

MAT.: Acompaña informe en derecho.

ANT.: Recurso de Reposición por rechazo de Programa de Cumplimiento Refundido, **CES Melchor 4**.

REF.: Expediente Sancionatorio Rol N°A-008-2023.

Puerto Varas, 31 de enero de 2025

Sr. Daniel Garcés Paredes

Jefe División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Presente

De mi consideración:

José Luis Fuenzalida Rodríguez, en representación de **AUSTRALIS MAR S.A.** (“Australis”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Decher 161, Puerto Varas, Región de los Lagos, en procedimiento sancionatorio Rol N°A-008-2023, al Sr. Fiscal Instructor, respetuosamente digo:

Que, en este acto, vengo en acompañar al expediente el Informe en Derecho, titulado “EFICACIA COMO REQUISITO DE APROBACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL CONTEXTO DE UNA AUTODENUNCIA Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA”, de autoría de don Iván Hunter Ampuero, abogado, Doctor en Derecho, Profesor Regulaciones Ambientales y de los Recursos Naturales y Exministro Titular Abogado del Tercer Tribunal Ambiental entre los años 2017 y 2023 (“Informe”).

El Informe analiza como puntos de derecho “Determinar cómo debería realizarse la interpretación de las normas que regulan los PdC especialmente el requisito de eficacia, considerando los objetivos y finalidades de los incentivos al cumplimiento” y “Definir si se vulneran los principios de confianza legítima e igualdad al no observarse por la SMA los criterios de eficacia utilizados en los casos anteriores y similares”.

Para este efecto, el Informe desarrolla el análisis (a) dando cuenta de las circunstancias fácticas consideradas, dentro de las que se incorporarán las razones esgrimidas por la SMA en las Resoluciones Recurridas para rechazar los PdC; (b) haciendo referencia a la importancia de los Incentivos al Cumplimiento en el contexto del artículo 2º de la Ley N° 20.417; (c) analizando la Autodenuncia como un tipo o clase de herramienta que se orienta a fomentar el cumplimiento de las normas ambientales, y especialmente sus ventajas como instrumento de política pública y con relación a los PdC que no provienen de dicho instrumento; (d) examinando el requisito de eficacia y cómo un ejercicio adecuado, razonable y proporcional de la discrecionalidad permite sostener la legalidad de la propuesta del titular; y por último, (e) dando cuenta de las razones por las que la SMA debe observar y respetar los precedentes en base a la confianza legítima y el principio de igualdad.

En lo que respecta a la materia objeto de este procedimiento sancionatorio, entre otras consideraciones, en lo que respecta a la Autodenuncia como uno de los Instrumentos de Incentivo al Cumplimiento de la Ley N°20.417, el Informe razona:

“Lo anteriormente señalado implica, a mi entender, la necesidad de una interpretación normativa sistemática que permita y promueva la autodenuncia como un mecanismo legítimo y eficaz de incentivo al cumplimiento ambiental. Esta interpretación debe hacer factible y atractiva la autodenuncia para los regulados, de modo que puedan acceder a ella con ventajas claras y sustanciales en comparación con quienes no optan por este camino y, ante su incumplimiento, optan por silenciar y ser detectados por la autoridad. Dichas ventajas no solo deben reflejarse en la reducción de eventuales sanciones pecuniarias o la flexibilización de medidas correctivas (porque ahí no habría diferencia con los PdC), sino también en un reconocimiento explícito de la conducta proactiva del regulado, evidenciada en su disposición a colaborar sustantivamente en la investigación, asumir tempranamente la responsabilidad y corregir el incumplimiento.

En este contexto, la normativa debe ser comprendida y aplicada de manera que quienes opten por autodenunciarse puedan acceder a incentivos proporcionales y jurídicamente factibles como la flexibilización de las medidas o acciones para la regularización de la infracción y de sus efectos, siempre en función de la gravedad del incumplimiento y del nivel de cooperación mostrado.

Una interpretación coherente con el principio de proporcionalidad debe garantizar que la autoridad examine el PdC que se presenta en una autodenuncia de manera diferenciada a aquél presentado ante la sola formulación de cargos, reservando los mayores beneficios para quienes actúan de forma espontánea y de buena fe.

