento.</p> <p>5.3. No se acredita la realización de capacitaciones y entrenamiento al personal encargado de carguío / trasvasije de combustible.</p> <p>5.4. No se acredita que el estanque empleado para carguío del catamarán se encontrara certificado.</p>
6	<p>El Titular omitió adoptar parte de las medidas relativas al Plan de Contingencia de derrame de hidrocarburos, lo que se manifiesta en los siguientes hechos:</p> <p>6.1. El área de mantención del hotel no contaba con los elementos y equipos para otorgar una rápida e inmediata respuesta ante la contingencia acontecida.</p> <p>6.2. El Titular dio aviso sobre el derrame de hidrocarburos al río Grey el día 20 de marzo de 2017, y no dentro de 24 horas.</p> <p>6.3. El Titular no entrega el registro de asistencia al último simulacro y capacitación relativo al control de derrame de hidrocarburos, las cuales no se estaría realizando con la periodicidad comprometida.</p>
7	<p>Omisión de entrega de los antecedentes requeridos mediante Res. Ex. N° 474 de 24 de abril de 2018 y en inspección ambiental del día 12 de noviembre de 2015 relativa a:</p> <p>7.1. Obtención, por parte del Titular, de la autorización sanitaria del recinto de acopio de residuos peligrosos del Hotel.</p> <p>7.2. Obtención, por parte del Titular, del permiso ambiental (PAS) correspondiente al artículo 106 del DS MINSEGPRES N°95/2001, relativo a regularización y defensa de cauces naturales para las obras vinculadas al emisario de descarga la PTAS, que fueron construidas en el lago Grey.</p> <p>7.3. La acreditación de que los residuos peligrosos estaban siendo dispuestos por la autoridad respectiva, según lo establecido en el D.S. Minsal 148/2003.</p> <p>7.4. La acreditación de que los residuos sólidos domiciliarios generados por el Hotel, los lodos generados por la PTAS y las cenizas generadas por la caldera de biomasa, estaban siendo dispuestas, en el vertedero municipal de Puerto Natales.</p> <p>7.5. El estado actual del muelle de madera y estructura metálica observado en el sector sur occidental del lago Grey durante la inspección ambiental realizada entre los 11 y 12 de noviembre de 2015.</p>
8	<p>El Titular no ha remitido a este organismo fiscalizador la información requerida mediante la Resolución Exenta (SMA) N°574 de fecha 02/10/12 y sus</p>

<p>modificaciones, y sus posteriores modificaciones, por cuanto omitió ingresar información relativa a:</p> <p>8.1. La modificación efectuada a la RCA 185/2001 por la COREMA de Magallanes a través de Res. Ex. N°76 de 25 de abril de 2003.</p> <p>8.2. Dos respuestas a consultas de pertinencia de ingreso al SEIA vinculadas a la RCA 157/2010, las cuales fueron resueltas por el SEA mediante Ord. N° 091 de 5 de marzo de 2012 y la Resolución Exenta N°143/2015/P11207 de fecha 11 de junio de 2015.</p> <p>8.3. Una respuesta a consulta de pertinencia.</p>

A excepción del cargo 3, todos demás cargos fueron calificados como leves.

Habiendo sido notificados de la Formulación de Cargos, mi representada presentó un programa de cumplimiento que fue rechazado por la SMA, y con la reanudación del procedimiento sancionatorio se presentaron los descargos con **fecha 20 de noviembre de 2018**. Desde esa fecha, las únicas actividades que existen en el procedimiento sancionatorio son intervenciones de este titular solicitando la resolución de los descargos presentados, y las resoluciones de la SMA que tienen presente esta petición. Ello, salvo en la Res. Ex. N°8 de fecha **31 de julio de 2019**, esto es, un año después de los descargos formulados por mi representada, en la que se solicitan antecedentes para verificar el cumplimiento de las exigencias que se estimaban incumplidas.

Es del caso destacar que no existió otra intervención de la SMA durante el procedimiento en orden de brindar asistencia a este regulado, a efectos de orientarlo en la comprensión de las obligaciones que emanan de sus distintas RCA.

Pues bien, luego del procedimiento sancionatorio, se dictó la Res. Ex. N°1358/2019, en la cual **recalificó de leves a graves los cargos 2, 5 y 6, y sancionó a mi representada al pago de una multa de 988,5 UTA**, conforme a la siguiente distribución: (i) por el cargo 1, se sancionó con una multa de 51 UTA; (ii) por el cargo 2, se sancionó con una multa de 355 UTA; (iii) por el cargo 3, se sancionó con una multa de 378 UTA; (iv) por el cargo 4 se sancionó con una multa de 4,5 UTA; (v) por el cargo 5 se aplicó una multa de 150 UTA; (vi) por el cargo 6 se aplicó una multa de 39 UTA; (vii) por el cargo 7 se sancionó con una multa de 8 UTA y; (viii) por el cargo 8 se sancionó con una multa de 1 UTA.

Contra esta Resolución Sancionatoria, mi representada interpuso un recurso de reposición, el cual fue rechazado, confirmando cada una de las sanciones precedentemente indicadas.

IV. LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA ES ILEGAL AL HABER RECALIFICADO ARBITRARIAMENTE LOS CARGOS 2, 5 Y 6, DE LEVES A GRAVES, SIN QUE, DURANTE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, HAYAN EXISTIDO ANTECEDENTES QUE JUSTIFIQUEN DICHA RECALIFICACIÓN Y SIN QUE SE HAYA EFECTUADO UNA NUEVA FORMULACIÓN DE CARGOS.

Como se expuso en el capítulo anterior, la SMA formuló cargos con fecha 5 de julio de 2018, en la cual, calificó como leves los cargos 2, 5 y 6 de la misma, consistentes en aquellos vinculados a la PTAS y su efluente, y a medidas de prevención de contingencias de derrame de hidrocarburos. En este contexto mi representada presentó los descargos luego de la reanudación del procedimiento sancionatorio, esto es, con fecha 20 de noviembre de 2011.

Para sorpresa de mi representada, con fecha 5 de septiembre de 2019 la SMA recalificó dichos cargos a graves, pues en su opinión todos ellos corresponden a incumplimientos graves de medidas para hacerse cargo de efectos conforme al artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA. Ello, sin que durante el procedimiento se hayan reformulados cargos debiendo haberse realizado, sobre todo considerando que la verificación de esta calificante se efectúa por parte de la SMA por las mismas exigencias contenidas en la RCA y antecedentes obtenidos durante la fiscalización que le sirvieron de fundamento a la formulación de cargos, es decir, no existieron antecedentes nuevos obtenidos durante el procedimiento sancionatorio que permitieran a la SMA realizar esta calificación, la cual pudo haber formulado al inicio del procedimiento, sin que ello ocurriera.

- 1. La SMA recalifica las infracciones de los cargos 2, 5 y 6, sin reformulación de cargos previa, en base a los mismos antecedentes que tuvo a la vista para calificar las infracciones como leves, por lo que ella carece de motivación, siendo una actuación completamente arbitraria.**

Queda en evidencia de la lectura de la Resolución Sancionatoria, y de la revisión del procedimiento administrativo que le sirve de fundamento, que la SMA utilizó los mismos antecedentes tanto para descartar como para luego acreditar la calificante del artículo 36 N° 2 letra e) de la LO-SMA, primero en la formulación de cargos y luego en la Resolución Sancionatoria. Ello, se puede revisar además de la formulación de cargos, y en la Resolución Sancionatoria misma, en el hecho de que la SMA dictó resoluciones respondiendo a alegaciones de mi representada o solicitando antecedentes, pero nunca decretó diligencias probatorias en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 inciso 1 de la LO-SMA. Por ello, basó

la recalificación enteramente en los mismos antecedentes que tuvo a la vista al momento de calificar como leves los cargos formulados.

Ello, evidentemente hace que la misma carezca de la motivación exigida para las decisiones de los Órganos de la Administración del Estado, conforme al artículo 11 de la Ley 19.800. En este sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República, la que mediante su Dictamen N° 7.444, de 2011, ha señalado que *“(...) acorde con lo previsto en el artículo 11 de la precitada ley N°19.880, el pronunciamiento de la especie, por constituir un acto jurídico de un órgano de la Administración que afecta derechos de particulares, **debe expresar los hechos y fundamentos técnicos y legales que se han tenido en consideración para su emisión.** Lo anterior, con el objeto de verificar que en su actuar el referido Consejo se ajuste al principio de juridicidad, el que conlleva, entre otros aspectos, **la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación racional y no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, pues en tal caso resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos.**”* (énfasis agregado).

Como se señala en la Ley 19.880, el acto administrativo debe encontrarse debidamente fundado y motivado, situación que no ocurre en la especie. En efecto, la motivación es el fundamento del acto administrativo formalmente expresado, lo cual se materializa con la expresión clara y precisa de los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de fundamento.

En tal dirección, la Excma. Corte Suprema desde antaño ha señalado: *“Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario.”*¹; y de forma más reciente se ha pronunciado señalando que *“(...) el Decreto impugnado resulta ser ilegal por no **indicar las verdaderas razones o motivos que tuvo en consideración la autoridad edilicia para disponer la caducidad de la patente de alcoholes de la recurrente, de suerte que carece de toda fundamentación, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 19.880, de acuerdo con el cual los actos administrativos deberán expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustentan cuando afecten los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven, perturben o amenacen en su legítimo ejercicio. En el particular resulta manifiesto que no podía sin más invocarse como justificación de la decisión municipal la demolición del establecimiento comercial, pues a la luz de los antecedentes ello no resultaba suficiente como para cumplir con la mencionada exigencia legal, con la que se***

¹ *Rosas Díaz contra Director General de la Policía de Investigaciones de Chile* (1991): Considerando 7°. Corte Suprema. Rol N° 16.790-1991.

*da concreción al criterio de imparcialidad consagrado en la misma disposición, que impone el deber de actuar con objetividad y respeto al principio de probidad, **resultando además arbitrario en razón de no obedecer a alguna razón que le sirva de sustento**, con lo que se conculca la garantía constitucional de la recurrente consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Política, que asegura el derecho a desarrollar toda actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetándose en ello las normas legales que la regulan.”² (énfasis agregado).*

De esa forma, la motivación del acto administrativo, es decir, la expresión de sus fundamentos de hecho, técnicos y/o jurídicos, debe permitir conocer las razones de la adecuación del acto a la finalidad que lo justifica y, en caso de ejercicio de potestades discrecionales, las circunstancias que aconsejan la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles. Esto se debe a que la motivación del acto administrativo es un medio de control en orden a proscribir la desviación de poder.

Como se indicó, en la especie, la recalificación de gravedad del artículo 36 N°2 letra e) carece de la justificación debida, al fundarse en los mismos antecedentes que llevaron a la SMA a descartarlo en la Formulación de Cargos.

En efecto, palabras de la SMA plasmadas en los considerandos 195 al 197 de la Resolución Sancionatoria, la calificante se configura con el (i) incumplimiento de una medida de la RCA destinada a hacerse cargo del efecto adverso del proyecto; (ii) que dicho incumplimiento sea grave, atendiendo criterios de centralidad, grado de implementación y permanencia en el tiempo del incumplimiento. En lo que sigue, y por una razón de orden, se separará el análisis de cada uno de estos requisitos, para que S.S. Ilustre pueda corroborar que la SMA justifica la recalificación- sin reformulación de cargos- de los cargos 2, 5 y 6, en los mismos antecedentes por los cuales, calificó las mismas infracciones como leves en la formulación de cargos..

1.1. Antecedentes que se tuvieron a la vista en la formulación de cargos

La formulación de cargos se basó para los cargos 2, 5 y 6, en los siguientes antecedentes:

- Resoluciones de calificación ambiental fiscalizadas e individualizadas en el considerando 8 de la Formulación de Cargos, y cuyas exigencias estimadas como

² *Producciones y Asesorías Infosport contra Municipalidad de Pucón* (2013): Considerando 5°. Corte Suprema. Rol N° 2.316-2013.

infringidas, se incluyen en el apartado denominado “condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas” del resuelvo 1.

