

MAT.: 1) Solicita reformulación y recalificación de cargos; 2) Solicita suspensión de plazo; 3) Acompaña documentos.

ANT.: Res. Ex. N°1/Rol D-001-2025, de 10 de enero de 2025, de la Superintendencia del Medio Ambiente, notificada con fecha 16 de enero de 2025.

REF.: Expediente Sancionatorio Rol N° D-001-2025.

Puerto Varas, 03 de febrero de 2025

Sr. Pablo Rojas Jara

Fiscal Instructor de la 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° D-001-2025**, respetuosamente vengo en solicitar al Sr. Fiscal Instructor, como incidente de especial pronunciamiento de forma previa a la presentación de descargos, la **presente petición de reformulación y recalificación** de la Resolución Exenta N°1/Rol N° D-001-2025, (“Formulación de Cargos”), de la Superintendencia del Medio Ambiente (“Superintendencia” o “SMA”), solicitando concretamente:

- (a) Eliminar la clasificación de infracción gravísima del cargo N°1, conforme al artículo 36 N°1 letra g) del artículo segundo de la Ley N°20.417 (“LO-SMA”), en el Resuelvo II de la Formulación de Cargos.
- (b) Eliminar el impedimento de presentación de Programa de Cumplimiento (“PdC”), en el Resuelvo VI de la Formulación de Cargos.

Este incidente de previo y especial pronunciamiento promovido respecto de la Formulación de Cargos se funda en los artículos 49 y 54 de la LO-SMA, con relación a los artículos 7º, 9º, 10 11 y 13 de la Ley N°19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración del Estado (“LBPA”), en su condición de estatuto supletorio conforme al artículo 62 de la LO-SMA.

CONTENIDO

I.- LA FORMULACIÓN DE CARGOS Y AGRAVIO QUE GENERA A AUSTRALIS.....	2
II.- SECUENCIA DE LOS HECHOS RELEVANTES	4
III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS ACERCA DE LA REFORMULACIÓN DE CARGOS	18
1.- Principio rector: Los instrumentos de incentivo al cumplimiento deben ser potenciados	18
2.- El impedimento fijado en la Formulación de Cargos infringe el Deber de Respeto a la Confianza Legítima.....	19
2.1.- La SMA ha reformulado cargos en base a lo manifestado por el titular en el PdC con posterioridad a la formulación de cargos y/o en un informe de fiscalización ambiental posterior a la misma.....	19
2.2.- Precedentes de la SMA en la que ha aceptado presentar un ciclo adicional al de la formulación de cargos.....	22
2.3. Caso equivalente y contemporáneo: CES Morgan (D-58-2022 y D-96-2024)	23
3.- La reformulación solicitada se ajusta a la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales sobre la materia	24
4.- La petición de reformulación y recalificación se ajusta a las disposiciones legales incumbentes	26
IV.- PETICIÓN CONCRETA	28
V.- PETICIÓN DE SUSPENSIÓN EFECTOS DE FORMUALCIÓN DE CARGOS.....	28

I.- LA FORMULACIÓN DE CARGOS Y AGRAVIO QUE GENERA A AUSTRALIS

Con fecha 10 de enero de 2025, la SMA ha dictado la Resolución Exenta N°1/Rol D-001-2025, siendo notificada a Australis con fecha 16 de enero de 2025 (ya definida como “Formulación de Cargos”).

Las secciones pertinentes para efectos de la presente petición de reformulación y recalificación de la Formulación de Cargos son las siguientes:

- (a) **Resuelvo II.** “*CLASIFICAR, sobre la base de los antecedentes que constan al momento de la emisión del presente acto, el cargo N°1 como gravísimo, en virtud del literal g) del numeral 1 del artículo 36 de la LO-SMA, que establece que constituyen infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves, de acuerdo a lo señalado en el título III de la presente resolución*”.

Con relación a la referencia al título III de la Formulación de Cargos, los considerandos 34º y 35º (ubicados bajo dicho epígrafe), señalan, respectivamente:

“*Finalmente, en adición a lo antes expuesto y de acuerdo a lo indicado en el Título II de la presente resolución, se constata que, en relación con el procedimiento sancionatorio Rol D-104-2022, producto de a sobreproducción incurrida en el CES Estero Retroceso durante el ciclo productivo*

2020-2022, en el caso concreto se configura una hipótesis de reiteración de una infracción que ha sido clasificada como grave en el referido procedimiento”, y

“con fundamento en lo señalado precedentemente, se estima que el hecho infraccional imputado a través de este acto, es susceptible de constituir una infracción de carácter gravísimo, toda vez que constituye una reiteración de una infracción calificada como grave, que ha sido objeto de un procedimiento sancionatorio previo. Así, en la especie, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 36 N°1, letra g) de la LOSMA, en virtud del cual son infracciones gravísimas “[...]os hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente (...) g) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo” ”.

- (b) **Resuelvo VI.** “TENER PRESENTE que, atendiendo lo dispuesto en el artículo 42, inciso tercero, de la LOSMA y en el artículo 6º, inciso segundo, letra c), e inciso tercero, del D.S. N°30/2012, y que en el procedimiento sancionatorio Rol D-104-2022, seguido respecto de la misma unidad fiscalizable, Australis Mar S.A. presentó, con fecha 11 de julio de 2022, un programa de cumplimiento respecto de una infracción clasificada como grave, el cual fue aprobado mediante la Res. Ex. N°9/Rol D-104-2022, de fecha 7 de noviembre de 2024, existe un impedimento para la presentación de un PDC en el procedimiento, que por este acto se inicia, en tanto no ha transcurrido el período de tres años contemplado en el artículo 37 de la LOSMA y el cargo formulado en el presente procedimiento, corresponde a un incumplimiento clasificado como infracción gravísima”.

“38º Al respecto, con fecha 13 de junio de 2022, mediante la Res. Ex. N°1/Rol D-104-2022, esta Superintendencia formuló 2 cargos en contra del titular, por eventuales infracciones relativas a la unidad fiscalizable “CES Estero Retroceso (RNA 120192)”, una de las cuales fue calificada como infracción grave. En este sentido, con fecha 11 de julio de 2022, el titular presentó un programa de cumplimiento, el cual fue aprobado por esta Superintendencia con fecha 7 de noviembre de 2024”.

“39º En consecuencia, atendido que en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-104-2022, la presentación del programa de cumplimiento se produjo hace 2 años y 5 meses, mientras que la aprobación de dicho instrumento se materializó hace 2 meses, y que en dicho procedimiento se imputó una infracción grave al titular, y, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42, inciso tercero de la LOSMA y el artículo 6, inciso segundo, del D.S. N°30/2012, Australis Mar S.A. se encuentra impedida de presentar un programa de cumplimiento en el presente procedimiento sancionatorio, en tanto, no ha transcurrido el período de 3 años a que alude la normativa indicada, y el hecho infraccional imputado en el presente procedimiento corresponde a un incumplimiento clasificado como infracción gravísima”.

Como se expone a continuación, a partir de un mismo hecho, **sobreproducción en un segundo ciclo** (22 de junio de 2020 – 13 de febrero de 2022), la Formulación de Cargos genera dos efectos procesales adversos relevantes para Australis, esto es:

- (a) Agravar la imputación respecto de Australis, alcanzando la calificación de infracción gravísima, con la consecuente potencial mayor punibilidad (en comparación a una infracción grave como las demás calificaciones de la Formulación de Cargos); y

- (b) Declarar el impedimento de presentar un programa de cumplimiento, restringiendo los derechos procesales de Australis únicamente a presentar descargos, privando a Australis de optar a un instrumento de incentivo al cumplimiento, en circunstancias que Australis ejerció esa opción sin que hubiera un PdC aprobado a la fecha de ese ejercicio.

En particular, la Formulación de Cargos genera un agravio sustancial a Australis, ya que la Formulación de Cargos planteada en los términos antes descritos genera, como ya se dijo, el impedimento de acceder al instrumento de incentivo al cumplimiento de programa de cumplimiento, siendo esta petición de reformulación y recalificación la única instancia administrativa para controvertir este impedimento, sin perjuicio de la sede judicial que franquea el artículo 56 de la LO-SMA.

Esta agravio legitima a Australis para solicitar la reformulación y recalificación ya que conforme al artículo 15 inciso segundo de la LPA, “*los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión*”. Esta indefensión se manifiesta evidentemente en la imposibilidad de presentar PdC, máxime en atención a las circunstancias de hecho que rodean al presente expediente en conjunto con el expediente D-104-2022, referido más adelante.

II.- SECUENCIA DE LOS HECHOS RELEVANTES

Australis es titular del Centro de Engorda de Salmones (“**CES**”) Estero Retroceso. Respecto a esta unidad fiscalizable, según el portal web de la SMA, hay asociados dos procedimientos sancionatorios, a saber: Por una parte, el Rol, D-104-2022 (<https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2926>) y, por otra, el presente Rol D-001-2025 (<https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/3989>), siendo la Formulación de Cargos de este último expediente la materia de la presente petición de reformulación y recalificación.

- (a) El primer expediente (Rol D-104-2022), en materia de sobreproducción, el cargo formulado correspondió a “*Superar la producción máxima autorizada en el CES Estero Retroceso durante el ciclo productivo ocurrido entre el 22 de enero de 2018 y el 22 de diciembre de 2019*”. Como será desarrollado más adelante, el procedimiento sancionatorio tiene asociados los expedientes de fiscalización **DFZ-2019-706-XII-RCA**, **DFZ-2021-2492-XII-RCA** y **DFZ-2022-1396-XII-RCA**.
- (b) Por su parte, el segundo expediente (Rol D-001-2025), formula como cargo “*Superar la producción máxima autorizada en el CES Estero Retroceso durante el ciclo productivo ocurrido entre el 22 de junio de 2020 y el 13 de febrero de 2022*”. Este expediente tiene asociado el expediente de fiscalización el mismo **DFZ-2022-1396-XII-RCA**, antes singularizado.