De igual forma, la optimización de los recursos y tiempos mediante un diseño equilibrado de beneficios ligados a la autodenuncia permitiría a la SMA focalizar sus esfuerzos institucionales en aquellos sectores que estima más relevantes de fiscalización, evitando situaciones como el archivo de denuncias prescritas de la infracción, la imposibilidad de continuar con el procedimiento sancionatorio o inactividad frente a denuncias.

En definitiva, promover la autodenuncia mediante una interpretación normativa sistemática y favorable no solo contribuye al cumplimiento de los objetivos de protección ambiental, sino que además fortalece la seguridad jurídica y fomenta una cultura de cumplimiento continuo, donde los regulados perciban ventajas tangibles al optar por conductas colaborativas y transparentes frente a la administración ambiental”.

En lo que respecta al cumplimiento del Requisito de Eficacia, entre otras consideraciones, desarrolla el siguiente análisis:

“En la especie, se aprecia que la SMA considera que la medida de compensar en otro CES, que también es infractor, y que se encuentra en el mismo ecosistema, no es eficaz, dado que el área de impacto de la infracción no se superpone con el área de influencia del CES compensador.

En tal decisión, sin embargo, hay tres cuestiones relevantes en los que se detecta una falta de razonabilidad:

- a) *La eficacia no es un concepto absoluto ni de cumplimiento binario. La eficacia de una acción o medida no es algo que pueda decidirse siempre -y en todo caso-, como una dicotomía entre todo o nada, esto es, entre se cumple o no. Más bien, la eficacia es un atributo que puede medirse en grados, dependiendo de qué tan bien se cumplen los objetivos previstos y en qué forma se logran satisfacer los diferentes intereses generales involucrados. Este carácter gradual de la eficacia es lo que habilita y justifica que la autoridad ajuste sus decisiones a las particularidades de cada caso. Así, una medida administrativa puede ser más o menos*

eficaz dependiendo del contexto en la que se aplique. Por ejemplo, en un PdC la eficacia puede variar según la capacidad técnica del infractor para implementar las medidas, la intensidad de los efectos causados, las características del ecosistema afectado y los propósitos que la autoridad quiera conseguir con su aprobación.

En síntesis, la eficacia (y la integridad en su segundo aspecto asociado a los efectos de la infracción) como requisito de aprobación de un PdC es gradual porque depende de factores contextuales, técnicos, sociales y económicos que varían en cada caso, así como del balance entre objetivos, costos y beneficios. Este carácter no binario habilita a la Administración para ejercer su discrecionalidad, seleccionando las medidas más adecuadas para maximizar la eficacia en la consecución del interés general. De esta manera, la discrecionalidad se convierte en una herramienta indispensable para garantizar una gestión administrativa proporcional y razonable.

- b) *Exigir que los efectos del incumplimiento solo se compensen en el mismo CES infractor, no resulta razonable en el contexto de un PdC que se genera como fruto de una autodenuncia que presenta las características de la Australis Mar S.A., que no se presenta respecto de una Unidad Fiscalizable sino de 33 CES, en una política de cumplimiento de la empresa y en un mismo momento, considerando adicionalmente el impacto positivo que puede generar en un sector económico con alto índices de sobreproducción. Por el contrario, ello demuestra una actitud de inflexión y visión antagonista que intenta horquillar al autodenunciante hacia la sanción. Los incentivos al cumplimiento como sustitutos de la sanción requieren de un cierto margen de adaptación.*

En razón de lo dicho, es exigible a la SMA -como una manifestación de la razonabilidad- una flexibilización de los criterios de aprobación de PdC, los que, sin llegar a desnaturalizar su finalidad, permitan cumplir su función de incentivo. La jurisprudencia ha indicado al efecto:

“(...) los PdC son mucho más un medio para alcanzar el cumplimiento que un fin en sí mismos, cuya flexibilidad inherente permite incluir en ellos una mirada de permisos y autorizaciones que se califiquen como pendientes de obtención. En otras palabras, la ley ofrece esta flexibilidad a los regulados pues no sólo valora, sino que promueve decididamente que éstos retornen a un estadio de cumplimiento, aun asumiendo los costos que ello significa”¹.