- Informe de Fiscalización **DFZ-2015-641-XII-RCA-IA y anexos que se encuentran adjuntos al expediente, consistentes en los siguientes documentos:**

- Acta de Inspección Ambiental de fecha 11/11/15.
- Acta de Inspección Ambiental de fecha 12/11/15.
- Resolución Exenta N°77 de fecha 14/03/12 de la Oficina Provincial de Última Esperanza de la Seremi de Salud Magallanes.
- Certificados de acreditación Laboratorio Hidrolab, Santiago.
- Resultados de monitoreo efectuado por la Superintendencia del Medio Ambiente entre los días 12/11/15 y 13/11/15.
- Registro de ocupación del Hotel Lago Grey correspondiente al período 11/11/15 al 01/12/15.
- Resolución Exenta N°1206 de fecha 04/04/14 de la Seremi de Salud Magallanes.
- Resolución Exenta N°304 de fecha 04/11/14, emitida por la Dirección Regional del SEA Magallanes.
- Resolución Exenta N°76 de fecha 25/04/03, emitida por la COREMA de la región de Magallanes.
- Ordinario N°091 de fecha 05/03/12, emitido por la Dirección Regional del SEA Magallanes.
- Resolución Exenta N°143/2015/P11207 de fecha 11/06/15, emitida por la Dirección Regional del SEA Magallanes.
- Resolución Exenta N°368/2015/P30666 de fecha 24/12/15, emitida por la Dirección Regional del SEA Magallanes.

- Informe de Fiscalización **DFZ-2017-6428-XII-RCA-IA y anexos que se encuentran adjuntos al expediente, consistentes en los siguientes documentos:**

- Ord. N° 28 de fecha 20/03/17, emitido por la Oficina Provincial Última Esperanza de la Seremi de Salud Magallanes.
- Ord. N° 29 de fecha 22/03/17, emitido por la Oficina Provincial Última Esperanza de la Seremi de Salud Magallanes.
- Correo electrónico enviado con fecha 04/04/17 por parte de Nicole Cortés Cariaga, Profesional del Departamento de Gestión de la Información (DGI), SMA.

Pues bien, estos mismos antecedentes fueron los que sirvieron de base para descartar la calificación de los cargos 2, 5 y 6, y luego para recalificar los cargos en la Resolución Sancionatoria.

1.2. La determinación de la existencia de una medida para hacerse cargo de los efectos y su centralidad o relevancia se puede desprender de la propia exigencia infringida y que sirve de fundamento para la formulación de cargos.

La determinación de si una exigencia incumplida es o no una medida para hacerse cargo de un efecto, y si ella es central o relevante para este objetivo, se extrae de la propia exigencia que se estima infringida, y así lo entiende la SMA cuando señala que la relevancia o centralidad de la medida incumplida, se verifica *“en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación”*³.

Pues bien, así también lo aplicó la SMA en sus considerandos 199 al 209 para el cargo 2, considerandos 266 a 270 para el cargo 5, y considerandos 287 al 293 para el cargo 6, en los cuales analiza la existencia de una medida, su incumplimiento y su centralidad, únicamente en base a la interpretación que hace de la exigencia infringida, que se encuentra plasmada en la misma Formulación de Cargos.

En este sentido, para el cargo 2 señala: *“De este modo, el cumplimiento de las medidas e instalaciones asociadas a la operación de la PTAS que han sido incumplidas por el titular- analizadas y ponderadas en su conjunto- detentan un carácter central en la evaluación ambiental de la RCA N°157/2010 para efectos de asegurar el debido tratamiento de los riles generados en el Hotel que serán descargados al río Grey y, por ende, evitar los riesgos asociados a los contaminantes presentes en las aguas servidas en los ecosistemas presentes en el cuerpo receptor, especialmente considerando su emplazamiento en el parque nacional Torres del Paine”*⁴.

Respecto al cargo 5, señala: *“Con la finalidad de proceder a un suministro seguro de combustible en la embarcación “Grey III” en el Lago Grey, y como consecuencia evitar riesgos asociados a su indebida manipulación, como lo sería un derrame de combustible, en la evaluación ambiental de la RCA N°282/2014 se establecieron un conjunto de*

³ Resolución Sancionatoria, considerando 197.

⁴ Resolución Sancionatoria, considerando 200.

medidas/acciones de carácter preventivo desarrolladas en el Anexo C de la DIA de la RCA N°282/2014, como en el considerando 7 de la misma RCA (respecto del cumplimiento del D.S. N°75/2009) [...] De este modo, la correcta observancia de las medidas preventivas-consideradas y ponderadas en su conjunto- detentan un carácter central en la evaluación ambiental RCA N°282/2014[...]"⁵.

Respecto al cargo 6, señala: *"Con la finalidad de contar con una respuesta adecuada, rápida y eficiente en la ocurrencia de eventos de emergencias o contingencias de derrames de combustible, en el contexto del manejo y trasvasije de dichas sustancias en las embarcaciones que operan en el Lago Grey, en la evaluación ambiental de la RCA N°282/2014 se contempló un Plan de Contingencias y Emergencias que cuenta con un conjunto de medidas desarrolladas en el Anexo C de la DIA de la RCA N°282/2014 y en el considerando 7 de la misma RCA, a propósito del cumplimiento del D.S. N°75/2009 [...] En este sentido, la observancia de dichas medidas dispuestas en el Plan de Contingencia y Emergencia- consideradas y ponderadas en su conjunto- detenta un carácter central frente a otras medidas [...]"⁶.*

De los considerandos extractados, se desprende claramente que el fundamento de la centralidad de las exigencias infringidas para la recalificación se efectúa, al amparo de la RCA 157/2010 y su proceso de evaluación (cargo 2), de la RCA 282/2014 (cargo 5 y 6), todos instrumentos que se encontraban en pleno conocimiento de la SMA incluso antes de iniciado el procedimiento sancionatorio. Ello demuestra que estos mismos antecedentes se estimaron insuficientes, por la misma autoridad, a la hora de formular cargos respecto de mi representada, para calificar estas tres infracciones como graves.

Ello se debe a que el criterio adoptado en la Resolución Sancionatoria es absolutamente insuficiente, como para poder calificar como graves las infracciones asociadas a los cargos 2, 5 y 6, al no efectuar fundadamente un análisis comparativo entre las distintas medidas/exigencias del proyecto para verificar la centralidad de aquellas que se estiman infringidas, y al pretender invertir la carga de la prueba para justificar el grado de implementación y la permanencia del incumplimiento, conforme se expondrá en el capítulo V.

⁵ Resolución Sancionatoria, considerando 266-268

⁶ Resolución Sancionatoria, considerando 287-289

1.3. La determinación del grado de cumplimiento y permanencia del incumplimiento de los cargos 2, 5 y 6 se funda en los mismos antecedentes que sirvieron de base a la Formulación de Cargos

La determinación del grado de cumplimiento de la medida y su permanencia en el tiempo, es algo que puede verificarse antes de iniciar el procedimiento sancionatorio, a través de las actividades de fiscalización que le servirán de fundamento en la Formulación de Cargos- caso en el cual, debería calificar el cargo como grave en esta instancia conforme a la concurrencia de estos criterios- o durante el procedimiento sancionatorio a través de la realización de diligencias idóneas a este efecto, para lo cual la SMA se encuentra plenamente facultada conforme al artículo 50 inciso 1 de la LO-SMA.

En la especie, el fundamento de la concurrencia de estos criterios se encuentra plasmado en los considerandos 210 al 2013 para el cargo 2, considerandos 271 y 272 para el cargo 5 y considerandos 394 y 395 para el cargo 6.

Para todos los cargos, la SMA, recién en la Resolución Sancionatoria, fundamenta la concurrencia de estos criterios, en que mi representada no habría presentado antecedentes para verificar el cumplimiento de las infracciones imputadas, cuestión que no es de cargo de mi representada, sino que de la propia autoridad, en virtud de sus facultades de fiscalización o de aquella contenida en el artículo 50 inciso 1 de la LO-SMA que le permite decretar diligencias. Así, sólo para el cargo 2, utiliza como fundamento adicional la existencia de una declaración contenida en una inspección de 11 de noviembre de 2015, y lo constatado en acta de fiscalización de fecha 1 de abril de 2017, todos antecedentes que sirvieron de fundamento para formular cargos en los cuales se entendió descartada la calificante del artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA.

2. La recalificación de los cargos 2, 5 y 6 sin que existiera una reformulación de cargos previa, ni antecedente alguno que la justificará, vulnera el principio de congruencia, y con ello, el derecho a defensa de mi representada.

En la especie la Resolución Sancionatoria, ha incurrido en una vulneración al derecho a defensa garantizado por el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, en dos aristas, a saber: (i) efectuando la recalificación en la Resolución Sancionatoria, sin previa reformulación de cargos, afectando la debida congruencia, e impidiendo a mi representada defenderse de estas imputaciones y a presentar prueba respecto de ellas; y (ii)

pretendiendo invertir la carga de la prueba, y obligando a mi representada a desvirtuar la calificante que la propia SMA descartó al calificar los cargos como leves.

Respecto a la primera vulneración referida, conviene señalar que el principio de congruencia⁷, aplicando la estructura de los procedimientos administrativos contemplada en la ley N°19.880, obliga a la Administración a guardar la debida consistencia y armonía entre las etapas de iniciación, instrucción, finalización y ejecución dentro del procedimiento administrativo sancionador⁸.

Este principio se encuentra estrechamente vinculado al principio de contradictoriedad consagrado en el **artículo 10 de la Ley 19.880**, y al derecho de defensa y al debido proceso, tal y como lo ha dispuesto el Excmo. Tribunal Constitucional, quien destaca esta evidente relación en la sentencia de la causa Rol N° 1542-2009⁹ señala que el deber de congruencia es un principio *“en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del **enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa**”* (énfasis agregado).

Por lo expuesto, no es de extrañar que la LO-SMA haya sido tan categórica en este punto, estableciendo en su **artículo 49° inciso final** en que se exige a la SMA que: *“La formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada”*; cuestión que se complementa con el artículo 54 inciso final, según el cual *“Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”*.

⁷ Clara manifestación de los mandatos legales de racionalidad e imparcialidad establecidos por el ordenamiento base de la actividad de la Administración, además de la aplicación, al presente proceso, de los principios inspiradores del derecho penal, al ser el derecho administrativo sancionador una manifestación más del ius puniendi estatal, conforme a señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Excma. Corte Suprema.

⁸ Obligación que proviene y se relaciona con la sujeción al mérito del proceso exigido al juez civil principalmente por el artículo 160° del Código de Procedimiento Civil, pero que es un llamamiento legal que excede a una mera exigencia sobre la dictación de las sentencias. Una descripción Jurisdiccional Muy completa en la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 1730-2009.

⁹ Considerando quinto.

Pues bien, como se señaló precedentemente, la SMA calificó como leves los cargos 2, 5 y 6 en la Formulación de Cargos, justamente porque descartó la concurrencia de las calificantes de los números 1 y 2 del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA. Sin embargo, sin mediar explicación ni antecedentes nuevos, tuvo por concurrentes dichas calificantes en la Resolución Sancionatoria en base a los mismos antecedentes. Entre la Formulación de Cargos y la Resolución Sancionatoria existió más de un año, y ninguna reformulación de cargos, ni documento ni diligencia que justificara esta recalificación.

Así, no existe congruencia entre la Resolución Sancionatoria y la Formulación de Cargos, en virtud de la cual esta parte sólo tuvo la oportunidad de formular descargos y defensas de las imputaciones efectuadas en esta última, en la se había descartado la calificación de gravedad que sólo al final del procedimiento sancionatorio se imputa. Ello, ha afectado gravemente a mi representada, y ha vulnerado su derecho a un racional y justo procedimiento consagrado constitucionalmente, cuestión por la que la Resolución Sancionatoria resulta totalmente inconstitucional al vulnerar el artículo 19 N°3 de la Constitución, e ilegal al vulnerar el artículo 10 de la Ley 19.880, y artículo 49 inciso final de la LO-SMA, debiendo ser dejada sin efecto.