La secuencia de los hechos pertinentes para la presente petición de reformulación y recalificación, es expuesta a continuación:

- (a) Primer Informe de Fiscalización Ambiental del D-104-2022. Con fecha **30 de diciembre de 2019**, fue firmado y emitido el Informe de Fiscalización Ambiental (“**IFA**”) **DFZ-2019-706-XII-RCA**, cuyo hallazgo consistió en la superación de parámetros de la PTAS.

- (b) Segundo Informe de Fiscalización Ambiental del D-104-2022. Con fecha **30 de agosto de 2021**, fue firmado y emitido el IFA iniciado por denuncia sectorial, **DFZ-2021-2492-XII-RCA**, cuyo hallazgo consistió en la “*producción del centro de engorda de salmones superó, dependiendo de la fuente de información utilizada para los cálculos, entre las 3.270 y las 3.301 toneladas el límite máximo autorizado en su Resolución de Calificación Ambiental y Proyecto Técnico (4.320 toneladas)* durante el ciclo productivo **2018-2019**”.
- (c) Formulación de Cargos. Con fecha **16 de Junio de 2022**, la SMA formuló cargos a Australis como titular del CES Estero Retroceso por medio de la **Res. Ex. N° 1/Rol D-104-2022**, por los hallazgos antes referidos.
- (d) Tercer Informe de Fiscalización Ambiental del D-104-2022. A los cuatro días hábiles de la formulación de cargos, con fecha **22 de junio de 2022**, fue firmado y emitido el IFA iniciado por denuncia sectorial, **DFZ-2022-1396-XII-RCA**, cuyo es hallazgo consistió en “*la producción del centro de engorda de salmones superó, dependiendo de la fuente de información utilizada para los cálculos, entre las 2.238 y las 2.421 toneladas el límite máximo autorizado en su Resolución de Calificación Ambiental y Proyecto Técnico (4.320 toneladas)* durante el **ciclo productivo 2020-2022**”. Incluso, según se indica en el considerando 9º de la Formulación de Cargos objeto de la presente petición de reformulación y recalificación: **“Con fecha 22 de junio de 2022, la División de Fiscalización derivó a la actual División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia el expediente de fiscalización ambiental e IFA DFZ-2022-1396-XII-RCA”**. Es decir, el informe fue remitido al expediente entre el hilo de la formulación de cargos y la reunión de asistencia al cumplimiento y la presentación del PdC, referidas a continuación.
- (e) Reunión de asistencia al cumplimiento, con fecha 8 de julio 2022, en la que se manifiesta la intención de incluir el ciclo siguiente conforme al criterio imperante, sin objeciones por parte de la autoridad.
- (f) Presentación de PdC D-104-2022. Con fecha **11 de julio de 2022**, con posterioridad a los referidos Informes de Fiscalización Ambiental, y precedido por una audiencia de asistencia al cumplimiento, fue presentado por Australis el correspondiente **programa de cumplimiento**. En este, se incluye como acción ‘*No operar y por consiguiente no producir salmones en el CES Punta Sur y limitar la producción en el CES Córdova 4, durante el ciclo productivo 2023-2025, para hacerse cargo del total de la sobreproducción del ciclo 2018-2019 y del ciclo 2020-2022 del CES Retroceso*”, descrita en los siguientes términos.

“Como parte de la infracción imputada en el Cargo N°1 se reconoce la sobreproducción generada durante el ciclo productivo 2018-2019 de 3.302 Toneladas. Lo anterior, considerando lo indicado en formulación de cargo, esto es, la suma de la cosecha y las toneladas de mortalidad informadas en SIFA, menos el peso de los smolts sembrados en el ciclo, que se encuentra consignado en la declaración de siembra correspondiente al ciclo.

Asimismo, se reconoce una sobreproducción total de 2.049 ton derivadas del ciclo productivo siguiente (2020-2022) del CES Retroceso, considerando las toneladas consignadas en la declaración jurada de cosecha, la mortalidad del

ciclo, menos el peso de los smolts sembrados, que se encuentra consignado en la declaración de siembra correspondiente al ciclo. Se acompañan en el Anexo 2, las declaraciones juradas de siembra de ambos ciclos y declaración de cosecha para el ciclo 2020 y 2022.

El detalle de la sobreproducción se presenta en la siguiente tabla:

	<i>Ciclo 2018</i>	<i>Ciclo 2020</i>
<i>Siembra</i>	178,55	190,83
<i>Cosecha</i>	7.429,00	6.436,63
<i>Mortalidad</i>	161,54	123,40
<i>Biomasa</i>	7.411,99	6.369,20
<i>Prod. RCA</i>	4320	4320
<i>Sobreproducción total</i>	3.091,99	2.049,20

Australis se hará cargo durante el periodo productivo 2023-2025, del total de las toneladas sobre producidas en el ciclo 2018-2019, y en el ciclo 2020-2022 correspondientes a 5.141. Para lo anterior, Australis se desistirá de efectuar las actividades de siembra y la consiguiente producción de salmones en el CES Punta Sur para el ciclo productivo 2023-2023, ante SUBPESCA, lo que permitirá hacerse cargo de 3240 ton de sobreproducción, que corresponde a la producción ambientalmente autorizada de dicho CES por Res. Ex. N° 18/2013 de la Comisión de Evaluación de la Región de Magallanes, que calificó el "Centro De Cultivo Estuario Gómez Carreño, Isla Riesco Sector Norte De Pta. Sur N° PERT: 207121271".

Cabe hacer presente que el CES Punta Sur se encuentra en el mismo barrio del CES Retroceso (Barrio 53). El CES Punta Sur corresponde a un CES de Categoría 4-5 de acuerdo al Res. Ex. 3612/09 de SUBPESCA modificado por Res. Ex. 1933/2021 de la misma autoridad, y el CES Retroceso presenta una categoría 5. La profundidad de ambos CES es similar, en tanto aproximadamente, el 84% de la concesión acuícola del CES Punta Sur presenta una Categoría 5, es decir una profundidad superior o igual a 60 metros. Por consiguiente, las características que presenta el fondo marino de ambos CES son semejantes, lo que se condice con la proximidad geográfica que presentan, encontrándose a una distancia de 5,7 km.

Adicionalmente, para hacerse cargo del remanente, se limitará la producción del CES Córdoba 4 del ciclo productivo 2023-2025 en 1.901 ton. El CES Córdoba 4 tiene una producción ambientalmente autorizada de 5.967 ton, por Res. EX. 178/2013 de la Comisión de Evaluación de la Región de Magallanes, que calificó el Proyecto "Centro de Engorda de

Salmónidos Sector Sur Bahía Willawaw, Estero Córdova, Isla Desolación N° Pert 207121140".

El CES Córdova 4 aunque se encuentra en un barrio distinto al del CES Retroceso (Barrio 52), también se emplaza en la Reserva Nacional Kawésqar y presenta categoría 4-5. Aproximadamente, el 66% de la concesión acuícola del CES Córdova 4 presenta una profundidad mayor a 60 metros (categoría 5)".

- (g) Presentación de Autodenuncia de Australis por los 33 CES. Estando pendiente la primera ronda de observaciones al PdC, como ha sido señalado reiteradamente por Australis a esta Superintendencia, a partir del cambio de controlador de Australis, materializado a mediados de 2022, dado el inicio de formulaciones de cargo por sobreproducciones en ciclos asociados a la anterior planificación productiva de Australis en sus CES, **entre ellas, el expediente D-104-2022 época en la cual ya había sido presentado el PdC incluyendo ambos ciclos**, se define por la nueva administración la necesidad de un Ajuste Global de Producción de la Compañía, mandatada por la normativa aplicable, y de una gestión orientada al cumplimiento ambiental. Mediante Resolución Exenta N°2145, de 6 de diciembre de 2022, la SMA formuló un requerimiento de información a Australis, el que fue debidamente respondido por presentación de fecha 26 de diciembre de 2022, siendo relevante para estos efectos, que incluyó un requerimiento de antecedentes acerca del plan de reducción operacional para hacerse cargo de la sobreproducción. Cabe destacar que en dicha instancia no fue materia de observación el segundo ciclo del CES Retroceso, **incluido en el D-104-2022**. Posteriormente, mediante Resolución Exenta N°421, de fecha 7 de marzo de 2023 la Autodenuncia fue admitida a trámite respecto de 31 CES que fueron objeto de dicha presentación, dando lugar a los pertinentes procesos de sanción.
- (h) Observaciones al PdC. Respecto del PdC presentado respecto del CES Retroceso, por medio de la Resolución Exenta N°4, de 14 de julio de 2023, **un año después de la presentación del PdC y 4 meses de haber sido admitida a trámite la autodenuncia de octubre de 2022**, fue formulada la primera ronda de observaciones, entre ellas, se incluye la observación 25.1, que señala:

"b. A la Acción 5, "No operar y por consiguiente no producir salmones en el CES Punta Sur y limitar la producción en el CES Córdova 4, durante el ciclo productivo 2023- 2025, para hacerse cargo del total de la sobreproducción del ciclo 2018-2019 y del ciclo 2020- 2022 del CES Retroceso"

25. En el enunciado y en la descripción de la acción se deberá eliminar toda alusión al ciclo productivo 2020-2022 del CES Estero Retroceso, así como el impedimento y la acción alternativa propuesta, en tanto, las acciones del programa de cumplimiento deberán ejecutarse en su totalidad en el CES objeto de la infracción. En efecto, es el CES Estero Retroceso el que presentó sobreproducción durante el ciclo productivo 2018-2019, y es el CES que recibió los efectos de dicha actividad en su área de influencia, razón por la cual no resulta efectivo que las acciones del PdC se extiendan a otro CES que no se encuentra vinculado a la infracción y a sus efectos negativos. En este sentido, no se observa de qué forma la acción propuesta en un CES diverso al CES objeto de la infracción podría ser eficaz para abordar la infracción y sus efectos negativos. Conforme a lo

anterior, la acción 5 debe ser reformulada considerando reducir la producción en el CES Estero Retroceso, único CES objeto del presente procedimiento sancionatorio. Por tanto, el CES Estero Retroceso deberá limitar su operación en el siguiente ciclo 2023-2025, bajo el supuesto necesario que el CES podrá operar dicho ciclo, considerando una condición aeróbica del CES, las condiciones de producción real del CES según las eventuales restricciones sanitarias, etc.