En este sentido, una medida puede considerarse eficaz incluso cuando no represente el máximo beneficio ambiental inmediato, siempre que contribuya de manera significativa a la obtención de resultados positivos a largo plazo o al logro de objetivos ambientales mediatos (como las mejoras en los sistemas de operación del CES que se traducirán en un cumplimiento de la normativa ambiental), favoreciendo así un equilibrio entre la protección del entorno y la viabilidad de las acciones comprometidas.

Ahora bien, cuando la autoridad ambiental exige que la compensación se lleve a cabo exclusivamente dentro del área específica directamente impactada por el incumplimiento, está aplicando un estándar de eficacia ambiental tan elevado que torna la exigencia en desproporcionada e irrazonable en relación con la naturaleza propia del instrumento de incentivo. Tal como se ha indicado, la autodenuncia tiene por objeto promover la colaboración del regulado con la autoridad y facilitar la pronta corrección de conductas infractoras, a través del cese inmediato de la infracción y las medidas o acciones de cumplimiento normativo y mitigación o eliminación de efectos, lo que implica necesariamente un balance entre la mejora ambiental y la efectividad del incentivo.

¹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, de 3 de noviembre de 2021, R-183-2018, “Birke Abaroa Maite con Superintendencia del Medio Ambiente”.

Así, la eficacia de la compensación no debe ser interpretada de forma absoluta o maximalista, sino en función de la finalidad del instrumento: estimular la regularización temprana y la adopción de medidas de mitigación o eliminación de efectos adecuadas, aunque no sean las más óptimas con tal que aseguren una mejora ambiental real y verificable. En este contexto, la compensación en un CES del mismo ecosistema (canal, fiordo o cuerpo de agua) y con condiciones ambientales equivalentes resulta razonable, cumpliendo con los principios de proporcionalidad y eficacia sin desvirtuar el objetivo preventivo y correctivo de la autodenuncia.

- c) *De igual forma, si bien es cierto que ni la LOSMA ni el DS N° 30/2012 contemplan procedimientos y criterios diferentes para la aprobación de los PdC en razón a la entidad de las infracciones y el instrumento de incentivo realizado, ello no significa que no pueda reconocerse esa posibilidad. Pretender que la SMA no ejerce discrecionalidad cuando examina y determina la eficacia de una medida de un PdC es incorrecto. Tal como lo indicamos, la eficacia de una acción es posible medirla o ponderarla en grados. Una medida puede tener un grado muy alto de eficacia, otra un grado medio y/o baja eficacia. La elección de estas alternativas depende de un uso razonable y justificado de la discrecionalidad, y en el amparo en la consecución del interés público.*

Esto se traduce, en términos sencillos, que es jurídicamente posible que la autoridad mantenga criterios de aprobación diferentes de los PdC cuando estos provienen de una autodenuncia con un caso con las singularidades de este, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad o la legalidad. Por eso cuando la SMA afirma que se vulnera la legalidad o dicho principio no está en lo correcto.

Para comprender cabalmente lo anterior, es necesario distinguir entre los requisitos y los criterios de aprobación de un PdC, y cómo la discrecionalidad administrativa se vincula con estos últimos.

Los requisitos de aprobación de un PdC están establecidos de forma general y objetiva en el artículo 8º y siguientes del DS N° 30/2012. Estos son normas de cumplimiento general, inamovibles y predefinidas reglamentariamente, lo que implica que la SMA no tiene margen para modificarlos, ya que forman parte del marco reglado que rigen estos instrumentos.

En cambio, los criterios de aprobación no están establecidos expresamente, sino que dependen del contexto específico de cada caso, permitiendo a la SMA ejercer discrecionalidad en su aplicación. Estos criterios pueden incluir la gravedad de la infracción y el nivel de afectación ambiental, la naturaleza y antecedentes del infractor (por ejemplo, autodenuncia versus infracción detectada en fiscalización) y la evaluación de la factibilidad técnica y temporal de las medidas. Los criterios, por lo tanto, al complementar los requisitos de aprobación permiten un análisis más flexible y adecuado a las circunstancias particulares del caso. Esto es, los PdC deben ser suscritos de buena fe con el propósito real de ser ejecutados, lo que exige adoptar decisiones responsables, que permitan la operación de la empresa en concordancia con la protección ambiental.