Lo que, además, se acentúa con la segunda vulneración que la SMA efectúa respecto al derecho a defensa, consistente en exigirle a mi representada que pruebe la no concurrencia de una calificante que ella misma descartó. Así se evidencia en la la justificación que da la SMA para acreditar la concurrencia de los criterios de grado de implementación y permanencia del incumplimiento, la cual se basa únicamente, en el hecho de que mi representada no habría aportado antecedentes para dar cuenta del cumplimiento de la exigencia infringida, cuestión que no acaeció porque mi representada no debía desacreditar la concurrencia de calificante, al haber sido ésta descartada por la propia autoridad en su formulación de cargos.

Sobre este punto, conviene hacer presente que no es exigible a este titular presentar prueba respecto de aquello que la autoridad misma ha descartado. En este sentido, el *onus probandi*, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico mediante al aforismo “quien alega debe probar”. En efecto, el artículo 1698 del Código Civil regula el asunto, y exige que quien alegue la existencia de obligaciones o su extinción, es quien debe probar. Ello, se condice también con el principio de presunción de inocencia aplicable a los procedimientos administrativos sancionatorios, en tanto corresponden a una manifestación del *ius puniendi* estatal, cuya limitación se encuentra entregada a

determinados principios del derecho penal, que se aplican de manera matizada a los procedimientos administrativos sancionatorios.

Así en el caso concreto se infringe esta disposición en dos sentidos (i) porque altera la carga de la prueba, al dar por acreditar los criterios de permanencia y grado de cumplimiento de la medida porque mi representada no habría aportado antecedentes que permitieran verificar que volvió al estado de cumplimiento y que implemento la medida; y (ii) porque pretende que mi representada pruebe un hecho que la propia SMA descartó en la formulación de cargos por calificar los cargos 2, 5 y 6 como leve.

Por lo demás, sobre este punto, es dable recordar que la SMA cuenta con amplias facultades de fiscalización consagradas en los artículos 3 letra a) y en el artículo 50 inciso primero de la LO-SMA, en virtud del cual tiene plenas posibilidades de probar las imputaciones que efectúa, sin que ello haya sido realizado durante más de un año que duró el procedimiento sancionatorio.

Como ha podido verificar S.S. Ilustre, el derecho a defensa de mi representado ha sido vulnerado por la SMA en la Resolución Sancionatoria, por un lado, al recalificar los cargos leves a graves sin mediar reformulación de cargos alguna, aun cuando funda dicha calificación en los mismos antecedentes por los cuales la descartó, impidiéndolo rendir prueba respecto de la calificación de gravedad que incluye en la Resolución Sancionatoria, y por otro, porque pretende invertir la carga de la prueba obligando a mi representada a desvirtuar criterios que la propia SMA ya había descartado. Así las cosas dicha Resolución que se reclama en este acto, resulta totalmente ilegal inconstitucional al vulnerar el artículo 19 N°3 de la Constitución, e ilegal al vulnerar el artículo 10 de la Ley 19.880, y artículo 49 inciso final de la LO-SMA, debiendo ser dejada sin efecto.

3. La recalificación de los cargos sin que existiera una reformulación de cargos previa, ni antecedente alguno que la justificará, vulnera el derecho de igualdad ante la ley.

A la vulneración del debido proceso y derecho a defensa, al no reformular cargos, también se ha vulnerado el derecho a la igualdad ante la Ley, consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución, pues en casos iguales se ha reformulado cargos permitiendo a otros sujetos fiscalizados la oportunidad de presentar los descargos, defensas y pruebas que corresponden.

A modo de ejemplo, tenemos el reciente procedimiento sancionatorio llevado a cabo en el rol D-067-2017, donde se formuló cargos con fecha 29 de agosto de 2017, calificando como leves los cargos 2 al 4. Sin embargo, en base a los antecedentes reunidos durante el procedimiento sancionatorio, se verificó- en opinión de la SMA- la concurrencia de la calificante del artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA, procediendo con fecha 21 de febrero de 2018, a reformular cargos recalificando estos cargos como graves. Debido a ello, volvió a correr el plazo para que el sujeto fiscalizado- en esta oportunidad- procediera a ejercer los derechos para presentar programa de cumplimiento y formular descargos.

Pues bien, en el caso de mi representada, pese a estar en la misma situación que en la que se encontraba el sujeto regulado en el procedimiento sancionatorio D-067-2017, esto es, existencia de cargos leves que se recalificaron a graves por la calificante del artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA, la SMA no reformuló cargos como si lo realizó en el caso mencionado. Así, incurrió en una diferencia que carece de todo fundamento, siendo completamente arbitraria y prohibida por el artículo 19 N°2 de la Constitución, tornando ilegal la misma y el procedimiento. Copia de la formulación y la reformulación de los cargos del procedimiento que se cita como referencia se acompañan en el primer otrosí de esta presentación.

V. SIN PERJUICIO DE LO ANTERIORMENTE SEÑALADO, Y AUN EN EL CASO QUE S.S. ILUSTRE ESTIME QUE LO ANTERIOR NO CONSTITUYE UN VICIO DE LEGALIDAD, LO CIERTO ES QUE LA CALIFICANTE DEL ARTÍCULO 36 N° 2 LETRA E) DE LA LO-SMA NO RESULTA APLICABLE RESPECTO DE NINGUNO DE LOS CARGOS RECALIFICADOS.

Los hechos constitutivos de la infracción consignada en el cargo 2, 5 y 6 que en la formulación de cargos fueron considerados como leves, fueron recalificados en la Resolución Sancionatoria- como vimos- sin reformulación de cargos previa, por configurarse- en opinión de la SMA- la calificante del artículo 36 N° 2 letra e) de la LO-SMA. Dicha disposición establece como graves aquellas infracciones que *“incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental”*.

Como bien se desprende del tenor de la disposición transcrita, la concurrencia de esta calificante requiere que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que el incumplimiento recaiga sobre medidas destinadas a hacerse cargo de efectos adversos de un proyecto y; (ii) que el incumplimiento sea grave. La concurrencia de este último requisito, esto es,

“incumplimiento grave”, ha sido definido por la propia SMA, quien ha determinado los siguientes criterios para su procedencia, a saber:

- *“La relevancia o centralidad de la medida incumplida, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación;”*
- *“La permanencia en el tiempo del incumplimiento; y”*
- *“El grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance de su implementación, en el sentido de que no se considerará de la misma forma a una medida que se encuentra implementada en un 90% que una cuya implementación aún no haya siquiera comenzado.”*

Pues bien, como se verá a continuación, las exigencias que se estiman infringidas no constituyen medidas para hacerse cargo de efectos adversos del proyecto, las cuales se encuentra reguladas por las RCA que aprobaron Declaraciones de Impacto Ambiental. Sin embargo, y aun en el caso de que lo fueran, no se trata de medidas centrales conforme lo exige la propia SMA, siendo además corregidas en forma previa a la formulación de cargos por lo que el grado de implementación u permanencia en el tiempo del incumplimiento tampoco se cumple.

1. Respecto del cargo 2, las exigencias que se estiman vulneradas (i) no corresponden a medidas para hacerse cargo de los efectos adversos del proyecto y; (ii) aun cuando lo fueran, el incumplimiento imputado, no cumple con los criterios de centralidad, permanencia y grado de implementación exigido por la misma SMA.

La SMA sanciona en el cargo 2, infracciones vinculadas con exigencias de estructura de la PTAS y efluente de ésta. Respecto de la estructura de la PTAS y con estructura de la PTAS, estima que los hechos infracciones corresponden a que: (i) la PTAS no cuenta con estanque equalizador cuya finalidad es la regulación de caudales punta que eventualmente pudieran producirse, así como almacenar las aguas servidas que se generen en caso de contingencia; (ii) Mantenimiento de ciertas estructuras pertenecientes al antiguo sistema del efluente (aprobada por la RCA N°185/2001, todos los cuales sobresalen del nivel de terreno natural; (iii) No ejecuta acciones preventivas consistentes en un registro de control diario relativo a las mantenciones, inspecciones, mediciones (pH, temperatura, oxígeno disuelto)

Por su parte, respecto al efluente, se estiman hechos infraccionales lo siguientes: (i) El caudal tratado por la PTAS alcanzó un promedio de 108.278 L/día, lo que casi cuadruplica el caudal máximo proyectado en la evaluación ambiental (28.560 L/día); y (ii) el efluente de la

PTAS ha sido dispuesto en el Río Grey, sin declaración previa, observándose- además- que el hotel carece de un stock de tabletas de cloro (inspección ambiental 2015 e inspección sectorial 2017).

Considera que el cumplimiento de estas exigencias serían medidas para hacerse cargo de los efectos, y centrales toda vez que, ellas *detentarían “un carácter central en la evaluación ambiental de la RCA N°157/2010 para efectos de asegurar el debido tratamiento de los riles generados en el Hotel que serán descargados al río Grey y, por ende, evitar los riesgos asociados a los contaminantes presentes en las aguas servidas en los ecosistemas presentes en el cuerpo receptor, especialmente considerando su emplazamiento en el parque nacional Torres del Paine”*. Como se puede verificar la SMA considera que las exigencias infringidas son medidas, cuya centralidad se justificaría en su conjunto, pues ellas darían cuenta del funcionamiento del correcto funcionamiento de la PTAS.

Asimismo, considera que no existiría algún grado de implementación en la misma y que mi representada persistiría en el incumplimiento, únicamente porque no habría presentado antecedentes para desvirtuar este hecho, cuestión- como dijimos- inadmisibles pues en la formulación de cargos la misma SMA había descartado la concurrencia de la calificante que requiere el cumplimiento de estos criterios.

Así las cosas, en lo que sigue, esta parte descartará la procedencia de los requisitos establecidos en este cargo, por cada uno de los hechos infraccionales que se imputan, determinando el tipo de exigencias que se vulneran, y cuáles son las características de estos incumplimientos en términos de centralidad de la medida, permanencia y grado de implementación.

1.1. La PTAS no cuenta con estanque ecualizador.

La SMA estima que este hecho infraccional vulnera las siguientes exigencias de la RCA 157/2010, establecidas en el considerando 3.5.1.3.3.1:

“Planta de Tratamiento

La Planta de Tratamiento instalada en la Hostería Lago Grey [...] presenta las siguientes secciones: foso, estanque ecualizador, cámara de decantación primaria, cámara aeróbica (reactor), cámara de decantación secundaria y estanque de desinfección y cloración. [...] Además, se instalará un estanque de 30.000 Litros (entre la sentina y la PTAS) y que se cumplirá la función de regular los caudales punta que pudiesen producirse en el complejo hotelero. Además, servirá como alternativa de

almacenamiento de las aguas servidas en caso de allá del Sistema de Tratamiento y actuará como estanque de pre tratamiento”.

La RCA 157/2010 calificó ambientalmente favorable el proyecto “Ampliación Hotel Lago Grey Modificación y Mejoramiento de Servicios Básicos”, el cual fue sometido a evaluación ambiental mediante una DIA, toda vez que no generaba efectos adversos del artículo 11 de la Ley 19.300. La exigencia fue modificada en cuanto el estanque de 30.000 litros, reemplazándolo por uno de 20.000 litros, amparado en un cambio menor que no requirió ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental (en adelante “SEIA”), como consta en el Ord. N° 91 de 5 de marzo de 2012 (en adelante “Ord. N°92/2012”) del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante “SEA”)

Previo a referirnos al fondo, conviene efectuar dos aclaraciones: En primer lugar, de la lectura de la exigencia, se da cuenta de 5 estanques y cámaras, a saber, (i) foso; (ii) estanque ecualizador; (iii) cámara de decantación primaria; (iv) cámara aeróbica (reactor); (v) cámara de decantación secundaria y estanque de desinfección y decoloración; y (vi) estanque de 30.000 litros (de actuales 20.000 litros, conforme al cambio amparado en Consulta de Pertinencia), destinados a regular caudales, alternativa de almacenamiento y pre-tratamiento; En segundo lugar, la SMA formuló cargos y sancionó por no contar con un estanque ecualizador, pero la argumentación sobre la calificación de gravedad, dice relación con la función del estanque de 30.000 litros, esto es: (i) regulación de caudales; (ii) pretratamiento; y (iii) almacenamiento. En términos resumidos, la SMA confunde estanque ecualizador con el estanque de 20.000 litros, formulando cargos por la ausencia del primero, pero calificando esta infracción en base a consideraciones que no le son aplicables a dicha estructura.