25.1. Por su parte, cabe hacer presente que, respecto a la sobreproducción, el cargo N°2 establecido en la resolución de formulación de cargos, fue por el ciclo productivo entre el 22 de enero de 2018 y el 22 de diciembre de 2019, por lo que para las acciones del PdC deberá considerarse la sobreproducción de dicho periodo, conforme al cargo imputado, eliminando la referencia al ciclo 2020-2022. — Respecto a la forma de implementación, deberá eliminarse la frase “menos el peso de los smolts sembrados en el ciclo, que se encuentra consignado en la declaración de siembra correspondiente al ciclo”, por cuanto deberá reducirse la producción conforme al total de la biomasa sobreproduceda, durante el ciclo 2018-2019, conforme a los resultados reportados por las plantas de proceso más mortalidad”.

- (i) Presentación de PdC Refundido, primera versión. En respuesta a estas últimas, con fecha **11 de septiembre de 2023**, fue presentado el PdC refundido. Abordando la observación antes referida, en el mencionado PdC primera versión refundida, se indica, en lo pertinente a la objeción de incluir el ciclo 2020 – 2022 en el PdC:

“La observación formulada respecto de esta acción no puede ser atendida en este PdC refundido, ni en lo que respecta al ciclo adicional al de la FdC, ni en lo que respecta a la compensación en mismo CES, máxime encontrándose esta compensación ejecutada o en ejecución, en ambos casos en forma irrevocable para Australis.

Lo anterior, en atención a que la fecha de recibir las observaciones de la SMA notificadas el 28 de julio de 2023, Australis (i) presentó un PdC incluyendo un ciclo adicional al contenido en la FdC en forma consistente con precedentes de PdC aprobados con anterioridad; (ii) presentó un PdC compensando con un CES distinto del objeto de la FdC, conforme a los precedentes de PdC aprobados con anterioridad; (iii) Más aún, a la fecha de la recepción de las observaciones al PdC, la compensación ya estaba ejecutada (según los criterios del PdC) o al menos ya en ejecución (según los criterios de las observaciones). De este modo, desconocer la inclusión del ciclo adicional al de la FdC y desconocer a su vez una compensación ya ejecutada o al menos en ejecución, no se ajusta a Principios Generales de Derecho Administrativo, como son los Principios de Eficiencia y Confianza Legítima.

b.1. Respecto al requerimiento de eliminar toda alusión al ciclo productivo 2020-2022 del CES Retroceso, que es adicional al ciclo que es materia de la FdC

Al momento de presentar la primera versión del PdC con fecha 11 de julio de 2022, esto es, al menos un año antes de las observaciones formuladas por la SMA, notificadas con fecha 28 de julio de 2023, Australis, de buena fe, estimó oportuno e inherente a en esta instancia, hacer referencia a la sobreproducción generada durante el ciclo productivo posterior al de la FdC, correspondiente a los años 2020-2022 y, por consiguiente, poner en conocimiento de la SMA este incumplimiento. Lo anterior, con miras a obtener un retorno al cumplimiento integral del CES, transparentando

la información con la sobreproducción detectada, teniendo a la vista que para evaluar los efectos de la sobreproducción generada en el ciclo 2018-2019 era conducente analizar las condiciones ambientales que ha presentado el CES Retroceso con posterioridad a dicho periodo.

La decisión de buena fe de Australis, manifestada expresamente en la reunión de asistencia anterior a la presentación del PdC, era consistente con que, a la fecha de la presentación del PdC, la SMA ya había aprobado al menos cuatro PdC (un 44% de los PdC aprobados en materia de sobreproducción acuícola), con una propuesta de compensación que incluía un ciclo adicional que no fue objeto de la FdC. Estos son los Roles D-063-2021 (aprobado con fecha 26 de julio de 2022), D-062-2021 (aprobado con fecha 29 de junio de 2022), D-008-2021 (aprobado con fecha 7 de julio de 2021) y D-009-2021 (aprobado con fecha 8 de septiembre de 2021).

Por otro lado, la buena fe de Australis también ha sido manifiesta en el marco de los esfuerzos orientados al cumplimiento ambiental a partir del cambio de controlador de Australis que finalmente pudo concretarse efectivamente en el año 2022, después de la Pandemia CONVID-19.

En enero de 2021, previo a la concesión de los cambios organizacionales necesarios para la toma de control efectiva por parte del nuevo controlador, la SMA inicia formulaciones de cargos por sobreproducciones en ciclos asociados a la planificación productiva de Australis en sus CES, cuyas siembras databan de los años 2017 y 2018, entre ellas, la que da origen al presente proceso sancionatorio. Lo anterior impulsa una profunda revisión interna por parte de la nueva administración, que desembocó en la autodenuncia de fecha 27 de octubre de 2022 concernientes a 33 de los CES de Australis.

En la mencionada Autodenuncia no se incluyó la sobreproducción del ciclo 2020-2022 del CES Retroceso, pues en el presente proceso sancionatorio, esta SMA ya había tomado conocimiento de este incumplimiento, y el titular había formulado una propuesta para hacerse cargo del mismo. Más aún, a la fecha de recibir las observaciones en el presente proceso, como se indica más adelante, las acciones para hacerse cargo de la sobreproducción generada tanto en el ciclo productivo 2018-2019 y 2020-2022 se encuentran ya ejecutadas (conforme a los hitos que establece el propio PdC) o al menos en ejecución (en base al criterio de la observación de la SMA) pues los CES de compensación ya habían sido desistidos irrevocablemente su operación para el período productivo correspondiente.

A mayor abundamiento, con posterioridad a la presentación del PdC y antes de las observaciones formuladas en este proceso, la SMA con fecha 9 de septiembre de 2021, ya había archivado una Autodenuncia precisamente respecto de una situación equivalente, en la que el titular había incorporado un ciclo adicional al de la formulación de cargos (el ciclo inmediatamente posterior al de la formulación de cargos) comprometiendo la compensación del exceso. En este caso la SMA resolvió que admitir la Autodenuncia:

“resulta inoficioso, por cuanto la acción principal que éste contendría sería la reducción de la producción en el mismo CES objeto del procedimiento sancionatorio D-009-2021,

*actualmente suspendido, acción que ya se encuentra actualmente comprometida en el PdC aprobado*¹.

Es decir, estimó que los hechos ya se encontraban "canalizados en el procedimiento"²:

*"y considerando los principios de eficiencia y eficacia, así como el deber de la SMA de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública – consagrados en los artículos 3º y siguientes de la ley N° 18.575–, es posible sostener que el legislador le ha conferido a la SMA, en forma exclusiva, la facultad de ejercer la potestad sancionatoria cuando, a su juicio, existe mérito suficiente para ello, existiendo un margen de apreciación para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio, cuando se encuentra motivado y concurre un fundamento racional, lo que resulta aplicable en la especie. En consecuencia, se procederá al archivo de la autodenuncia presentada respecto a la sobreproducción del ciclo productivo verificado entre marzo de 2019 y octubre de 2020 en el CES Melchor 717."*³

En suma, tanto en el momento de presentar la primera versión del PdC el 11 de julio de 2022 como en la actualidad, Australis ha considerado que el presente proceso sancionatorio corresponde a una instancia legalmente válida e idónea para hacerse cargo de dicho incumplimiento.

Si bien es correcto que este ciclo no forma parte de la FdC, se trata del mismo hecho infraccional, con idéntica naturaleza y con idéntico manejo ambiental. Entender que no cabe incorporar el ciclo adicional simplemente porque este no es recogido en la FdC, especialmente si apunta al mismo supuesto de superación de producción, impide la incorporación de adicionalidad en el PdC, precisamente para enriquecer la propuesta de compensación que aborda en forma integral la condición del CES en cuestión.

Finalmente, no admitir este ciclo adicional a la FdC, ya comprendido en un PdC presentado hace más de un año, conforme a los criterios imperantes a la fecha de presentación, y cuya compensación se encuentra en ejecución en el contexto de un titular que presentó una Autodenuncia global de 33 CES para retorno en forma integral al cumplimiento, que ha pretendido dar cierre a la situación de superación de producción detectada en Australis, con lo cual dejar fuera un ciclo, no se condice con el principio de eficiencia y eficacia consagrados en nuestro ordenamiento, de acuerdo a los cuales la Administración debe responder con la máxima economía de medios.⁴

La necesidad que la SMA aplique estos principios ha sido reconocida por la Contraloría General de la República, precisamente en relación a la acuicultura, al señalar que “el artículo 3 y en el artículo 8º de la aludida Ley 18.575, que impone a los órganos de la Administración del Estado el deber de respetar los principios de eficiencia, eficacia y de accionar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites; como también

¹ Considerando 9 de la Resolución Exenta 1995/2021 de 09 de septiembre de 2021, que se pronuncia sobre las autodenuncias de Yadrán.

² Considerando 8 de la Resolución Exenta 1995/2021 de 09 de septiembre de 2021, que se pronuncia sobre las autodenuncias de Yadrán.

³ Considerando 10 de la Resolución Exenta 1995/2021 de 09 de septiembre de 2021, que se pronuncia sobre las autodenuncias de Yadrán.