Conforme lo indicado, al ser la autodenuncia un mecanismo que incentiva la colaboración del infractor con la SMA permite justificar que al ponderar el PdC se consideren criterios más favorables o flexibles como reconocimiento al acto de colaboración, al cese voluntario e inmediato del incumplimiento y de los efectos ambientales. En una autodenuncia, la SMA podría priorizar criterios como la rapidez en la implementación de medidas correctivas, el enfoque preventivo de las medidas para evitar reincidencias y la incorporación de compromisos adicionales no exigidos en contextos normales, como capacitaciones ambientales o auditorías externas voluntarias.

Además, tal como se ha indicado, la proporcionalidad exige considerar la conducta colaborativa del infractor al momento de evaluar la suficiencia de las medidas presentadas. Aplicar los mismos criterios de forma rígida a un infractor que se autodenuncia y a uno que no lo hace podría desincentivar la cooperación con la autoridad ambiental.

Finalmente, el principio de igualdad también respalda esta diferenciación. Tratar igual a quienes se autodenuncian y a los que no lo hacen podría vulnerar el principio de igualdad al omitir la conducta proactiva del infractor en la evaluación del PdC. Una diferenciación de criterios se justifica cuando se basa en razones objetivas y verificables, como la disposición a colaborar y remediar los efectos de manera temprana”.

En conclusión, los requisitos de aprobación son estáticos y establecidos normativamente en el DS N° 30/2012, mientras que los criterios permiten una ponderación contextual. En el contexto de una autodenuncia, la SMA puede legítimamente aplicar criterios de aprobación diferenciados sin vulnerar los principios de legalidad e igualdad, dado que la discrecionalidad está orientada a garantizar una evaluación razonada y proporcional al contexto del caso. La clave es que estos criterios sigan siendo objetivos, motivados y alineados con la finalidad ambiental del PdC: la corrección efectiva de los efectos y la prevención de futuros incumplimientos.

Ahora bien, y dado que la eficacia se puede medir en grados y que la autoridad debe operar en términos de razonabilidad, la pregunta relevante es definir qué criterios debiesen considerarse para compensar en otro CES, diferente al infractor. Estos criterios operan como condiciones del cumplimiento del requisito de eficacia y exigencia de proporcionalidad en la actividad administrativa, y deben permitir que el instrumento cumpla su finalidad esencial”.

A su vez, respecto de como se ha **vulnerado el Principio de Confianza Legítima** y del agravio generado a Australis, entre otras consideraciones, el Informe concluye:

“Por esta razón, Australis incluyó un esquema de compensación tanto en la Autodenuncia como en la respuesta al requerimiento de información formulado antes de que esta fuera declarada admisible, y de la formularon cargos. Sin embargo, el cambio inesperado de criterio por parte de la SMA, basado en motivos no claramente explicados, ha colocado a Australis en una situación mucho más desfavorable que si no hubiese presentado la Autodenuncia y simplemente hubiera esperado a que la SMA detectara los incumplimientos por sus propios medios, como aparentemente han hecho algunos de sus competidores en un lapso de varios años”.

Finalmente, el Informe **concluye respecto de los puntos de derecho** pertinentes para la resolución de este procedimiento recursivo:

1. *Los incentivos al cumplimiento, como los PdC y la autodenuncia, representan un cambio de paradigma en la regulación ambiental, promoviendo la colaboración entre regulados y autoridades. Estos mecanismos no solo buscan restablecer la legalidad tras una infracción, sino también pretenden reducir o eliminar los efectos ambientales generados, contribuyendo a la satisfacción del interés general y a la protección de los ecosistemas. El enfoque de estos instrumentos prioriza la prevención, corrección y mitigación de efectos adversos sobre el medio ambiente, en lugar de centrarse únicamente en sanciones que solo contribuyen a castigar.*
2. *La eficacia, como criterio para la aprobación de los PdC, no debe interpretarse de manera estrictamente binaria (se cumple o no), sino como un concepto dinámico que permite evaluar grados de cumplimiento en función de factores técnicos, ambientales y contextuales. La flexibilidad en la interpretación de la eficacia es esencial para ajustar las medidas a las características específicas de*

cada caso, favoreciendo soluciones prácticas que, aunque no sean perfectas, contribuyan de manera significativa a la mejora ambiental.