A mayor abundamiento este estanque de 20.000 litros (originalmente de 30.000 litros) responde a una observación de la Seremi de Salud, formulada a la Adenda durante la evaluación ambiental del proyecto que culminó en la RCA 157/2010. Dicha observación se plasmó a través del Ord. N°46 de 27 de enero de 2010 (en adelante “Ord. N° 46/2010”) en virtud del cual se exigía que se contará con un sistema de regulación de flujos, por lo que mi representada, en respuesta 1.3 de la Adenda Complementaria, ofreció el estanque de 30.000 litros que serviría como regulador de flujo y para almacenamiento en caso de contingencia. Todo ello, de manera adicional al estanque ecualizador, que formó parte del proyecto desde el momento de la presentación de la DIA y que corresponde a una instalación completamente distinta.

Pues bien, en este contexto toda la argumentación respecto a la concurrencia del artículo 36 N° 2 letra e) de la LO-SMA que efectúa la SMA en la Resolución Sancionatoria se vincula al estanque de 20.000 litros y no al estanque ecualizador. De tal manera que, corresponde señalar que en este sentido, dicha calificante carece de total motivación, dado que la existencia del estanque de 20.000 litros no fue objeto de la formulación de cargos, y es una instalación cuya existencia se acreditó en autos. Sin perjuicio de lo cual, corresponde hacernos cargo de la improcedencia de la misma en lo que sigue.

La SMA no justifica porqué se entendería que esta es una medida que permite hacerse cargo de los efectos del proyecto. Lo anterior, no es menor pues las exigencias a las que hace referencia, se encuentran contenidas en la DIA “Ampliación Hotel Lago Grey Modificación y Mejoramiento de Servicios Básicos”, que es justamente el documento por el cual se somete a evaluación un proyecto que **no genera efectos adversos significativos, por lo que en él, no existen medidas para hacerse cargo de éstos conforme lo exige la calificante aplicada.**

Lo único que la SMA indica sobre este punto es la descripción de lo que ella denominada como estanque ecualizador, esto es, una instalación del proceso de tratamiento de riles de una PTAS que- en sus palabras- tiene por finalidad: *“la regulación de los caudales de punta **que pudieran producirse**, la homogenización de los riles tratados, así como el almacenamiento de las aguas servidas que se generen en el **evento de contingencias**”* (énfasis agregado). De la lectura de este párrafo se pueden distinguir dos cosas útiles: primero, que la SMA entiende equivalente el estanque ecualizador a la cámara destinada a regular caudales, homogenizar los riles tratados y el almacenamiento de aguas servidas, fundando en esta descripción la existencia de una medida y su centralidad. Segundo, que es la propia Superintendencia la que entiende que este estanque no corresponde a una medida para hacerse cargo de efectos adversos del proyecto, sino de una instalación destinada a responder a contingencias que pudieran generarse.

La diferencia entre una medida de prevención de contingencia y una medida para hacerse cargo de los efectos de un proyecto se encuentra claramente plasmada en el DS N° 40, de 30 de octubre de 2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante “RSEIA”). Así, en su artículo 98 define a las medidas de mitigación como aquellas que *“tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad cualquiera sea su fase de ejecución”*. Por su parte del artículo 102 del mismo cuerpo legal, es posible concluir que las medidas de contingencias son aquellas destinadas

a evitar o minimizar la ocurrencia de riesgo que puedan afectar al medio ambiente o a la población.

Así las cosas, lo cierto es que la exigencia que se estima infringida no corresponde a una medida para hacerse cargo de los efectos adversos de un proyecto, sino a una medida de prevención de una contingencia, esto es, que operaría sólo ante la concreción de una situación de riesgo, esto es, a una eventualidad. A diferencia de aquellas medidas que se establecen en los Estudios de Impacto Ambiental para hacerse cargo de los efectos adversos de un proyecto, cuya finalidad es estar permanentemente disponibles y operando dado que sin ella es completamente cierta la ocurrencia del efecto que se busca evitar o minimizar, el cual también tiene un carácter permanente de ocurrencia.

Esto último también permite verificar que la exigencia no constituye una medida central dentro del proyecto, pues no corresponde a una instalación para hacerse cargo de un efecto permanente generado por el proyecto que, por lo demás no es adverso ni significativo, sino que para hacer frente a un riesgo eventual. Lo anterior no permite ser desvirtuado, como lo pretende la SMA, por el Ord. N°340 de 19 de mayo de 2010, donde la Seremi de Salud habría cuestionado el tratamiento óptimo de las aguas servidas, pues es un acto administrativo que carece de validez, al haber sido rectificado por la misma autoridad por el Ord. N°354 de 25 de mayo de 2010.

Por su parte, tampoco se cumple con el criterio "grado de implementación de la medida", pues la exigencia referida se encuentra cumplida atendido que cuenta con un estanque que cumple la función que la SMA estima con falencias, sólo que tiene menor capacidad, según la argumentación que ella misma entrega en este apartado. Esta menor capacidad, es un cambio que no requirió ingreso al SEIA por no tratarse de un cambio de consideración según el ya referido Ord. N°91/2012.

En efecto, la consulta de pertinencia resuelta por este Ordinario, se refiere justamente, a la exigencia del considerando 3.5.1.3.3.1 de la RCA 157/2010, que se estima infringida por la SMA. En ella se contempla la instalación de un estanque de 20.000 litros y no de 30.000 litros como lo indica el citado considerando. Dicho estanque tiene por finalidad: (i) cumplir con lo ordenado por la Autoridad Sanitaria de disponer de un estanque para almacenar aguas servidas por 24 horas; (ii) regular las aguas servidas que provienen del Hotel; y (ii) proporcionar mayor tiempo de retención de las aguas en el pretratamiento. En esta

consulta de pertinencia se acompañaron imágenes de la excavación para instalar el estanque, las dimensiones del mismo y el croquis de instalación del estanque.

Pues bien, como se indicó precedentemente, el origen del estanque que la SMA denominada "ecualizador" es la inquietud de la autoridad por regular el flujo y almacenamiento de aguas servidas previos al tratamiento, que es justamente la misma función que lleva a cabo el estanque de 20.000 litros el cual existe actualmente. Por ello, no es efectivo que exista un incumplimiento grave de medida, pues el estanque cuya existencia se ha acreditado en el presente procedimiento sancionatorio, cumple la misma función que la SMA considera para verificar los requisitos de centralidad, permanencia y las mismas razones por las cuales la SMA, considera que este sería un incumplimiento grave de medida.

Pues bien, la existencia de este estanque- insistimos, de 20.000 litros- se puede verificar al revisar la Resolución Exenta N°77, de 14 de marzo de 2012, que aprueba el proyecto de instalación y funcionamiento de la PTAS, la cual fue acompañada al procedimiento sancionatorio en los descargos. Dentro de sus fundamentos, se encuentra un acta de inspección de fecha 03 de febrero de 2012 levantada por un funcionario dependiente de la autoridad sanitaria, que permite constatar que un funcionario la fiscalizó previo a su otorgamiento, manifestándose conforme respecto del proyecto, así como respecto a su efectiva construcción y funcionamiento.

Finalmente, no es efectivo que exista una permanencia en el tiempo del incumplimiento, consistente en no contar con este estanque de 20.000 litros que erradamente la SMA denominada "ecualizador", porque el mismo siempre ha existido comprobándose ello en los documentos ya referidos, y en los Planos del mismo, acompañados al expediente sancionatorio.

Por lo tanto, no fundándose debidamente la calificante de incumplimiento grave de medida para hacerse cargo de efectos, y- aún más- por no cumplirse los requisitos para su concurrencia al no tratarse las exigencias infringidas como medidas centrales para hacerse cargo de efectos adversos, ni haberse incumplido, la Resolución sancionatoria adolece de un vicio de legalidad que la hace anulable.

1.2. Acciones de prevención vinculadas a la mantención de ciertas estructuras pertenecientes al antiguo sistema del efluente.

La SMA no se pronuncia respecto a este hecho para fundar la calificante del artículo 36 N° letra e), por lo que esta parte entiende que la misma autoridad entiende que, la exigencia infringida por ella, no corresponde a una medida cuyo incumplimiento pueda ser grave.

Sobre este punto, se puede visualizar en la Resolución Sancionatoria que sólo habla de las exigencias infringidas por los hechos 2.1 a) y c) y cargo 2.2 letra d) y e). Sin embargo nada dice respecto del hecho infraccional 2.1 letra b), por lo que esta parte entiende que esta exigencia no cumple con los criterios de centralidad, grado de implementación y permanencia.

Concretamente, únicamente señalar que la exigencia que se estima infringida por este hecho, corresponde al considerando 3.2.3 de la RCA 185/2001, que dispone que: *“Esta etapa dependerá de la vida útil del Complejo. No obstante al término de sus operaciones, todas los elementos instalados serán extraídos y transportados fuera del área del Parque para dejar el terreno en condiciones muy cercanas a las originales”*.

Como puede ver S.S. Ilustre las actividades que se estima infringidas, corresponden a descripciones de la fase de cierre que tiene cualquier proyecto o actividad, en las que sea posible dismantelar las instalaciones, por lo cual no corresponden a medidas para hacerse cargo de los efectos del proyecto, por lo que no corresponde aplicar la calificante del artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA.

1.3. No ejecuta acciones preventivas consistentes en un: (i) registro de control diario relativo a las mantenciones, inspecciones, mediciones (pH, temperatura, oxígeno disuelto) y (ii) dispone el efluente sin declaración previa, observándose que carece de stock de tabletas decloradoras.

La SMA estima que este hecho infraccional vulnera las siguientes exigencias de la RCA 157/2010, establecidas en el considerando 3.5.2.1.2.2:

“Acciones preventivas

- *Habilitación del libro de registro de control diario de la planta, que incluirá registro de las mantenciones realizadas, inspecciones, mediciones, análisis y muestreos.*

- *Se contará con operarios capacitados para la operación del Sistema de Tratamiento de las Aguas Servidas del Hotel [...]*
- *Se realizarán mediciones in situ de pH, temperatura y oxígeno disuelto. Con esta acción se puede detectar cualquier alteración a propiedades de la Biomasa [...]*
- *Se mantendrá stock adecuado de tabletas de cloro y decloradoras”*

Asimismo, se estima infringida la siguiente exigencia, contenida en la RCA 3.5.1.3.3.1.1, a saber:

“Manejo y disposición del Efluente

El efluente de la planta de Tratamiento paso a la cámara de desinfección dividida en dos secciones, la primera contiene un clorado con tabletas de hipoclorito de calcio y en la segunda se encuentra un declorador que es alimentado con tabletas de sulfita de sodio. De esta manera, en la medida que el efluente de tratamiento fluye a través de estos estanques, las tabletas se disuelven gradualmente agregando o removiendo el cloro en proporción al caudal de líquido previamente tratado. En esta etapa final, el efluente debidamente desinfectado y declorado será dispuesto en las aguas del río Grey.”

Como ya se indicó precedentemente, esta RCA y sus exigencias son consecuencia de la evaluación ambiental de una DIA, dado que el proyecto no generaba efectos adversos significativos del artículo 11 de la Ley 19.300. Así las cosas, estas medidas no se vienen a hacer cargo de ningún efecto adverso conforme lo exige la procedencia de la calificante del artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA. Ello se ratifica con el hecho de que ella forma parte de acciones preventivas, esto es- como ya referimos anteriormente- aquellas destinadas a activarse para evitar la concreción de un riesgo.

Así las cosas, lo cierto es que la exigencia que se estima infringida no corresponde a una medida para hacerse cargo de los efectos adversos de un proyecto, sino a una medida de prevención de contingencia, esto es, que opera para disminuir la probabilidad de ocurrencia de un riesgo. A diferencia de aquellas medidas que se establecen en los Estudios de Impacto Ambiental para hacerse cargo de los efectos adversos de un proyecto, que debe estar permanentemente disponible para evitar la generación de un efecto adverso significativo, dado que, de no estar operativa existe una posibilidad cierta de la generación de este efecto.