⁴ Artículo 9, Ley 19.880, Artículo 3 de la Ley 18.575.

la agilidad y expedición de los procedimientos administrativos".⁵ Esto es especialmente relevante cuando la propia SMA ha indicado que "no tiene personal para responder al volumen de informes de fiscalización ambiental que son derivados año a año, lo que afecta la capacidad de respuesta y priorización de casos".⁶

Es decir:

- i) Australis presentó a la SMA en el PdC con fecha julio de 2022 de buena fe, la superación detectada en el ciclo adicional, inmediatamente posterior la de la formulación de cargos;
- ii) En el PdC fue incorporado una acción para hacerse cargo de este exceso, y el análisis del ciclo adicional en el informe de efectos del CES, para que este diera cuenta de su condición actual,
- iii) Esta acción adicional fue expuesta en la reunión de asistencia al cumplimiento con el fiscal instructor, acción que era consistente con los criterios de aprobación a la fecha de su presentación;
- iv) La acción propuesta en compensación del exceso, conforme a los plazos dispuestos en el PdC, se encuentra ya ejecutada (de acuerdo a los hitos del PdC) o al menos en ejecución irreversible para Australis (según los hitos de la observación) considerando que ha transcurrido un año entre la presentación del PdC y las presentes observaciones.

Se estima que exigir que esta sea eliminada del PdC no se condice con los objetivos ambientales perseguidos, ni con el principio de eficiencia que rigen la administración del estado, pues la incorporación del ciclo adicional a la PdC, es eficaz para el objeto ambiental perseguido.

b.2. Respecto a la observación que cuestiona hacerse cargo de la sobreproducción en otros CES

La propuesta de Plan de Acciones y Metas que se presentó en el PdC de 11 de julio de 2022 y que es reiterada en el presente PdC refundido tiene por objeto hacerse cargo de los dos hechos infraccionales imputados en la FdC, en el menor tiempo posible, garantizando de esta manera la eficacia del programa. Al mismo tiempo, esta propuesta cumple con resguardar su integridad, en tanto las acciones contenidas en ella son idóneas para volver al cumplimiento respecto de la normativa infringida de cada cargo imputado. De esta manera el Plan de Acciones y Metas compromete, ahora reforzado en base a las observaciones formuladas en la Res. Ex. N°4, un total de 13 Acciones principales.

En particular, en relación al Cargo N°2 se reconoce en total una sobre producción de 5.510 toneladas durante los ciclos productivos 2018-20219 y 2020-2022 que corresponden a los únicos ciclos en los que ha operado el CES Retroceso. Para hacerse cargo de la totalidad de estas toneladas, en la Acción N°6 (Acción N°5 anterior) del Plan de Acciones y Metas se comprometió no operar

⁵ Informe Final N° 335 DE 2019, Auditoría sobre las acciones desarrolladas por el SERNAPESCA, SUBPESCA, y otros Órganos de la Administración del Estado respecto de la fiscalización, control y evaluación ambiental de la actividad acuícola de salmonicultura, pg. 41.

⁶ Informe Final N°131, DE 2021, Sobre Auditoría a la Instrucción de los Procedimientos Sancionatorios de cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente, en el Período que Indica, pg. 46.

y por consiguiente no producir salmones en el CES Punta Sur, y limitar la producción en el CES Córdoba 4, durante el ciclo productivo 2023-2025.

Conforme a los hitos indicados en el PdC para dicha acción (referidos a la Declaración de Siembra y Plan de Manejo Individual de Reducción de Siembra, para ambos CES), esta se encuentra actualmente en estado de ejecutada irrevocablemente para Australis, ya que la Reducción de Siembra fue efectuada con fecha 24 de mayo de 2023 para el CES Córdoba 4 y con fecha 24 de abril del mismo año para el CES Punta Sur. Ahora bien, considerando que en la Res. Ex. N°4/Rol D-104-2022, de 28 de julio de 2023 se exige que estas acciones se extiendan por toda la duración del ciclo que compensa, esta se encuentra en estado de ejecución, también en condición de irrevocabilidad para Australis.

Es decir, a la fecha de las observaciones (28 de julio de 2023) en ambos CES su operación ha sido desistida irrevocablemente, conforme se acredita en Anexo XX, de modo que en compensación, más allá del cómputo de su término, Australis ya hizo entrega irreversiblemente de la operación de los CES para el respectivo ciclo. En otras palabras, atender a la observación significa desconocer el acto abdicativo de la operación que ya satisface el cumplimiento normativo, en base a los precedentes imperantes a la fecha de presentación del PdC.

Estas acciones fueron ejecutadas de buena fe, considerando que se comprometieron plazos que, si bien se encontraban pendientes de aprobación, ya no eran voluntarios sectorialmente para el titular pues con miras a traer a tiempo presente el cumplimiento normativo, los CES fueron entregados en la más pronta ventana sectorial disponible.

A modo de consideración común respecto de ambas inquietudes, esto es, la inclusión en el PdC de un ciclo adicional al de la FdC y la compensación con la no operación de otros CES, ya ejecutada o al menos en ejecución irreversiblemente para Australis, todo lo cual consideró el criterio imperante al momento de su ejecución, resulta procedente invocar, el principio de confianza legítima que, conforme señala el profesor Cordero “es considerado en la actualidad un principio general del derecho con base constitucional y que permite a los ciudadanos confiar en la estabilidad de las actuaciones jurídicas de la Administración”.⁷ Luego, “bajo este supuesto, si la Administración realiza, por ejemplo, un cambio en la interpretación de un precepto legal o reglamentario, o altera el criterio que ha seguido al momento de regular determinadas materias o resolver asuntos de su competencia, solo lo puede hacer de forma legítima en la medida que respete la confianza que sus propios actos han generado en los ciudadanos”⁸.

En definitiva, el profesor Cordero estima que el principio de la confianza legítima puede constituir un “límite a la facultad que tienen los organismos al momento de aplicar nuevos criterios de interpretación de la legislación administrativa y que no han podido prever los particulares en sus actuaciones”.

En el mismo sentido, el profesor Bermúdez ha señalado que “la confianza que deposita el particular en la actuación administrativa merece amparo, puesto que ‘una práctica administrativa continuada

⁷ Cordero Q, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Libromar SpA, Valparaíso, 2023. pg. 114.

⁸ Ibid.

*puede generar – y de hecho genera – la confianza en el ciudadano de que se le tratará del mismo modo que en los casos anteriores. Por ello, no parece justo que la administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva”*⁹.

Por lo mismo, el profesor Bermúdez sostiene que la administración tiene el deber de anticipar o anunciar el cambio de criterio en sus actuaciones futuras¹⁰, lo que claramente en este caso no se cumple.

En este sentido, revisada la cronología de los hitos relevantes atingentes al caso:

(a) *Precedentes de PdC que fueron aprobados incluyendo ciclos adicionales a la FdC y que admitieron la compensación de CES distintos de los de la FdC: Ciclos adiciones: Roles D-063-2021 (aprobado con fecha 26 de julio de 2022), D-062-2021 (aprobado con fecha 29 de junio de 2022), D-008-2021 (aprobado con fecha 7 de julio de 2021) y D-009-2021 (aprobado con fecha 8 de septiembre de 2021), Compensación en otro CES: Rol D-157-2020 (aprobado con fecha 24 de marzo de 2021), Rol D-008-2021 (aprobado con fecha 07 de julio de 2021), Rol D-062-2021 (aprobado con fecha 29 de junio de 2022), y Rol D-117-2021 (aprobado con fecha 30 de septiembre de 2021).*

(b) *Presentación del PdC incluyendo un ciclo adicional al de la FdC y compensando con dos CES distintos del de la FdC: 11 de julio de 2022.*

(c) *Reducción de Siembra, que da cuenta de la salida operacional irreversible del CES para los ciclos en cuestión: 24 de abril de 2023 (Punta Sur) y 254 de mayo de 2023 (Córdoba 4).*

(d) *Formulación de observaciones por la SMA cuestionando la inclusión del ciclo adicional y la compensación ya ejecutada o en ejecución, en ambos casos, irreversible: 28 de julio de 2023.*

De este modo, la propuesta del PdC fue presentada el 11 de julio de 2022, mediando 12 meses respecto de las observaciones, sin que hubiese pronunciamiento de la SMA sobre la materia y encontrándose ejecutada la compensación para ambos ciclos o, al menos en ejecución irreversiblemente. Este plazo no se condice con el principio de celeridad “que constituye un verdadero deber legal de las autoridades públicas y los organismos para actuar de manera diligente, evitando una prolongación injustificada del procedimiento administrativo”¹¹.

Sobre este punto, es oportuno recordar que en el marco del Informe Final de Auditoría de la Contraloría General de la República a los procesos de aprobación y control de los PdC, se examinan los plazos de pronunciamiento de la SMA respecto de los PdC. La CGR constata un memorándum interno (memorándum N°79 de la División de Sanción y Cumplimiento, de 2017), en el que se indica que los plazos de tramitación internos deben ser menores o iguales a 60 días hábiles, y observa que existen PdC con plazos de tramitación superiores a 6 meses, concluyendo que “dicho actuar es contrario con los principios de eficiencia y eficacia consagrados en el artículo

⁹ Bermúdez S. Jorge. Derecho Administrativo General. Thompson Reuters, 2014. pg. 110

¹⁰ Bermúdez S. Jorge. Derecho Administrativo General. Thompson Reuters, 2014. pg. 117

¹¹ Cordero Q, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Libromar SpA, Valparaíso, 2023. pg. 144.