3. *En el caso específico de Australis Mar S.A., se justifica la propuesta de hacerse cargo de la sobreproducción por medio de la reducción operacional en otros CES, siempre que estos se encuentren en el mismo ecosistema (cuerpo de agua, curso de agua, fiordo, golfo) y estén operativos. Esta medida resulta ambientalmente relevante al considerar la interacción de los componentes ecosistémicos y fomenta el cumplimiento normativo sin desvirtuar la finalidad de los incentivos. Rechazar esta alternativa refleja una aplicación excesivamente rígida y desproporcionada del requisito de eficacia, que puede desincentivar la autodenuncia como herramienta de cooperación.*
4. *La autodenuncia presenta múltiples beneficios: reduce los costos administrativos asociados a la detección de incumplimientos, permite una fiscalización más eficiente al delegar parte de la carga en los regulados y acelera la implementación de medidas correctivas. Además, fortalece la cultura del cumplimiento, promoviendo prácticas corporativas responsables y transparentes, y optimizando el uso de los recursos públicos en casos más graves.*
5. *El diseño actual de los incentivos al cumplimiento muestra deficiencias en su capacidad para motivar a los regulados a autodenunciarse. La ausencia de ventajas sustanciales sobre otras alternativas, como esperar la detección por parte de la autoridad, limita la eficacia de este instrumento. Es fundamental que la normativa garantice beneficios concretos, como la flexibilización de criterios en la aprobación de PdC, para consolidar la autodenuncia como una herramienta eficaz y atractiva.*
6. *La SMA debe adoptar un enfoque flexible y proporcional al evaluar PdC, especialmente en el contexto de una autodenuncia. Esto incluye la posibilidad de aceptar medidas alternativas que generen mejoras ambientales verificables, aunque no sean las más óptimas. Adaptar su actuación administrativa a los principios de razonabilidad y proporcionalidad fortalece la política pública de cumplimiento normativo y promueve una gestión ambiental más eficiente.*
7. *Tratar igual a quienes se autodenuncian y a quienes no lo hacen supone una vulneración del principio de igualdad, ya que no se reconoce la conducta proactiva de los autodenunciantes. La SMA tiene el deber de diferenciar entre estas situaciones, otorgando beneficios claros y proporcionales a quienes colaboran voluntariamente con la autoridad. Esto fomenta una cultura de cumplimiento normativo y refuerza la eficacia de los incentivos al cumplimiento*
8. *La SMA debe respetar las expectativas razonables generadas en los regulados con base en precedentes administrativos previos. Australis Mar S.A. actuó bajo la confianza de que su propuesta de compensaciones en otros CES sería aceptada, dado que decisiones anteriores de la SMA permitieron medidas similares. Estas generaron expectativas legítimas en los regulados sobre la validez de este enfoque. Alterar estos criterios sin una transición razonable perjudica la seguridad jurídica, contradice el principio de confianza legítima,*
9. *En síntesis, la autodenuncia, como instrumento clave para la política pública ambiental, debe contar con incentivos claros, criterios consistentes y una aplicación flexible que promueva la regularización temprana. Esto no solo mejora la protección ambiental, sino que también fortalece la relación colaborativa entre los regulados y la autoridad, garantizando una mayor.*

POR TANTO, a modo de petición concreta, respetuosamente solicito tener por acompañado el Informe y, en definitiva, en atención a que esta opinión legal de un autor de la mayor competencia en la materia es consistente con lo planteado en el Recurso de Reposición, se sirva acoger este último en todas sus partes **dejar sin efecto la Resolución Recurrida aprobando el PdC presentado por Australis, en base al mérito del expediente del proceso sancionatorio.**

Sin otro particular se despide atentamente,

José Luis Fuenzalida
p.p. AUSTRALIS MAR S.A.