Respecto a la centralidad de la medida, la SMA la justifica en que éstas, son medidas para asegurar el correcto funcionamiento de la PTAS, sin embargo ello no les quita la característica de que se trata de medidas destinadas a disminuir las probabilidades de ocurrencia de un riesgo eventual, cuya generación depende de factores externos ajenos al funcionamiento normal del proyecto, y no a un efecto adverso permanente.

1.4. El caudal tratado casi cuadruplica el caudal máximo proyectado en la evaluación ambiental

La SMA estime que este hecho infraccional vulnera las siguientes exigencias de la RCA 157/2010, establecidas en el considerando 3.5.1.3.3.1:

“Planta de Tratamiento

La planta de tratamiento instalada en la Hostería Lago Grey tiene una capacidad efectiva para tratar 28,560 L/día ($Q_m=0,33$ L/s)”

Sobre este punto, la exigencia referida, dice relación con la descripción de la PTAS, esto es de la descripción de la modificación que se sometió a evaluación por una DIA al no generar efectos adversos significativos. Así, no sólo no se trata de una medida para hacerse cargo de un efecto conforme lo exige el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA, sino que además no puede ser central al tratarse de una parte de un conjunto de procesos que permiten tratar las aguas servidas previas a su disposición.

Por su parte, en caso que se considere como medida, determinándose que ella es central, lo cierto es que el grado de implementación de la medida y permanencia del incumplimiento en el tiempo, no es posible acreditarla con una única oportunidad en la cual se fiscalizó la PTAS, siendo necesario más antecedentes que den cuenta de ello. Así, desde el año 2017 a la fecha (en que se sancionó a mi representada), la SMA pudo concurrir a fiscalizar nuevamente el proyecto conforme la facultad del artículo 50 inciso primero¹⁰ de la LO-SMA, para verificar si existía o no un incumplimiento o si se había implementado la exigencia, y fundar debidamente el supuesto que hace procedente esta calificante.

¹⁰ Artículo 50 inciso primero de la LO-SMA: Recibidos los descargos o transcurrido el plazo para ello, la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan.

1.5. Conclusión.

En la especie, la Resolución Sancionatoria no se encuentra debidamente fundada, adoleciendo de un vicio de legalidad que la hace anulable por ser esencial y causar perjuicio, concretamente vulnerando el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA, el artículo 49 inciso final de la LO-SMA, artículo 50 inciso primero de la LO-SMA, y el artículo 19 N°3 de la Constitución. Ello se desprende claramente de los argumentos expresados precedentemente, en los cuales, se da cuenta que:

- La SMA confundió instalaciones, justificando la calificante en base a consideraciones de un estanque que no correspondía a aquél que constituía objeto del hecho infraccional.
- Que cada una de las exigencias que estima infringidas, forman parte de una DIA que se presenta a evaluación cuando un proyecto no genera efectos adversos, y ello consta en la RCA 157/2010 que certifica su inexistencia. Así, además, ello queda en evidencia en el hecho de que cada una de las exigencias forman parte de acciones de prevención de riesgo o de descripción del proyecto (en este caso de la PTAS), que no se corresponden con la definición de mitigación establecida en el RSEIA.
- Aun en el caso que se considerará que son medidas, ellas no son centrales para hacerse cargo de efectos adversos, sino que corresponde a acciones destinadas a disminuir riesgos eventuales.
- Finalmente, respecto del grado de implementación y permanencia del incumplimiento, derechamente no se verifica respecto del hecho infraccional del estanque ecualizador (cargo 2.1 letra a) y respecto del resto de los cargos, la SMA no lo acreditó, pues únicamente se fundó en una fiscalización, teniendo facultades para llevar a cabo las diligencias que estimará necesarias para fundar debidamente este supuesto de hecho.

Esta errónea calificación de la Resolución Sancionatoria, permitió que mi representada fuera multada por una suma de más de 300 UTA, cuestión que no podría haberse llevado a cabo si es que la infracción hubiera sido correctamente calificada como leve en virtud del cual debería haberse aplicado una multa de un valor sustancialmente menor.

2. Respecto del cargo 5, las exigencias que se estiman vulneradas (i) no corresponden a medidas para hacerse cargo de los efectos adversos del proyecto y; (ii) aun cuando lo fueran, el incumplimiento imputado, no cumple con los criterios de centralidad, permanencia y grado de implementación exigido por la misma SMA.

Para descartar la procedencia de los requisitos establecidos en este cargo, es necesario analizar detenidamente cuales son los hechos infraccionales que se imputan, qué tipo de exigencias vulneran, y cuáles son las características de estos incumplimientos en términos de centralidad de la medida, permanencia y grado de implementación. Esto se pasa a revisar detenidamente a continuación.

En el cargo N° 5, se sanciona a mi representada por cuestiones vinculadas a medidas de carguío de combustible al Catamarán Grey III, bajo condiciones seguras. En este contexto, los hechos infraccionales que se imputa corresponden a los siguientes: (5.1) el bote para transportar el combustible sólo habría sido tripulado por una persona, impidiendo monitorear adecuadamente el procedimiento desde ambos extremos del bote; (5.2) el encargado no inspeccionó la posible existencia de anomalías, ni el estanque empleado para transferir combustible; (5.3) no se acredita la realización de capacitaciones al personal encargado; (5.4) no se acredita que el estanque empleado de catamarán se encontrara certificado.

2.1. Acciones preventivas de inspección y capacitación

Para efectos de evitar extender innecesariamente la presente reclamación, hemos agrupado los hechos infraccionales 5.1, 5.2 y 5.3 en actividades vinculadas a la inspección y capacitación del personal para el transporte de combustible.

La SMA estima que este hecho infraccional vulnera las siguientes exigencias de la RCA 44/1998, RCA 282/2014, y su DIA "Transporte y Reemplazo de Embarcación Navegación Turística Lago Grey", Anexo D, "Procedimiento de Trabajo Seguro Carga de Combustible a Catamarán o Grey III". Dada la extensión de estas exigencias, nos remitiremos a la descripción efectuada por ella en los antecedentes generales, extractando- únicamente- aquellas frases de las exigencias que se vinculan expresamente con el hecho infraccional.

"a. Bote semi rígido de PVC, [...] tripulado por dos personas.

[...]

*e. El Operador del Tanque, al iniciar la descarga deberá verificar que las conexiones de la manguera de descarga, estén firmemente acopladas y abrir válvulas de línea de estanque de almacenamiento, **observando visualmente que no presenten anomalías** {Fugas y/o seguros en mal estado}, deberá permanecer al lado de la válvula de corte para accionar/a en caso de derrame y aplicar arena para contenerlo(...)" (Anexo D,*

DIA; Numeral 5.2 "Procedimiento seguro de trabajo para la Transferencia de combustible de estanque de almacenamiento Bote Semi Rígido a Embarcación Grey 111", literales b) y f).

"1. El equipamiento de transferencia de combustibles y aceites, debe ser inspeccionado, para asegurar su buen funcionamiento antes de las operaciones de bombeo.

[...]

3. Cuando se transfiera combustible entre embarcaciones y Carguío desde Tierra se deberá ubicar personal en ambos extremos para monitorear las operaciones de transferencia, y mantendrán contacto en forma regular a través de VHF o similar.

[...]

5. Durante la operación de transferencia de combustibles solamente estará abierta la válvula perteneciente al tanque que se está almacenando. En caso de transferirse el combustible entre dos tanques se abrirán solamente sus dos respectivas válvulas. Este tipo de operación deberá estar continuamente controlada." (Numeral VI. "Observaciones Generales)

Pues bien, como puede notar S.S. Ilustre, estas actividades se encuentran descritas en una DIA, que como ya hemos señalado es un documento que se presenta a evaluación cuando el proyecto no genera efectos adversos del artículo 11 de la Ley 19.300. Ello fue certificado por la RCA 282/2014, que calificó favorablemente este proyecto. De tal manera, la exigencia contenida en este apartado, y que la SMA utiliza como fundamento para la calificación de la gravedad no corresponden a una "medida para hacerse cargo de efectos", como lo exige el artículo 36 N° 2 letra e) de la LO-SMA, en orden a proceder a calificar el cargo como "grave".

Por su parte, aunque se entendiera como medida, ella no es central porque dice relación con acciones de prevención que, como ya indicamos, buscan hacerse cargo de un riesgo eventual, y no de un efecto permanente en el tiempo como al que están destinadas las medidas de mitigación. Así también lo entiende la SMA, la que en su considerando 266 justifica la relevancia o centralidad de la misma en que las actividades de este apartado tienen por objetivo "proceder a un suministro seguro de combustible en la embarcación "Grey III" en el Lago Grey y como consecuencia evitar riesgos asociados a su debida manipulación [...] en la evaluación ambiental de la RCA 282/2014 se establecieron un

conjunto de medidas/acciones de carácter preventivo desarrolladas en el Anexo C de la RCA 282/2014, como en el considerando 7 de la misma RCA respecto al cumplimiento del DS N°75/2009”.

A lo que se suma que estas exigencias preventivas, ni siquiera son centrales en su propio ámbito, lo que se puede verificar en los propios dichos de la SMA, quien da cuenta que toda esta RCA 282/2014 y los distintos componentes que la fundan, se encuentran destinados a evaluar medidas preventivas. Sin embargo, la SMA considera central actividades de inspecciones visuales de control de equipos antes y durante un traslado de combustible como si fueran la acción más relevante para evitar los riesgos.

Pues bien, para mostrar lo errado del razonamiento de la SMA se pueden mencionar otras acciones de prevención contenidas en esta evaluación que permiten constatar que las exigencias que se estiman infringidas no resultan de la relevancia que les pretende otorgar esta autoridad, y que dicen relación con evitar riesgos para la calidad del agua y el resto del ecosistema presente en el sector:

- Instalación de estanque de 5.000 litros para almacenamiento de petróleo con dispositivos anti derrame en el sector del embarcadero ubicado en la ribera oeste del río Grey o área de suministros El tanque será llenado cada siete días por un camión surtidor de una compañía autorizada por la SEC (DIA 2.2.6, letra a).
- Proyecto de instalación de Tanque de Combustible
- Existencia de distintos procedimientos preventivos que no fueron infringidos por mi representada:
 - Procedimiento preventivo Control del Didymo, Transporte Catamán Grey III, que busca prevenir la presencia de la microalga en lagos del Parque Nacional, que podría afectar ecosistemas continentales. Para lo cual se contemplan medidas de lavados de vehículos y embarcaciones con solución desinfectante que no se devuelve al lago o río.
 - Procedimiento Carena- Catamarán Grey III, Navegación Turística vinculadas a la mantención de esta embarcación. Para ello, la carena se realiza en seco, cada dos años, con implementos, y equipos destinados a sacar la embarcación del lago.
 - Procedimiento seguro retiro de residuos sólidos y peligrosos, en el cual se establecen el retiro, transporte y disposición final de este tipo de residuos desde Grey III. Dependiendo del tipo de residuos, se manejan en

contenedores periódicamente desinfectados y lavados o se disponen transitoriamente en bodega de almacenamiento. El retiro de los mismos será por personal autorizado.

Si bien existieron infracciones vinculadas a manejo de residuos sólidos, ellas fueron subsanadas de manera previa a la formulación de cargos, como consta en documentos acompañados al PDC y al PDC refundido. Asimismo, se contemplan capacitaciones al personal, sobre manejo de residuos.

- Acciones de prevención incluidas en los procedimientos donde se encuentran las exigencias infringidas, sin que respecto de ellos la SMA haya constatado alguna irregularidad:
 - Procedimiento seguro de trabajo para la descarga de combustible o estanques de almacenamiento Bote Semi Rígido. Es importante destacar que la SMA, incluye alguna de estas exigencias como normativa infringidas, sin embargo, ni la descripción de los hechos infraccionales ni la prueba que fundamenta la sanción, dice relación con ellas.
 - Instalación de tanque para realizar la carga de combustible a un bote semi rígido de PVC con motor fuera de borda.
 - El Patrón del Bote Semi rígido de TURISMO LAGO GREY S.A., deberá realizar las mediciones del estanque de almacenamiento para evitar derrame de combustible al interior de la embarcación.
 - Durante la faena el encargado de mantención o quien designe la empresa, deberá aproximar equipos de emergencia (extintores) ubicándolos a 3 metros de la manguera de descarga y asegurar que estén disponibles las mangas y sistemas de control de derrame acuáticos.
 - Revisar que no haya fuentes de ignición a menos de 6 metros del año de descarga y 3 metros de C/E y conectar clave a tierra
 - El encargado u operador deberá permanecer al lado de la válvula de corte para accionarla en caso de derrame, quien deberá, además, cerrar la válvula de corte, desconectar la manguera y proceder a levantarla para que escurra la totalidad del producto. Luego de ello, deberá retirar extintores y barreras y regularizar el área.
 - Procedimiento seguro de trabajo para la Transferencia de combustible de estanque de almacenamiento Bote Semi Rígido o Embarcación Grey III.