3º de la Ley N° 18.575.”¹² Luego agrega que esto “se aparta de lo señalado en el artículo 27 de la ley N° 19.880, que dispone que el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final. También contraviene el principio de celeridad, de acuerdo al cual las autoridades y funcionarios deben actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate en su prosecución, haciendo expeditos -los trámites pertinentes - de acuerdo al inciso segundo del artículo 7 de la misma ley”.¹³

El informe consigna que la SMA se compromete a modificar el citado memorándum para indicar que el plazo para la aprobación de los programas de cumplimiento no debe exceder, ·por regla general del plazo de 6 meses desde el ingreso de la propuesta, ello en virtud del principio conclusivo que inspira todo procedimiento sancionatorio, el cual deben ser resueltos en un plazo razonable.¹⁴ Se reitera que en este caso, el pronunciamiento, de las observaciones (no solo la conclusión del procedimiento), ha tardado 12 meses.

Por consiguiente, resulta extemporáneo el cuestionamiento a esta acción ejecutada de buena fe, con la confianza legítima de actuar al amparo del criterio imperante y conocido por el titular, y que ha implicado dejar de producir en un CES y reducir la operación en otro (que en definitiva terminó por desistirse también, dada esta reducción ya comprometida).

En definitiva, la Acción N°6 es idónea para hacerse cargo de la sobreproducción generada puesto que el CES que no producirá y el CES cuya producción se limitará durante el ciclo productivo 2023-2025, para efecto de hacerse cargo de la misma, corresponden a centros en la misma reserva y que presentan profundidades similares a las que se encuentran en el CES Retroceso. Asimismo, este esquema permite poder operar el CES Retroceso durante el ciclo productivo que viene y así poder acreditar fehacientemente a esta Superintendencia en el menor plazo posible, tanto el cumplimiento del límite máximo de producción, como el cumplimiento de los límites establecidos en la Res. DGTM. y MM. Ord. N° 12600/931 VRS respecto del efluente de la PTAS del centro. En efecto, en caso de haberse optado por el desistimiento de la operación del CES Retroceso durante el próximo ciclo productivo para hacerse cargo de la sobreproducción de sus ciclos anteriores, no sería posible ejecutar estas acciones, sino hasta el ciclo siguiente que termina en 2029, de esta manera que el PdC se hubiese extendido durante todo este periodo.

Finalmente es relevante considerar que, según dan cuenta las conclusiones del análisis expuesto en el Informe de “Análisis de Probables Efectos Ambientales Producidos por la Superación del Límite de Producción Máxima Autorizada en el CES Retroceso Ciclos Productivos 2018-2019 y 2020-2022 y al Funcionamiento de la PTAS”, elaborado por la consultora Ecotecnos, no se han verificado efectos ambientales a partir de ninguna de las dos infracciones imputadas, por lo que no se comprometen acción en esta materia. Lo anterior, principalmente en atención a que durante

¹² Informe Final N° 241 DE 2018, sobre Auditoría a los Procesos de Aprobación y Control de los Programas de Cumplimiento por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, presentados durante el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2017, pg. 18.

¹³ Informe Final N° 241 DE 2018, sobre Auditoría a los Procesos de Aprobación y Control de los Programas de Cumplimiento por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, presentados durante el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2017, pg. 19.

¹⁴ Informe Final N° 241 DE 2018, sobre Auditoría a los Procesos de Aprobación y Control de los Programas de Cumplimiento por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, presentados durante el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2017, pg. 20.

los ciclos productivos imperaron condiciones aeróbicas en la columna de agua y en el fondo marino del CES Retroceso, según dan cuenta los resultados de las INFAS efectuadas al término de cada ciclo, y las buenas condiciones de las aguas marinas que rodean al CES Estero Retroceso, que se evidencian en los resultados de los monitoreos de la norma ASC, los que dan cuenta que estas presentaron concentraciones de nutrientes acordes a lo esperable para aguas marinas de la Región de Magallanes” (lo destacado es nuestro).

- (j) Observaciones al PdC Refundido, primera versión. Respecto del PdC refundido presentado, por medio de la Resolución Exenta N°7, de 26 de julio de 2024, **nuevamente un año después de la primera ronda de observaciones**, fue formulada la segunda ronda de observaciones, incluyendo la misma objeción por parte de la SMA.
- (k) PdC Refundido, segunda versión. En respuesta a estas últimas, con fecha 28 de agosto de 2024, fue presentado el PdC refundido en su segunda versión. Atendiendo la objeción formulada la SMA, el PdC refundido en su segunda versión (i) excluye el ciclo 2020-2022 y (ii) radica la reducción operacional en el mismo CES Retroceso, atendiendo el requerimiento de la SMA en cuanto a que la reducción operacional tuviere lugar en el mismo CES infractor, sin perjuicio que la reducción operacional presentada originalmente ya estaba ejecutada en los CES Punta Sur y Córdova 4, como se indica en las respuestas i.A.1 e i.A.2:

“i.A.1. Atendiendo la observación formulada, en el presente PdC Refundido ha sido eliminado el ciclo 2020 – 2022. No obstante, para el solo efecto de dar debida respuesta a las observaciones formuladas en este expediente, a continuación, serán abordados los planteamientos contenidos en los considerandos antes transcritos de la Res. Ex. N°7.

Como primera consideración, a modo de contexto a las observaciones formuladas en la sección (“A.1. Consideraciones previas a la acción N°6”), en los considerandos 24 a 35 de la Res. Ex. N°7, los hechos asociados a la tramitación de este procedimiento, presentan el siguiente orden cronológico:

Tabla 2: Descripción cronológica de hitos relevantes sobre reproducción CES Estero Retroceso.

Nº	Fecha	Hito
1	<i>22 de enero de 2018 al 17 de diciembre de 2019</i>	<i>Ciclo productivo 2018-2019 CES Estero Retroceso</i>
2	<i>24 de junio de 2020 al 09 de febrero de 2022</i>	<i>Ciclo productivo 2020-2012 CES Estero Retroceso</i>
3	<i>24 de agosto de 2021</i>	<i>Denuncia de SERNAPESCA por sobreproducción ciclo productivo 2018-2019</i>
4	<i>16 de junio de 2022</i>	<i>Res. Ex. N°1/ Formulación de cargos D-104-2022 por ciclo 2018-2019</i>

5	08 de julio 2022	Reunión de asistencia que se manifiesta la intención de incluir el ciclo siguiente conforme al criterio imperante, sin objeciones por parte de la autoridad.
6	11 de julio de 2022	Presentación del PdC incluyendo un ciclo adicional al de la FdC y su compensación.
7	16 de abril de 2023	Comienza reducción de producción en CES Punta Sur (se deja de operar el CES)
8	18 de abril de 2023	Res. Ex. N°3/ Tiene por presentado Programa de Cumplimiento D-104-2022
9	01 de julio de 2023	Comienza reducción de producción en CES Córdoba 4
10	14 de julio de 2023 ¹⁵	Res. Ex. N°4 / D-104-2022 Observaciones que piden eliminar ciclo productivo 2020-2022
11	11 de septiembre de 2023.	PdC Refundido que mantiene compensación del ciclo productivo 2020-2022.
12	26 de julio de 2024.	Res. Ex. N°7/ Observaciones Rol D-104-2022

Fuente: Elaboración propia

De esta forma, la incorporación del segundo ciclo con sobreproducción, en base a los precedentes a la fecha¹⁶, anunciada en la reunión de asistencia, se formaliza en la presentación del PdC de fecha **11 de julio de 2022**, siendo un tema de suma relevancia para este Titular, ya que, conforme a lo comprometido en el referido PdC presentado, precedido por la reunión de asistencia del mismo mes, durante el 2023 se dio inicio a la compensación de ambos ciclos, propuesta que a la fecha de las observaciones ya se encontraba en ejecución en base a los precedentes existentes.

Transcurrido un año desde esta presentación, habiendo tenido por presentado el PdC en abril de 2023, el **14 del de julio del año siguiente (2023)**, la SMA formula observaciones cuestionando la incorporación del ciclo 2020 - 2022 en el presente procedimiento sancionatorio, culminando con las actuales observaciones del 26 de julio de 2024.

Sin perjuicio de lo señalado y de las acciones adoptadas, en el presente PdC Refundido se da cumplimiento a lo requerido por esta Superintendencia, y en consecuencia, ha sido eliminada la referencia al ciclo 2020 – 2022”.

i.A.2. “Sin perjuicio de las acciones ya adoptadas, se acoge la observación y se modifica la propuesta de reducción, considerando las 3.301 toneladas de sobreproducción del ciclo 2018-2019 indicadas, la cual se ejecutará completamente en el CES Estero Retroceso, en el ciclo productivo 2025-2027”.

¹⁵ Notificada a esta parte el 28 de julio de 2023, mediante carta certificada.

¹⁶ Así fue el caso de los expedientes D-008-2021 (aprobado con fecha 7 de julio de 2021) y D-009-2021 (aprobado con fecha 8 de septiembre de 2021). La misma práctica siguió con posterioridad a la presentación del PdC, como fue el caso de los roles D-063-2021 (aprobado con fecha 26 de julio de 2022), D-062-2021 (aprobado con fecha 29 de junio de 2022). En todos estos casos, con pronunciamientos expresos de la SMA en reconocimiento de dicha postura.

- (l) Aprobación del PdC. Con fecha 7 de noviembre de 2024, por medio de la Res. Exenta N°9, la SMA aprobó el PdC respecto del ciclo 2018-2019.
- (m) Formulación de Cargos D-001-2025. Por último, con fecha 10 de enero de 2025, por medio de la Resolución Exenta N°1/Rol D-001-2025, la SMA formuló cargos respecto del ciclo 2020-2022, **fundada en el IFA de 22 de junio de 2022, DFZ-2022-1396-XII-RCA**, que, como ya se dijo, fue posterior en solo 4 días hábiles a la formulación de cargos de 2022 que culminó con la aprobación del PdC del ciclo 2018-2019 en noviembre de 2024.