- Se debe asegurar estanque, verificando cantidad de combustible, se debe verificar tapas de escotillas y chequear niveles y volúmenes a transferir, para evitar rebose de combustible.
 - Se debe mantener arbolada la embarcación, y ubicarse protegido del viento, observando condiciones climáticas, debiendo quedar en posición para zarpar en caso de emergencia.
 - Al final, se debe verificar que se haya descargado la totalidad del producto y cerrar tapas de escotillas del estanque, retirando extintores, barreras y regularizando el área y condición de embarcación.
- Observaciones generales
- Excepto durante las operaciones de transferencia de combustible todas las válvulas de interconexión de los estanques deben estar cerradas.
 - Durante la operación de transferencia de combustibles, solamente estará abierta la válvula perteneciente al tanque que se está almacenando. En caso de transferirse el combustible entre dos tanques se abrirán solamente sus dos respectivas válvulas. Este tipo de operación deberá estar continuamente controlada.
 - Se deberán llevar anotaciones de todas las transferencias de combustibles.

Todas las actividades descritas permiten asegurar de mejor manera el efectivo control del riesgo de derrame de hidrocarburos durante la descarga de éste al Catamarán Grey III, y resultan de mayor relevancia al momento de cumplir este objetivo, que aquellas exigencias que se estiman infringidas, por lo que malamente podrían ser calificadas estas últimas como “centrales” para el cumplimiento de dicho objetivo.

En otro sentido, la SMA no acredita en su Resolución Sancionatoria, el cumplimiento de los criterios de grado de implementación de la medida y permanencia del incumplimiento, no pudiendo verificarse ello con una sola oportunidad, limitándose a señalar en sus considerandos 271 y 272 que no se había acreditado el cumplimiento de las exigencias y que la permanencia se acreditaba con un derrame puntual ocurrido en marzo de 2017.

Dicha argumentación no es admisible, porque pretende trasladar la carga de la prueba de dos de los requisitos copulativos de la calificante (grado de implementación y permanencia), que ni siquiera estaban incorporados en la formulación de cargos, por lo que es

derechamente inadmisibles. A lo anterior, se suma que la SMA, en virtud del artículo 50 de la Ley 19.300, tiene facultades para realizar diligencias destinadas a acreditar la concurrencia de las infracciones y sus calificantes, así como las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, cuestión que no ocurrió aun cuando mantuvo abierto el procedimiento sancionatorio por más de un año.

2.2. No acreditar utilización de estanque certificado.

Las exigencias que la SMA estima infringida corresponde al considerando 7 de la RCA 282/2014, a saber:

Componente/Materia: Seguridad	
Norma	D.S. N°160/2009, Reglamento de Seguridad para Instalaciones y Operaciones de Producción, Refinación, Transporte, Almacenamiento, distribución y Abastecimiento de combustibles Líquidos
Fase del Proyecto a la que aplica	Operación
Forma de cumplimiento	Se abastecerá de instalaciones certificadas ubicadas en el patio de operaciones del Hotel. El combustible será trasladado al catamarán en un estanque de 2.000 litros instalado en bote de PVC
Indicador de cumplimiento	Instalaciones de almacenamiento de combustibles aprobadas por norma.
Componente/ Materia: Río Serrano	
Norma:	D.S. N°75/ 2009, Norma de calidad del Río Serrano
Fase del Proyecto a la que aplica	Operación
Forma de cumplimiento	Se utilizará estanques fijos y portátiles certificados por la SEC para el manejo de petróleo
Indicador de Cumplimiento	Estanques fijos y portátiles con certificación de la SEC para el manejo de petróleo.

Las exigencias aquí descritas, corresponden al capítulo denominado “Plan de Cumplimiento de la Legislación Ambiental Aplicable”, en el cual se contienen las normas ambientales aplicables, describiendo la fase y la forma en que se dará cumplimiento, conforme lo exige el artículo 19 letra c) del RSEIA, identificándose- además- los permisos ambientales y ambientales sectoriales que aplican al proyecto.

La normativa ambiental aplicable, lo es tanto para proyectos sometidos al SEIA por DIA o por EIA, como aquellos proyecto o actividades, que no son susceptibles de generar efectos al medio ambiente. De ahí se sigue claramente que la calificante imputada no tiene ninguna relación con medidas establecidas en una RCA destinadas a hacerse cargo de efectos adversos, pues como hemos señalado, ellas se encuentran vinculadas a la existencia de una evaluación ambiental previa en la que se hayan reconocidos efectos adversos del artículo 11 de la Ley 19.300, esto es, que hayan ingresado por EIA.

De ahí se sigue que, siendo las exigencias que se estiman infringidas, parte del cumplimiento normativo de todo proyecto o actividad, independiente si tienen o no RCA, no corresponde entenderlas como medidas de las señaladas en el artículo 36 N°2 letra e). Ello, debido a que la misma calificante exige que las medidas incumplidas se encuentren destinadas a hacerse cargo de un efecto adverso, cuestión para la que no están consideradas las normas referidas, pudiendo demostrar esto, en el hecho de que aplican incluso, para proyectos que no son susceptibles de generar efectos adversos.

Por otro lado, y aun en el caso de que se estime que son medidas, la SMA no ha acreditado los criterios de grado de implementación de la medida ni tampoco la permanencia en el tiempo del incumplimiento, limitándose a señalar que este titular no había desacreditado estos dos criterios. Como indicamos anteriormente, esta SMA la calificación de todo el cargo 5 fue leve, lo que impidió a mi representada presentar probanzas para descartar la concurrencia de elementos que evitasen una calificación más gravosa de la infracción.

2.3. Conclusión

En la especie, la Resolución Sancionatoria no se encuentra debidamente fundada, adoleciendo de un vicio de legalidad que la hace anulable por ser esencial y causar perjuicio, concretamente al vulnerar el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA, el artículo 49 inciso final de la LO-SMA, artículo 50 inciso primero de la LO-SMA, y el artículo 19 N°3 de la

Constitución. Ello se desprende claramente de los argumentos expresados precedentemente, en los cuales, se da cuenta que:

- Que cada una de las exigencias que estima infringidas, forman parte de una DIA que se presenta a evaluación cuando un proyecto no genera efectos adversos, y ello consta en la RCA 282/2014 y 44/1998 que certifica su inexistencia. Así, además, ello queda en evidencia en el hecho de que cada una de las exigencias forman parte de acciones de prevención de riesgo o de cumplimiento de normativa (en este caso de la certificación de los estanques), que no se corresponden con la definición de mitigación establecida en el RSEIA.
- Aun en el caso que se considerará que son medidas, ellas no son centrales para hacerse cargo de efectos adversos, sino que corresponde a acciones destinadas a disminuir riesgos eventuales, existiendo- incluso- dentro de esta clasificación, acciones más eficientes y eficaces para cumplir este mismo objetivo.
- Finalmente, la SMA no acreditó la concurrencia de los criterios de grado de implementación y permanencia del incumplimiento, intentando trasladar la carga de la prueba a mi representado, aun cuando en la formulación de cargos respecto de la cual mi representado presentó descargos, no se imputó esta calificación de gravedad. A lo que se suma que, fundo estos criterios en único incumplimiento detectado, teniendo facultades para decretar diligencias que estimará necesarias para fundar debidamente este supuesto de hecho, para lo cual mantuvo abierto el procedimiento sancionatorio por más de un año.

Esta errónea calificación de la Resolución Sancionatoria, permitió que mi representada fuera multada por una suma de más de 100 UTA, cuestión que no podría haberse llevado a cabo si es que la infracción hubiera sido correctamente calificada como leve en virtud del cual debería haberse aplicado una multa de un valor sustancialmente menor.

3. Respecto del cargo 6, las exigencias que se estiman vulneradas (i) no corresponden a medidas para hacerse cargo de los efectos adversos del proyecto y; (ii) aun cuando lo fueran, el incumplimiento imputado no cumple con los criterios de centralidad, permanencia y grado de implementación exigido por la misma SMA

Para descartar la procedencia de los requisitos establecidos en este cargo, es necesario analizar detenidamente cuales son los hechos infraccionales que se imputan, qué tipo de exigencias vulneran, y cuáles son las características de estos incumplimientos en términos

de centralidad de la medida, permanencia y grado de implementación. Esto se pasa a revisar detenidamente a continuación.

En el cargo N° 6, se sanciona a mi representada por cuestiones vinculadas a la adopción de medidas de contingencia de derrame de hidrocarburos, consistentes en los siguientes hechos: (6.1) no contar en el área de mantención del hotel con los elementos y equipos para otorgar respuesta ante contingencias; (6.2) No dar aviso sobre el derrame de 20 de marzo de 2017; (6.3) no entregar registro de asistencia al último simulacro y capacitación relativo al control de derrame, las cuales no se estarían realizando con la periodicidad requerida.

La única actividad que constituye una exigencia para contener contingencias, corresponde al hecho 6.1, el resto de los hechos infraccionales (6.2 y 6.3) corresponden a incumplimientos de exigencias de reportabilidad y entrega de información que nada tienen que ver con cuestiones destinadas a hacerse cargo de una contingencia, como se pasa a revisar.

3.1. No contar en el área de mantención del hotel con elementos y equipos para otorgar respuesta ante contingencias.

La SMA estima que este hecho, infringe la siguiente exigencia contenida en el considerando 7 de la RCA 282/2014 y respuesta 1.5 de la Adenda “Transporte y Reemplazo de Embarcación Navegación Turística Lago Grey”:

Componente/Materia: Río Serrano	
Norma	I D.S. N°75/2009, Norma de calidad del Río Serrano
Fase del Proyecto	Operación [...] El Hotel (área de mantención) y el Catamarán contarán con elementos y equipos para enfrentar una contingencia o emergencia. [...] - Equipo contra derrames: materiales y equipos para el control y limpieza de derrame. Materiales: almohadillas o paño absorbente (oleofílicos e hidrofóbicos), barrera de contención. - Equipo: desnatadoras mecánicas, bombas, palas rastrillo, tinetas o tambores vacíos con tapas removibles

Indicador de Cumplimiento	<p>Registro de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Asistencia y contenidos de la inducción Ambiental seminal - Capacitación y entrenamiento - Simulacros de incidentes/accidentes - Mantenimiento de motores <p>Registro del retiro y disposición final de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Aguas de sentinas - Aguas Negras - Aceites usados de la embarcación y filtros <p>Estanques fijos portátiles con certificación de la SEC para el manejo de petróleo</p>
---------------------------	--

“se contemplan las siguientes medidas para evitar derrames de combustibles

[...]

II. Se mantendrán materiales y equipo de contención para hacer frente a contingencias, durante el proceso de recarga de combustible tales como; barreras u otros materiales absorbentes y, además, elementos de limpieza para derrame”.

Las exigencias aquí descritas forman parte del proyecto “Transporte y Reemplazo de Embarcación navegación turística Lago Grey”, sometido a evaluación ambiental por una DIA, razón por la cual estos compromisos no pueden ser entendidos como medidas para hacerse cargo de efectos adversos, conforme lo exige el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA. Por lo demás, esta exigencia, destinada a contar con equipos para contención de derrames, corresponden a una acción de contingencia o emergencia, esto es, aquella destinada a actuar únicamente para controlar una emergencia o minimizar los efectos de éstas sobre el medio ambiente.

En otro orden de ideas, aun cuando se considerara como tal, lo cierto es que la SMA no acredita cómo se configuran los criterios de permanencia en el tiempo del incumplimiento de la medida y el grado de implementación de esta, limitándose a señalar que el titular no presentó antecedentes para descartar que este fuera un incumplimiento persistente. Sin embargo, como ya hemos señalado, no corresponde a este titular acreditar o desacreditar los requisitos de la calificante, sobre todo porque éste no tuvo la oportunidad de hacerlo dada la inexistente calificación de gravedad en la formulación de cargos, lo que nuevamente

configura un vicio de legalidad (al no respetarse el principio de congruencia que debe regir en esta materia), dejando a mi representada en la más absoluta indefensión frente a esta imputación.

Finalmente, cabe hacer presente, como se expondrá en detalle más adelante, que esta parte si presentó antecedentes para dar cuenta del cumplimiento de la exigencia que se estimaba infringida, correspondientes a la compra de los equipos descritos en la misma, destinados a la contención del derrame, acompañando al procedimiento sancionador las facturas recibidas por ella. En efecto, en el PdC rechazado por la SMA constaba dicha información, en el Anexo 14 de dicho instrumento.

3.2. No entregar registro de asistencia de capacitaciones ni dar aviso a la autoridad dentro de las 24 horas siguientes.

La SMA estima que este incumplimiento infringe las exigencias del considerando 7 de la RCA 282/2014, y de la Respuesta 1.5 de la Adenda:

Componente/Materia: Río Serrano	
Norma	I D.S. Nº75/2009, Norma de calidad del Río Serrano
Fase del Proyecto	<p>Operación</p> <p>Se proyecta una inducción ambiental semanal para tripulación de la embarcación y personal de mantención del hotel que trabajará en la logística del catamarán.</p> <p>Se capacitará y entrenará a la tripulación y personal de mantención en las siguientes faenas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Transporte terrestre, en cuerpos de aguas y trasvasije (estanque terrestre - estanque portátil - catamarán) de petróleo - Manejo de sustancias peligrosas (aguas de sentina, aguas negras, lubricantes y pintura) en el Lago, playa y suelo de instalaciones o área de suministro. <p>Se contará con un Plan de Acción y Planes de Contingencias Particulares que establecerán la organización, las responsabilidades y las instancias de coordinación, además de las acciones de contención a ejecutar ante una situación de emergencia o contingencia ambiental y medidas de restauración del componente ambiental afectado.</p>

	<p>El Hotel (área de mantención) y el Catamarán contarán con elementos y equipos para enfrentar una contingencia o emergencia.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Protección contra incendios: extinguidores de incendios portátiles y empotrados con certificación al día. - Equipo contra derrames: materiales y equipos para el control y limpieza de derrame. Materiales: almohadillas o paño absorbente (oleofilicos e hidrofóbicos), barrera de contención. - Equipo: desnatadoras mecánicas, bombas, palas rastrillo, tinetas o tambores vacíos con tapas removibles - Se efectuará periódicamente simulacros de incidentes/accidentes que permitirán verificar la aplicabilidad de los procedimientos y efectuar el control sobre los tiempos de respuestas con las medidas propuestas. <p>Se utilizará estanques fijos y portátiles certificados por la SEC para el manejo de petróleo.</p>
<p>Indicador de Cumplimiento</p>	<p>Registro de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Asistencia y contenidos de la inducción Ambiental seminal - Capacitación y entrenamiento - Simulacros de incidentes/accidentes - Mantenimiento de motores <p>Registro del retiro y disposición final de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Aguas de sentinas - Aguas Negras - Aceites usados de la embarcación y filtros <p>Estanques fijos portátiles con certificación de la SEC para el manejo de petróleo</p>

“[...] la activación del plan de contingencias y emergencias- derrame de hidrocarburos e incendios será comunicado a la Superintendencia del medio Ambiente (SMA) dentro de la primeras 24 horas, a contar de ocurrido el incidente, mediante un aviso telefónico y respaldo vía correo electrónico” (Adenda, Respuesta 1.5).

Como se indicó, estas exigencias corresponden a acciones vinculadas a la reportabilidad de la contingencia y a los requerimientos de información de la SMA, es decir, acciones administrativas que no tienen por objeto hacerse cargo de un efecto adverso del proyecto, sino que poner en conocimiento a la autoridad de una contingencia, o dar respuesta a la misma respecto a algún requerimiento. No está demás decir que dichas medidas se encuentran descritas en una DIA por lo que la naturaleza de estas acciones, no es equiparable a la aquellas cuyo incumplimiento grave se califica conforme al artículo 36 N°2 de la LO-SMA.

Finalmente, respecto al grado de implementación de la medida y de permanencia en el tiempo del incumplimiento, ello no se encuentra acreditado por la SMA, sin perjuicio de lo cual, esta parte dio aviso a la autoridad de la contingencia de manera tardía, y presentó documentos para acreditar la existencia de las capacitaciones.

3.3. Conclusión

En la especie, la Resolución Sancionatoria no se encuentra debidamente fundada, adoleciendo de un vicio de legalidad que la hace anulable por ser esencial y causar perjuicio, concretamente al vulnerar el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA, el artículo 49 inciso final de la LO-SMA, artículo 50 inciso primero de la LO-SMA, y el artículo 19 N°3 de la Constitución. Ello se desprende claramente de los argumentos expresados precedentemente, en los cuales, se da cuenta que:

- Que cada una de las exigencias que estiman infringidas en el cargo 6, forman parte de una DIA, que se presenta a evaluación ambiental cuando un proyecto no genera efectos adversos, y ello consta en la RCA 282/2014 que certifica su inexistencia. Así, además, ello queda en evidencia en el hecho de que cada una de las exigencias forman parte de acciones de contingencia, y acciones vinculadas a la reportabilidad y respuesta a requerimientos de la autoridad. Por ello, no se corresponden con la definición de mitigación establecida en el RSEIA.
- Aun en el caso que se considerará que son medidas, ellas no son centrales para hacerse cargo de efectos adversos, sino que corresponden a acciones destinadas a disminuir riesgos eventuales, existiendo- incluso- dentro de esta clasificación, acciones más eficientes y eficaces para cumplir este mismo objetivo.
- Finalmente, la SMA no acreditó la concurrencia de los criterios de grado de implementación y permanencia del incumplimiento, intentando trasladar la carga

de la prueba a mi representada, aun cuando en la formulación de cargos respecto de la cual se presentaron descargos, no se imputó esta calificación de gravedad. Por ello, al intentar calificar en esta oportunidad la infracción como grave, se vulnera el principio de congruencia que debe regir en materia sancionatoria, y, consecuentemente, la garantía de debido proceso de la cual es titular mi representada, al dejársele en la indefensión frente a dicha calificante.

Esta errónea calificación de la Resolución Sancionatoria, permitió que mi representada fuera multada por una suma de más de 300 UTA, cuestión que no podría haberse llevado a cabo si es que la infracción hubiera sido correctamente calificada como leve en virtud del cual debería haberse aplicado una multa de un valor sustancialmente menor.

VI. LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA HA IMPUESTO UNA MULTA CLARAMENTE DESPROPORCIONAL, NO CONSIDERANDO PARA EL CASO, LA CIRCUNSTANCIA DE CAPACIDAD DE PAGO, NI TAMPOCO LAS MEDIDAS CORRECTIVAS IMPLEMENTADAS POR MI REPRESENTADA PARA LOS CARGOS 5 Y 6

- 1. La sanción impuesta por Resolución Sancionatoria, es desproporcional, al no considerar la capacidad de pago del infractor al momento de graduar el quantum de la multa.**

En lo que respecta a la aplicación de la circunstancia contenida en la letra f) del artículo 40 de la LO-SMA, relativa a capacidad económica del infractor, es del caso señalar que la Resolución Sancionatoria vulnera el principio de proporcionalidad al aplicar solo el criterio “*tamaño de la empresa*”, omitiendo aquel relativo a la “*capacidad de pago*”. Lo anterior atenta contra el concepto mismo de capacidad económica, precisado tanto en la Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2017) como en otros procedimientos de sanción seguidos ante la SMA, de acuerdo a los cuales debe atender a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el incumplimiento con el objeto de evitar imponer una carga desproporcionada a una entidad que no pueda soportarla.

En este sentido, la Resolución Sancionatoria no ha considerado en la aplicación de la circunstancia de capacidad económica la realidad financiera en que está inmersa la empresa en la actualidad, por lo que ello debe ser subsanado en esta sede, considerándose para los efectos de determinar el monto total de las sanciones aplicables. En efecto, de acuerdo con

lo dispuesto en el artículo 40 letra f) de la LO-SMA, para la determinación de las sanciones específicas, se considerará, entre otras circunstancias, la capacidad económica del infractor.

Para estos efectos, de acuerdo con la guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA (2017), la capacidad económica se determina en base a dos componentes: el tamaño de la empresa y la capacidad de pago. El primero, corresponde a un criterio objetivo que se obtiene a partir de dos circunstancias: (i) la cantidad de ventas reportadas en los Estados Financieros, y; (ii) a partir de la clasificación de empresa realizada por el Servicio de Impuestos Internos (“SII”)

Por su parte, la capacidad de pago, se define como *“la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas por el caso bajo análisis”*¹¹. En esta línea, la misma SMA ha sostenido que la determinación de la capacidad de pago se debe definir en base a la situación financiera específica del infractor al momento de determinarse la multa¹². De hecho, y aún más, la SMA ha indicado que la capacidad de pago corresponde a la capacidad de pago del conjunto de las sanciones pecuniarias que corresponde aplicar¹³.

Lo anterior es relevante desde el punto de vista del fundamento por el cual se considera la capacidad económica dentro de los componentes para determinar las sanciones, debido a que su uso se sustenta en la necesidad de establecer una relación de proporcionalidad entre las sanciones y la situación financiera de la empresa que redundará en la aplicación de principios de equidad y justicia. En este sentido, el Segundo Tribunal Ambiental se ha pronunciado respecto del objetivo que tiene la circunstancia establecida en la letra f) del artículo 40 de la LO-SMA, estableciendo que su fin es asegurar que exista proporcionalidad entre el monto de la multa y la capacidad económica concreta del infractor¹⁴.

¹¹ SMA. Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2017).

¹² Res. Ex. SMA N°122/2019, de 25 de enero de 2019, considerando 334 (dictada en procedimiento Rol D-029-2018). En el mismo sentido, las resoluciones sancionatorias de los procedimientos; Rol F-036-2017 (Res. Ex. N°512/2018 de 03 de mayo de 2018, considerando 70); Rol D-026-2017 (Res. Ex. N°120/2017 de 30 de enero de 2018, considerando 278); Rol A-002-2013 (Res. Ex. N°72/2018, de 17 de enero de 2018, considerando 267), Rol F-010-2013 (Res. Ex. N°765/2013, de 29 de julio de 2013, considerando 91), Rol F-002-2013 (Res. Ex. N°821/2013, de 13 de agosto de 2013, considerando 66), D-001-2013. (Res. Ex. N°826/2013, de 14 de agosto de 2013, considerando 59).

¹³ SMA. Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2017), p. 74. En el mismo sentido, Res. Ex. N° 1339 de 27 de noviembre de 2013 dictada en proceso de sanción seguido en contra de ENAP Refinería S.A y, Res. Ex. N° 198 de 18.03.2015, que resolvió proceso de sanción en contra de SCM Minera Lumina Copper Chile.

¹⁴ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-48-2014, Agrícola el Sol de Copiapó Limitada y otra en contra de la SMA (Res. N° 1223, de 23 de septiembre de 2014). Considerando octogésimo noveno.

En concreto, la Resolución Sancionatoria únicamente ponderó el factor de tamaño de la empresa, en base a información proporcionada por el SII. Sin embargo, omitió hacer cualquier pronunciamiento sobre la capacidad de pago de mi representada.

Así, resulta relevante retomar las ideas relacionadas con el fundamento de la capacidad económica como circunstancia que permite reducir la multa aplicada. El uso de esta circunstancia, se relaciona con una lógica de proporcionalidad entre la determinación de las sanciones y la situación financiera de los infractores, impidiendo, de esta manera, que la SMA adopte decisiones ajenas a los principios de equidad y de eficacia de la sanción.