De este modo, la inclusión del ciclo 2020-2022 para efectos de ser incluido en un PdC:

- (a) Fue materia del IFA de 22 de junio de 2022, DFZ-2022-1396-XII-RCA, asociado al D-104-2022, remitido con la misma fecha desde la División de Fiscalización a la División de Cumplimiento y Sanción, con posterioridad a la formulación de cargos de 2022 y previo a la presentación del PdC.
- (b) Fue manifestado por Australis en la reunión de asistencia al cumplimiento del expediente D-104-2022, el 8 de julio de 2022, habiendo sido remitido el IFA al expediente sancionatorio.
- (c) Fue incluido en el PdC D-104-2022, de 11 de julio de 2022, conforme a los precedentes que había a la fecha, casos en los que la SMA había aprobado cuatro PdC en los que se incluyó un ciclo adicional al de la formulación de cargos (D-008-2021, D-009-2021, D-062-2021 y D-063-2021).
- (d) Desde la presentación del PdC (11 de julio de 2022) y la aprobación del mismo (7 de noviembre de 2024), transcurrieron 2 años y cuatro meses, mediando del orden de 1 año para que fueren despachadas las rondas de observaciones por parte de la SMA (14 de julio de 2023 y 26 de julio de 2024).
- (e) Dado el tiempo transcurrido, la reducción operacional propuesta en el PdC se encuentra ejecutada en los PdC Puntas Sur y Córdova 4, sin perjuicio de que en el rol D-104-2022 Australis acogiera el requerimiento de que, además de esta reducción operacional ya ejecutada, el mismo Ces infractor Estero Retroceso redujera su operación.
- (f) Por último, si Australis hubiere tenido claridad acerca de la inclusión del segundo ciclo en el PdC presentado, ya sea antes de la presentación de la autodenuncia de 22 de octubre de 2022, o antes del requerimiento de información de diciembre de 2022 despachado en el marco de la referida autodenuncia o, incluso, antes de la admisibilidad de la misma en marzo de 2023 (todas estas fechas anteriores a la formulación de observaciones al PdC), Australis pudo haber incluido este ciclo en la autodenuncia de octubre 2022, **sin encontrarse una condición de suyo desmejorada procesalmente como la que es materia en esta reformulación.**

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS ACERCA DE LA REFORMULACIÓN DE CARGOS

Como es presentado a continuación, la Formulación de Cargos genera un agravio a Australis al impedir la presentación de un PdC, contraviniendo tanto el espíritu de promoción de estos instrumentos, como asimismo y más grave aún, la confianza legítima en precedentes de la SMA asimilables al caso en cuestión.

1.- Principio rector: Los instrumentos de incentivo al cumplimiento deben ser potenciados

Los Incentivos al cumplimiento, entre ellos, la figura del PdC, fueron creados por medio de la LO-SMA. Al respecto, el Mensaje del Proyecto de la Ley N° 20.417, señala:

“El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo. Éste último contempla consideraciones en materia de cumplimiento desde el momento de creación de la regulación, pasando por el diseño de instrumentos de aplicación de las nuevas regulaciones hasta los sistemas sancionatorios”¹⁷ (lo destacado es nuestro).

En este sentido, se ha dicho que:

“el legislador estimó que el cumplimiento voluntario de las normas ambientales vulneradas, en un espacio razonable de tiempo, y la eliminación de sus efectos, produce un beneficio mayor al medio ambiente que la aplicación de una sanción”¹⁸.

De la misma forma, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental había resuelto, muy tempranamente acerca de cuál era la forma de entender e interpretar estos instrumentos. Así se indicó:

“(…) los mecanismos de incentivo al cumplimiento fueron diseñados a la luz del principio de cooperación entre el regulador y el regulado, técnica que ha sido desarrollada más intensamente en países industrializados, así como en el derecho internacional del medio ambiente, y cuya característica fundamental es el incentivo al cumplimiento a través de la creación de mecanismos flexibles, tales como, la asistencia al cumplimiento, cuya finalidad es enfrentar las dificultades del cumplimiento de manera proactiva. Bajo el modelo de cooperación, la ejecución se enfoca con mayor fuerza en el cumplimiento normativo, antes que en los mecanismos clásicos de disuasión y sanción, transitando de una política disuasiva a una política asociativa, menos adversarial, que utiliza política múltiples herramientas para incentivar el cumplimiento normativo”¹⁹.

Así también el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, en sentencia de 12 de septiembre de 2023, Rol R-12-2023, expresó:

¹⁷ Mensaje de la Ley N° 20.417, p. 9.

¹⁸ Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, de 14 de abril de 2022, R-15-2021 “Fundación Legado Chile y otros con Superintendencia del Medio Ambiente”.

¹⁹ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 22 de julio de 2016, “Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A. con SMA”, R-68-2015. Así también la Corte Suprema ha resuelto: “nos encontramos frente a un mecanismo de tutela destinado a impedir la continuación de los efectos que perturban el medio ambiente y la proliferación de sus consecuencias adversas, mediante un plan provisto de etapas y plazos a los que se obliga voluntariamente el administrado, consagrando, así, los principios de colaboración y prevención”. SCS Rol N° 8456-2017, de 22 de mayo de 2018, “Ecomaule con la Superintendencia del Medio Ambiente”.

*“la interpretación de las normas legales y administrativas que regulan los incentivos al cumplimiento **debe siempre favorecer su procedencia**, por cuanto son estos los instrumentos que satisfacen directamente los intereses generales previstos en las normas de protección ambiental que se estimen infringidas. De abí que, por un lado, se haya interpretado por la misma SMA, que ésta puede ordenar la complementación de los PdC presentados por los regulados, y por otro lado, pueda proceder a su aprobación con correcciones de oficio. Estas dos potestades no se encuentran expresamente previstas por la ley o el reglamento, pero se estima que son **consustanciales para alcanzar los fines de estos instrumentos**. En consecuencia, permitir al regulado adoptar medidas o acciones eficaces que aseguren el cumplimiento futuro de una norma ambiental, es una respuesta mucho más rápida y eficiente para salvaguardar los objetivos de protección ambiental, cuya oportunidad o conveniencia debe ser ponderada por la SMA”* (lo destacado es nuestro).

De este modo, los razonamientos judiciales antes expuestos dan cuenta que en el marco del ejercicio de *ius puniendi* ambiental del Estado, con arreglo a la institucionalidad ambiental creada por la Ley N°20.417, de 26 de enero de 2010, **debe tomarse como idea rectora privilegiar la aplicación de los incentivos al cumplimiento dispuestos en la ley**, habida cuenta de los efectos ambientales favorables que estos instrumentos generan en comparación a la vía sancionatoria convencional.

2.- El impedimento fijado en la Formulación de Cargos infringe el Deber de Respeto a la Confianza Legítima

Para la presente petición de reformulación, hay tres ámbitos de precedentes respecto de los cuales la Formulación de Cargos se desvía generando un agravio a Australis.

2.1.- La SMA ha reformulado cargos en base a lo manifestado por el titular en el PdC con posterioridad a la formulación de cargos y/o en un informe de fiscalización ambiental posterior a la misma

El caso de estos autos administrativos versa en cuanto a que Australis se ve impedido a presentar PdC respecto de un ciclo adicional al de la primera formulación de cargos de 2022, en circunstancias que manifestó la intención de optar al instrumento de incentivo al cumplimiento en la primera gestión del procedimiento, al presentar el PdC de julio de 2022, habiendo sido remitido al expediente, además, el informe de fiscalización posterior a la formulación de cargos. Contrario a lo obrado por la SMA en este proceso, hay otros precedentes completamente asimilables en los que la SMA procedió a incorporar lo señalado por el titular en el PdC o los hallazgos contenidos en el informe de fiscalización, cabalizando el debate en el mismo procedimiento.

Expediente	Formulación de Cargos	Programa de Cumplimiento	Reformulación	Programa de Cumplimiento	Aprobación de programa de Cumplimiento
D-230-2022 Reformulación en base a lo planteado en el PdC por el titular	25.10.2022 La obtención, con fecha 13 de mayo de 2022 , de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 75 dB(A), medición efectuada en horario diurno, en condición interna con ventana abierta y en un receptor sensible ubicado en Zona II.	30.11.2022 De acuerdo con el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2022-1690-XIII-NE, la actividad de inspección ambiental fue realizada por funcionarios de la I. Municipalidad de Providencia el día 13 de mayo de 2022, en horario diurno, a las 11:45 horas. [...] Una vez finalizadas las excavaciones y construcción de pilas, comenzó la etapa de obras gruesas del proyecto. De acuerdo a la Carta Gantt del proyecto (Anexo No3), corresponde que estas obras finalicen el día 15 de diciembre de 2022 , sin embargo en la práctica estas obras se terminaron con fecha 25 de noviembre de 2022. [...] En este sentido, el presente PdC contempla una serie de acciones por ejecutar, todas las cuales apuntan al control y gestión del ruido ocasionado por las fuentes que efectivamente se encontraran en funcionamiento	15.02.2023 La obtención, con fechas 19 de octubre de 2022, 01 de diciembre de 2022 y 14 de diciembre de 2022 , de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 73 dB(A), 70 dB(A), 68 dB(A), todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición interna con ventana abierta y en un receptor sensible ubicado en Zona II.	13.03.2023 En marzo de 2022 se inició la fase de excavaciones y construcción de pilas de socalzado, las cuales se ejecutaron por la empresa Socoher, tal como se desprende del Acta de Recepción de Terreno, de fecha 03 de junio de 2022 y del Contrato de Especialidades, de fecha 01 de marzo de 2022, que se acompañan en el Anexo N°1 de esta presentación. Esta fase finalizó a principio de junio de 2022. Una vez finalizadas las excavaciones y construcción de pilas, en junio de 2022 se dio inicio a la fase de obras generales, a cargo de Magna, comenzando con la etapa de obras gruesas del proyecto. De acuerdo a la Carta Gantt del proyecto (Anexo N°2), correspondía que estas obras finalizaran en diciembre de 2022, sin embargo en la práctica estas	06.06.2023

		durante la ejecución del PdC. [...]		obras se terminaron con fecha 25 de noviembre de 2022. Desde octubre de 2022 a la fecha, el proyecto se encuentra en las etapas de terminaciones, áreas comunes, fachada e instalaciones.	
D-161-2020 Reformulación en base a IFA posterior a la Formulación de Cargos	10.12.2020 No contar con mecanismos de contención suficientes que permitan asegurar el correcto manejo y envío oportuno a la planta de tratamiento de osmosis inversa, de los lixiviados y las aguas lluvias con contacto que caen sobre el área del depósito. No reportar la frecuencia de monitoreo exigida en su programa de monitoreo: El establecimiento industrial no reportó la frecuencia de monitoreo exigida en la Res. Ex. SISS N° 3262/09, de fecha 04 de Septiembre de 2009, modificada por la Res. Ex. SISS N° 1022/10 de fecha 20 de abril de 2010, para todos los puntos de descarga y parámetros señalados en la Tabla N° 1 del Anexo de la presente Resolución, correspondiente a su Programa de	16.02.2021	01.02.2022 51. Que, del análisis de los nuevos antecedentes incorporados mediante los Informes de Fiscalización Ambiental IFA DFZ-2021-596-VIII-RCA y DFZ-2021-1255-VIII-MP, así como también debido a la nuevas denuncias singularizadas en los considerandos N° 9 al 12, se concluye que efectivamente se han constatado nuevos hechos infraccionales en conformidad a lo descrito en los considerandos N° 33 al 49 de la presente resolución. Adicionalmente, en el presente caso no se visualiza afectación a derechos de terceros como consecuencia de la rectificación de la citada Resolución Exenta N° 1 / Rol D-161-2020.	04.03.2022 Pendiente.	

	Monitoreo mensual asociado al D.S. N° 90/2000, en los periodos de mayo, julio, septiembre y noviembre de 2018, para los parámetros Coliformes fecales, Ph y Temperatura en el punto 1 Estero Las Puyas.			
--	---	--	--	--

De este modo, respecto de este ámbito de precedentes, la SMA:

(a) En el marco del expediente D-104-2022 no procedió a reformular cargos en base al PdC presentado en respuesta de la formulación de cargos de 2022, incluyendo un ciclo adicional al de la referida formulación, precedido de la respectiva reunión de asistencia al cumplimiento, **desatendiendo este hecho nuevo, contrario al precedente D-230-2022.**

(b) En el marco del expediente D-104-2022 no procedió a reformular cargos en base al IFA de 2022, derivado a la División de Sanción con posterioridad a la formulación de cargos de 2022 y previo a la presentación del PdC presentado en respuesta de la formulación de cargos de 2022, incluyendo un ciclo adicional al de la referida formulación correspondiente al IFA, **desatendiendo este hecho nuevo, contrario al precedente D-161-2020.**

2.2.- Precedentes de la SMA en la que ha aceptado presentar un ciclo adicional al de la formulación de cargos

En este acápite, la contravención de al deber de confianza legítima es más grave aún, ya que en todos los precedentes mencionados a continuación los PdC habían sido presentados a la fecha del PdC de 22 de julio de 2022 y, más aún, tres de los cuatro ya habían sido aprobados por la SMA a la fecha de la presentación del PdC D-104-2022.

Rol	Ciclos objeto de Formulación de Cargos	Ciclos del PdC aprobados
D-008-2021	Ciclo 2017 - 2018	Aprobado en 7 de julio de 2021 – Ciclo 2017-2018 – Ciclo 2019-2020
D-009-2021	Ciclo 2016 - 2018	8 de septiembre de 2021 – Ciclo 2016 – 2018 – Ciclo 2019 - 2020
D-062-2021	Ciclo 2017 - 2018	Aprobado 05 de julio de 2022 – Ciclo 2017-2018 – Ciclo 2019-2020
D-063-2021	Ciclo 2017 - 2018.	Aprobado 26 de julio de 2022 – Ciclo 2017-2018 – Ciclo 2019-2020

De este modo, siendo los 4 PdC fueron presentados a la fecha en que fue presentado el PdC D-104-2022 de 11 de julio de 2022 e, incluso, a la misma ficha, estando de ellos aprobados (D-008-2021, D-009-2021, D-062-2021), puede concluirse que se está frente a un actuar previo de la SMA consolidado a la fecha de presentación del PdC.

2.3. Caso equivalente y contemporáneo: CES Morgan (D-58-2022 y D-96-2024)

Más aun, en forma prácticamente paralela a la instrucción de este procedimiento, un caso completamente asimilable al que es materia de la presente reformulación y recalificación fue instruido en formas diversa, privilegiando la procedencia de los instrumentos de incentivo al cumplimiento. Tal es el caso del CES Morgan, que dio lugar a los expedientes D-58-2022 y D-96-2024, a saber:

Fecha	Hito
31.03.2022	D-058-2022, formula cargos por ciclo 2017-2019
22.04.2022	D-058-2022, presenta PdC por ciclos 2017-2019 y 2019-2021
07.07.2022	D-058-2022, requerimiento de información acerca de ciclo 2019-2021
28.07.2022	D-058-2022, respuesta a requerimiento de información de ciclo 2019-2021
20.07.2023	D-058-2022, observaciones a PdC
11.09.2023	D-058-2022, presenta PdC Refundido por ciclos 2017-2019 y 2019-2021
06.05.2024	D-058-2022, observaciones a PdC Refundido, requiriendo excluir el ciclo 2019-2021
06.05.2024	D-096-2024, formula cargos por ciclo 2019-2021
14.05.2024	D-058-2022, PdC Refundido segunda versión, solo respecto de ciclo 2017-2019, señalando que ciclo 2019-2021 será materia de Rol D-096-2024
08.07.2024	D-058-2022, aprobación a PdC Refundido segunda versión, solo respecto de ciclo 2017-2019
21.08.2024	D-096-2024, observaciones a PdC
04.10.2024	D-096-2024, presente PdC refundido

Como puede apreciarse, ambos casos son absolutamente asimilables y han sido objeto de un trato manifiestamente diverso entre sí. Por una parte, el caso del CES Morgan, si bien se aleja del precedente consolidado de la SMA de aceptar en un PdC las medidas asociadas a ciclos adicionales a la formulación de cargos (D-008-2021, D-009-2021, D-062-2021 y D-063-2021), mantiene el espíritu de promoción de los instrumentos de incentivo al cumplimiento, respetando la

manifestación de voluntad de Australis de acceder al mismo. Como resultado, se obtiene la aprobación de un PdC por el primer ciclo y un PdC para el segundo ciclo en análisis, accediendo a un plan de acciones y metas más temprano para la corrección de los hechos materia del proceso.

En cambio, en el caso de autos, si bien Australis recorre el mismo derrotero, el resultado es (i) se obtiene un PdC aprobado para un solo ciclo, (ii) se inicia un segundo proceso sancionatorio con una imputación agravada por concepto de reiteración, (iii) con una declaración de impedimento de presentar PdC que es materia de esta presentación y, dado el tiempo transcurrido, estando ejecutada la reducción operacional propuesta en julio de 2022 en dos centros de la compañía, con la consecuente captura de todo potencial beneficio económico derivada de la sobreproducción.

3.- La reformulación solicitada se ajusta a la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales sobre la materia

En la sentencia rol R-122-2016, del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, en el Considerando Decimoctavo señala la relevancia de la resolución de formulación de cargos, en cuanto a ser el acto trámite que fija, provisionalmente, el alcance de un procedimiento sancionatorio, como regla de protección de la indefensión en favor del sujeto pasivo del referido procedimiento:

“Decimoctavo. Que, además, la referencia de la resolución que formula cargos radica en que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 54 de la LOSMA, ‘‘Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubieren sido materia de cargos’’.

En la misma sentencia, en los considerandos Vigésimo a Vigésimo segundo, se aborda el tratamiento a la reformulación:

“Vigésimo. Que, por su parte, la reformulación de cargos ha sido reconocida por la doctrina como “[...] el acto administrativo dictado por la autoridad sancionadora, luego de haberse formulado cargos y antes de la resolución de término, que tiene por objeto modificar el contenido de los cargos formulados al presunto infractor, a saber, hechos, sanción o calificación jurídica” (OSORIO VARGAS, Cristóbal, op. cit., pp. 318-319).

“Vigésimo primero. Que, asimismo, la doctrina sostiene que, dentro del plazo de seis meses de duración del procedimiento administrativo -contemplado en el artículo 27 de la Ley N°19.880- y antes de la dictación del acto administrativo terminal, la Administración podrá “[...] reformular los cargos realizados al eventual infractor, en razón de lo dispuesto en el artículo 13 de la LBPA, que fija el principio de no formalización”, aunque ésta “[...] sólo puede fundarse en hechos y antecedentes nuevos, que la autoridad sancionadora no pudo conocer a la fecha de la formulación de cargos o investigación. Asimismo, se señala que “[...] procederá la reformulación de cargos, que en razón de dichos nuevos antecedentes o hechos hagan necesaria una nueva calificación jurídica de los hechos que fundan el proceso y de la gravedad de la sanción” (OSORIO VARGAS, Cristóbal, op. cit., pp. 319-320).

“Vigésimo segundo. Que, en definitiva, resulta claro que al acto administrativo de reformulación de cargos se le aplican los mismos principios y disposiciones legales que informan y regulan la formulación de cargos”.

Seguidamente, en la sentencia Rol, R-192-2018, razona:

“Cuadragésimo sexto: Que, en este sentido, se ha señalado que el contenido de la formulación de cargos debe ser considerado de carácter provisorio, debido a que ciertas actuaciones o antecedentes pueden llevar a modificarlos. En tal caso “corresponderá reformular o ampliar los cargos, considerando que conforme al artículo 54 de la LOSMA, ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos” (BERMÚDEZ SOTO, Jorge, op. Cit. 505). Por su parte, otro autos no solo reconoce la facultad de reformular cargos, sino que además la ha definido expresamente como “[...] el acto administrativo dictado por la autoridad sancionadora, luego de haberse formulado cargos y antes de la resolución de término, que tiene por objeto modificar el contenido de los cargos formulados al presunto infractor, a saber, hechos, sanción o calificación jurídica” (OSORIO VARGAS, Cristóbal, op. cit., pp. 318-319)”.