En este sentido, la misma SMA ha señalado que la capacidad económica atiende a dos criterios, la equidad y la eficacia de la sanción¹⁵. De acuerdo con ello, la equidad dice relación con que no debiera ser igualmente reprochable la conducta de una determinada empresa solvente, con altos capitales y recursos de apoyo, que la conducta de una empresa, con deudas considerables y, la eficacia de la sanción, dice relación con la capacidad de cumplir con la sanción impuesta, pues resultaría tremendamente inútil y desproporcionado imponer una sanción de multa elevada a empresas que no tiene recursos económicos para cumplir con ella.

De este modo, solicito a usted considerar que, para la determinación de la capacidad económica de mi representada, la SMA limitó su análisis únicamente al tamaño de la empresa, sin considerar su capacidad de pago, de tal forma que las sanciones a aplicar fueron desproporcionadas y no se ajustaron a la situación financiera actual de mi representada, cometiéndose consecuentemente un vicio de proporcionalidad que debe ser subsanado en esta sede.

Por tanto, solicito a Ud. ordenar a la SMA considerar la aplicación de esta circunstancia para disminuir el monto total de las sanciones aplicadas.

2. La sanción impuesta por Resolución Sancionatoria, es desproporcional, al no considerar las medidas correctivas para graduar la multa de los cargos 5 y 6.

Por otro lado, es del caso considerar que respecto a los cargos N°5 y 6, la SMA no ponderó las medidas correctivas adoptadas por la empresa. En efecto, como puede observarse de los considerandos 526 y siguientes de la Resolución Sancionatoria, únicamente se

¹⁵ Res. Ex. SMA N°1051, de 30 de septiembre de 2013, Rol F-009-2013, página 11.

consideró, respecto del cargo N°5, la acreditación de compra de un nuevo estanque de almacenamiento de petróleo para los procesos de carga de combustible, y su certificación¹⁶. Respecto del cargo N°6, no se consideró ninguna medida correctiva concurrente.

Sin embargo, como consta en el presente proceso, en los antecedentes presentados en las versiones rechazadas de PdC, respecto del Cargo N°5, la empresa elaboró un protocolo de carguío de combustibles, el que fue entregado a todos los trabajadores involucrados en dicho proceso, y que establece las responsabilidades aplicables, así como los procedimientos y planificaciones del caso. Además, se estableció la obligatoriedad de llevar registro de la carga, detallándose litros cargados, envases cargados y responsable de la operación, a través de una ficha. Sin embargo, estos antecedentes no se ponderaron por la autoridad al aplicar esta circunstancia. Una copia del señalado protocolo se adjunta a esta presentación.

Por otra parte, en relación al cargo N°6, la empresa acreditó la adquisición de un stock de implementos de control de derrames, en el área de bodegas del Hotel, los cuales consisten en mangas dispersantes, aserrín, entre otros, asegurando además que dicha compra se realizaría todas las temporadas. Nuevamente, esta situación no fue ponderada por la autoridad al momento de graduar la multa aplicada. Adjunto a esta presentación, se acompañan los antecedentes que dan cuenta de dichas adquisiciones.

Por otro lado, mi representada actualizó y validó ante la autoridad marítima una nueva versión del Plan de Emergencia a bordo de contaminación del mar por hidrocarburos, sus derivados y otras sustancias líquidas, respecto al Catamarán Grey III. En efecto, mediante Ord. N°12600/101/VRS, de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (“DIRECTEMAR”), de fecha 17 de enero de 2019, cuya copia simple se adjunta a esta presentación, dicha autoridad aprobó el señalado Plan de Emergencia, que contiene los lineamientos básicos recomendados por la Organización Marítima Internacional y la propia DIRECTEMAR, para asegurar una respuesta oportuna y efectiva ante la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos. Sin embargo, este antecedente tampoco se tuvo presente por la SMA al momento de dictar la Resolución Sancionatoria, como factor de disminución del componente de afectación, al haberse adoptado medidas correctivas.

¹⁶ El estanque fue autorizado por la SEC, mediante Res. Ex. N°11789/2016 de dicho órgano.

En este sentido, es de relevancia destacar que la correcta aplicación de los factores de graduación de las sanciones aplicables, contenidos en el artículo 40 de la LO-SMA, precisamente vienen a concretizar el mandato constitucional de aplicación de sanciones proporcionales a las circunstancias fácticas de cada caso. Por ende, una incorrecta factorización de la sanción específica conlleva una infracción del principio de proporcionalidad, que debe ser subsanado en los presentes autos.

En efecto, el principio de proporcionalidad que tiene que regir entre infracciones y sanciones aplicadas funciona *“como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo”*¹⁷. Pues bien, es del caso apreciar que, en el presente procedimiento, dado que se ha aplicado a mi representada una sanción desproporcionada a la infracción imputada, lo cual redundaría en una infracción del señalado principio de proporcionalidad, la resolución debe ser enmendada por vuestra autoridad.

POR TANTO,

A S.S. ILUSTRE SOLICITO: Tener por interpuesta reclamación de legalidad en contra de las siguientes Resoluciones Exentas: **Resolución Exenta 1358/2019** mediante la cual la Superintendencia del Medio Ambiente puso término al procedimiento de sanción Rol D-065-2018 sancionando a **TURISMO LAGO GREY S.A.**, y en contra de la **Resolución Exenta N° 1745/2019** que rechaza en todas sus partes el recurso de reposición interpuesto por mi representada en contra de la Resolución Sancionatoria, dándole tramitación legal, y en definitiva resuelva acogerlo en todas sus partes, declarando que las Resoluciones Reclamadas no se ajustan a la normativa vigente y, en consecuencia:

1. Que se dejen sin efecto la Resolución Exenta N°1358 de fecha 25 de septiembre de 2019 y la Resolución Exenta N° 1745 de 9 de diciembre de 2019, en los términos solicitados en el cuerpo de esta presentación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 20.600.
2. Que se ordene a la SMA a retrotraer el procedimiento administrativo sancionador a la etapa previa al cierre de la investigación, a efectos de reformular los cargos

¹⁷ CORDERO Quinzacara, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno. Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), N° XLII, 2014, p. 425.

efectuados, momento en el cual comenzarán a correr el plazo para para ejercer los derechos a presentar Programa de Cumplimiento o formular descargos, según lo dispuesto en los artículos 42 y 49 de la LO-SMA.

3. En subsidio de las peticiones 1 y 2 precedentes:

- Respecto del cargo N°2, que se modifique la calificación de la infracción de grave a leve, por no concurrir los criterios de gravedad invocados; y por la concurrencia de circunstancias que permiten disminuir la sanción, aplicándose la mínima sanción procedente en derecho.
- Respecto del cargo N°5, que se modifique la calificación de la infracción de grave a leve, por no concurrir los criterios de gravedad invocados; y por la concurrencia de circunstancias que permiten disminuir la sanción, aplicándose la mínima sanción procedente en derecho.
- Respecto del cargo N°6, que se modifique la calificación de la infracción de grave a leve, por no concurrir los criterios de gravedad invocados; y por la concurrencia de circunstancias que permiten disminuir la sanción, aplicándose la mínima sanción procedente en derecho.

4. En subsidio de lo solicitado en el punto 3 que se declare la ilegalidad de las Resoluciones Reclamadas en este acto, disponiéndose las medidas de corrección del procedimiento que S.S. Ilustre estime aplicables.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a S.S. Ilustre tener por acompañados los siguientes documentos a la presente reclamación:

1. Copia autorizada con firme electrónica avanzada de la escritura pública suscrita en la Tercera Notaría de Punta Arenas, donde consta mi personería para actuar en representación de Turismo Grey S.A.
2. Res. Ex. N°1/Rol D-067-2017 de fecha 29 de agosto de 2017 en la que consta la Formulación de cargo del expediente sancionatorio D-067-2019, seguido contra Sociedad de Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA.
3. Res. Ex. N°4/Rol D-067-2017 de fecha 21 de febrero de 2018, en la que consta la Reformulación de cargos en contra de la Sociedad de Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA.

4. Carta de fecha 22 de diciembre de 2011 dirigida al SEA Región de Magallanes y la Antártica Chilena, donde consta la pertinencia de ingreso para cambiar el estanque de 30.000 litros por uno de 20.000 litros y su memoria técnica.
5. Carta de fecha 08 de febrero de 2012 dirigida al SEA Región de Magallanes y la Antártica Chilena, en las que se da respuesta a consultas de Seremi de Salud y SEA respecto a la consulta de pertinencia presentada.
6. Ordinario 091 de 5 de marzo de 2012 del SEA de la Región de Magallanes y la Antártica chilena.
7. Res. Ex. N°77 de 14 de marzo de 2012 de la Seremi de Salud que aprueba el proyecto, instalación y funcionamiento de la PTAS.
8. Declaración de impacto ambiental del proyecto “Ampliación Hotel Lago Grey, Modificación y Mejoramiento de Servicios Básicos”, en la que consta que el estanque ecualizador, junto a otros, se incluyó de manera original en el proyecto, diferenciándose del estanque de 30.000 litros, que se incluyó posteriormente en Adenda Complementaria a petición de la Seremi de Salud por Ord. 46/2010.
9. Adenda complementaria proyecto “Ampliación Hotel Lago Grey, Modificación y Mejoramiento de Servicios Básicos”, donde consta la inclusión del estanque de 30.000 litros.
10. Copia simple del Protocolo de carguío de combustibles elaborado por la empresa, para el Catamarán Grey III.
11. Set fotográfico de la bodega del Hotel donde se encuentran acopiados los materiales comprados para contingencias de derrames de hidrocarburos.
12. Factura electrónica N°00399750 de 18 de mayo de 2017, emitida por la empresa Gandara Chile S.A., donde consta la adquisición de 3 unidades de barreras contenedoras de derrames.
13. Factura electrónica N°160872, emitida por la empresa Comercial Arancibia Tagle y Compañía Limitada, donde consta la adquisición dispersante de petróleo.
14. Ord. N°12600/101/VRS, de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, de fecha 17 de enero de 2019, que aprueba el Plan de Emergencia a bordo de contaminación del mar por hidrocarburos, sus derivados y otras sustancias líquidas, relativo al Catamarán Grey III.
15. Plan de emergencia a bordo en caso de contaminación del mar por hidrocarburos, sus derivados u otras sustancias nocivas líquidas, elaborado por Turismo Lago Grey S.A., para el Catamarán Grey III, de noviembre de 2018, que corresponde al aprobado por la DIRECTEMAR en el ordinario acompañado en el número anterior.

16. Resolución Exenta N°1/Rol D-065-2018 de fecha 05 de julio de 2018 de la SMA, en virtud de la cual se formularon cargo de mi representada.
17. Resolución Exenta N°1358 de fecha 25 de septiembre de 2019 de la SMA, en virtud de la cual se sancionó a mi representada.
18. Resolución Exenta N°1745 de fecha 06 de diciembre de 2019 de la SMA, en virtud de la cual se rechazó el recurso de reposición impetrado por mi representada.
19. Registro de seguimiento de correos de chile de la carta N°1180851705831, en virtud de la cual se notificó la Res. Ex. N°1745/2019 que rechaza la reposición presentada por mi representada contra la Resolución Sancionatoria.

POR TANTO,

A S.S. ILUSTRE SOLICITO: tenerlos por acompañados.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a S.S. Ilustre que, en ejercicio del derecho que nos concede el artículo 22 de la Ley 20.600, solicitamos que las resoluciones dictadas en este procedimiento nos sean notificadas a los siguientes correos electrónicos: portiz@vgcabogados.cl y curbina@vgcabogados.cl.

POR TANTO,

A S.S. ILUSTRE SOLICITO: acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSÍ: A S.S. Ilustre solicito tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocinaré el presente reclamo, asumiendo además el poder conferido en la copia de escritura pública en que consta mi personería para actuar en representación de **TURISMO GREY S.A.**, acompañada en el N° 1 del primer otrosí de esta presentación.

POR TANTO,

A S.S. ILUSTRE SOLICITO: tener presente el patrocinio y poder.

**PABLO
EDUARDO
ORTIZ
CHAMORRO**

Firmado
digitalmente por
PABLO EDUARDO
ORTIZ CHAMORRO
Fecha: 2019.12.30
21:03:14 -03'00'