Este mismo fallo, en el Considerando Quincuagésimo primero, señala las condiciones de procedencia de la reformulación:

“Quincuagésimo primero. Que, en relación con esta alegación, este Tribunal estima necesario relevar que la reformulación de cargos exige ciertos requisitos que la hagan procedente, a saber: que sea realizada dentro del plazo y que se haya constatado la existencia de hechos nuevos. En este contexto, se ha señalado que dicha reformulación deberá ocurrir dentro del plazo de seis meses de duración del procedimiento administrativo – contemplado en el artículo 27 de la Ley N° 19.880- y antes de la dictación del acto administrativo terminal. Es durante este período en el cual la Administración podrá “[...]reformular los cargos realizados al eventual infractor, en razón de lo dispuesto en el artículo 13 de la LBPA, que fija el principio de no formalización”, aunque ésta “[...] sólo puede fundarse en hechos y antecedentes nuevos, que la autoridad sancionadora no pudo conocer a la fecha de la formulación de cargos o investigación. Asimismo, se señala que “[...] procederá la reformulación de cargos, que en razón de dichos nuevos antecedentes o hechos hagan necesaria una nueva calificación jurídica de los hechos que fundan el proceso y de la gravedad de la sanción” (OSORIO VARGAS, Cristóbal, op. cit., pp. 319-320).

Por último, el mismo Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, en la sentencia Rol R-262-2020, Considerando Decimotercero, señala:

“Decimotercero. Que, reconociendo la atribución de la Administración de reformular cargos en aras del principio de congruencia, esta decisión debe ser adoptada con fundamento y prudencia, salvaguardando las garantías que la Ley concede al sujeto pasivo de un procedimiento previamente formalizado, esto es, el derecho de conocer el estado de tramitación del expediente y de formular alegaciones y aportar documentos y otros elementos de juicio que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente. Ello es especialmente cierto cuando tal determinación se funda en diligencias para las cuales el trámite de audiencia ha sido expresamente previsto por la Ley. El posterior emplazamiento del presunto infractor para que plante sus descargos respecto de la nueva imputación no puede convalidar una actuación defectuosa que impacta en forma relevante la situación jurídica del administrado”.

“Decimoquinto. Que, de acuerdo con lo expuesto, se concluye que la reformulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N°10/2020 constituye un acto trámite calificado, que puede ser reclamado en esta sede, pues tiene la susceptibilidad de producir indefensión a la reclamante al haber sido adoptado sin haber dado cumplimiento a la garantía que contempla el artículo 54 de la Ley Orgánica de la SMA”.

En la especie:

(a) La Formulación de Cargos, en los términos actualmente planteados genera un agravio de indefensión a Australis, ya que esta última queda desprovista de acceder al instrumento de incentivo al cumplimiento (PdC), habiendo ejercido la opción del mismo y perseverado manifiestamente en ella desde julio de 2022 hasta fines de 2024.

(b) Más aún, la opción del PdC fue manifestada en base a hechos nuevos a la formulación de cargos de 2022, tanto manifestados en el mismo PdC, como en el informe de fiscalización ambiental remitido al expediente con posterioridad a la formulación y antes de la reunión de asistencia al cumplimiento y de la consecuente presentación del PdC.

De este modo, los elementos de novedad (hechos nuevos posteriores a la formulación de cargos) y agravio de indefensión (impedimento de acceder al incentivo) referidos por la jurisprudencia antes citada concurren, quedando de manifiesto un agravio que debe ser corregido por esta vía.

4.- La petición de reformulación y recalificación se ajusta a las disposiciones legales incumbentes

Por último, como también señala la jurisprudencia antes referida, para la figura de la formulación de cargos y la reformulación de la misma, resultan pertinentes las siguientes disposiciones legales, tanto de la LO-SMA, como de la LBPA, como normativa legal supletoria, obrando todas ellas en favor de la reformulación y recalificación solicitada.

En cuanto a la LO-SMA:

“Artículo 49.- La instrucción del procedimiento sancionatorio se realizará por un funcionario de la Superintendencia que recibirá el nombre de instructor y se iniciará con una formulación precisa de los cargos, que se notificarán al presunto infractor por carta certificada en el domicilio que tenga registrado ante la Superintendencia o en el que se señale en la denuncia, según el caso, confiriéndole un plazo de 15 días para formular los descargos. La formulación de cargos señalara 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” (lo destacado es nuestro).

“Artículo 54.- Emitido el dictamen, el instructor del procedimiento elevará los antecedentes al Superintendente, quien resolverá en el plazo de diez días, dictando al efecto una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso. No obstante, el Superintendente podrá ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento, fijando un plazo para tales efectos, dando audiencia al investigado. Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos” (lo destacado es nuestro).

Ambas normas establecen que la formulación de cargos, como acto cabeza del procedimiento sancionatorio, sienta las bases del procedimiento administrativo con miras a que el presunto infractor pueda ejercer en plenitud los derechos de defensa que la ley franquea. En el caso de autos, este derecho de defensa en un racional y justo procedimiento no se satisface únicamente con la opción de presentar descargos, máxime en un contexto en el que la SMA agravó la imputación por concepto de reiteración de infracción y habiendo obrado en el proceso un plan de acciones y metas para el ciclo objeto del proceso. Por el contrario, este derecho de defensa requiere para su plenitud

que se respete el derecho a acceder al incentivo de cumplimiento respecto del cual el titular manifestó su intención de acceder y perseverar, manteniendo la reducción operacional en el tiempo intermedio (2022-2024).

En cuanto a la LBPA:

“Artículo 7º. Principio de celeridad. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites. Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión. En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia” (lo destacado es nuestro).

“Artículo 9º. Principio de economía procedural. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios. Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo. Toda comunicación entre órganos de la Administración que se practique en el marco del procedimiento se realizará por medios electrónicos, dejándose constancia del órgano requirente, el funcionario responsable que practica el requerimiento, destinatario, procedimiento a que corresponde, gestión que se encarga y el plazo establecido para su realización. Asimismo, deberá remitirse una copia electrónica de tal comunicación a todos quienes figuren como interesados en el procedimiento administrativo de que se trate. Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario” (lo destacado es nuestro).

“Artículo 10. Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria. Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses. En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento” (lo destacado es nuestro).

“Artículo 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos” (lo destacado es nuestro).

“Artículo 13. Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitable

de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares. Quienes desempeñen cargos en la Administración no podrán exigir la presentación de autorizaciones notariales de firmas en documentos otorgados en soporte de papel o electrónico, salvo que dicha autorización sea expresamente requerida por mandato legal o reglamentario. El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado. La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros” (lo destacado es nuestro).

En base a los preceptos legales supletorios antes transcritos, pesa sobre la SMA en su calidad de ente público instructor del procedimiento ordenar la ritualidad del mismo en base a su mérito, atendiendo a la manifestación del titular de acceder al PdC, efectuado a la fecha en que no había impedimento alguno, obrando con objetividad y en consistencia con los precedentes existentes y más aún consolidados a la fecha en que Australis manifestó su intención de presentar PdC, con las consecuentes acciones que derivaron, entre ellas, haber completado la reducción operacional propuesta en julio de 2022.

Por consiguiente, como prescribe el artículo 13 de la LBPA, en forma consistente con el 15 inciso segundo de la misma ley, se está en presencia de un acto trámite calificado, que agrava sustantivamente la condición procesal de Australis, que genera por tanto indefensión que solo puede ser corregida con el restablecimiento del beneficio de acceder al instrumento de incentivo al cumplimiento de PdC por el ciclo en cuestión, manifestada en julio de 2022.

IV.- PETICIÓN CONCRETA

Por tanto, respetuosamente vengo en solicitar al Sr. Fiscal Instructor, como incidente de especial pronunciamiento de forma previa a la presentación de descargos, **reformular y recalificar** la Resolución Exenta N°1/Rol N°D-1-2025, solicitando concretamente:

- (a) Eliminar la clasificación de infracción gravísima del cargo N°1, conforme al artículo 36 N°1 letra g) del artículo segundo de la LO-SMA, en el Resuelvo II de la Formulación de Cargos.
- (b) Eliminar el impedimento de presentación de Programa de Cumplimiento, en el Resuelvo VI de la Formulación de Cargos.

V.- PETICIÓN DE SUSPENSIÓN EFECTOS DE FORMUALCIÓN DE CARGOS

En atención al incidente de previo y especial pronunciamiento, de petición de reformulación de la Formulación de Cargos, planteado en el cuerpo principal de esta presentación, solicito respetuosamente al Sr. Fiscal Instructor disponer la suspensión de los efectos de la Formulación de Cargos, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 9º de la LBPA, que al respecto establece que:

“Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.”

La petición de suspensión de efectos de la Formulación de Cargos se fundamenta en la necesidad de contar con una resolución que sea dictada por esta Superintendencia contando con todos los antecedentes pertinentes y suficientes para realizar una adecuada ponderación de los elementos fácticos y jurídicos para formular cargos a mi representada.

En este contexto, y dada la solicitud principal planteada en esta presentación, es que solicitamos a Usted respetuosamente suspender los efectos de la Formulación de Cargos, mientras no sea resuelto este incidente.

En atención a lo anterior, acceder a la petición de suspensión del procedimiento mientras penda la resolución de la reformulación y recalificación de la Formulación de Cargos en los términos planteados en esta presentación.

Sin otro particular, se despide atentamente,

José Luis Fuenzalida Rodríguez
AUSTRALIS MAR S.A.