

- MAT.** : 1. Interpone fundado recurso de reposición; 2. Acompaña documentos; 3. Solicita reserva de información que indica.
- REF.** : 1) Res. Ex. N° 1.605 de 18 de noviembre de 2019, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-067-2017; 2) Expediente sancionatorio Rol D-067-2017

Santiago, 13 de diciembre de 2019

**SR. CRISTÓBAL DE LA MAZA GUZMÁN**

Superintendente

Superintendencia del Medio Ambiente

Presente

**CECILIA URBINA BENAVIDES**, en representación de **SOCIEDAD INGENIERÍA, CONSTRUCCIÓN Y MAQUINARIA SpA** (en adelante, "SICOMAQ"), en relación con lo resuelto en la Resolución Exenta N° 1.605 de fecha 18 de noviembre de 2019 de vuestra Superintendencia (la "Resolución Sancionatoria"), notificada a esta parte el día 6 de diciembre de 2019, así como en los antecedentes que obran en el expediente sancionatorio Rol D-067-2017, a Ud. respetuosamente digo:

Que, a través de esta presentación, vengo en interponer fundado recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 del artículo segundo de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LO-SMA") y en los artículos 15 y 59 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado ("LBPA")

Cómo se analizará a continuación, la Resolución Sancionatoria es contraria a derecho, y ocasiona manifiesto perjuicio a SICOMAQ, por lo que solicito a usted se sirva a acoger el presente recurso, dejándola sin efecto, enmendándola conforme a derecho, absolviendo en lo pertinente de los cargos formulados o rebajando las sanciones pecuniarias aplicadas,

todo lo anterior conforme a los argumentos y antecedentes que se detallan en el presente escrito

## I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO SEGUIDO EN CONTRA DE SICOMAQ

### 1. De la Formulación y Reformulación de los cargos.

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

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

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

#	Cargo formulado	Calificación de gravedad
1	No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones: a. Alteración del muro del Monumento Histórico (“MH”) producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1. b. Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno. c. No contar con supervisión permanente de arqueólogo.	Grave (incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA, Art. 36 N°2 letra e) de la LO-SMA)
2	Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos sin haber notificado al CMN, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas.	

- 3 Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N°66/2012, en particular las siguientes:
  - a. Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto.
  - b. Recuperación selectiva del Componente 3, según se indicó en el anexo C de la Declaración de Impacto Ambiental.
  - c. Excavación estratigráfica en sector de construcción de gradas en Playa La Argolla.
  - d. Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés.
  - e. Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6.
- 4 Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA) Leve (hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, Art. 36 N°3 de la LO-SMA)  
**Fuente: Elaboración propia, en base a la Formulación y la Reformulación de Cargos**

## **2. Del Programa de Cumplimiento presentado y su rechazo.**

SICOMAQ, haciendo uso del derecho otorgado por el artículo 42 de la LO-SMA, presentó diversas versiones de Programa de Cumplimiento ("PdC"): el 26 de septiembre de 2017 (primer PdC), el 19 de marzo de 2018 (primer PdC según reformulación de cargos), el de 2 mayo de 2018 (primer PdC Refundido), y el 31 de mayo de 2018 (segundo PdC Refundido). Los diversos PdC presentados fueron en definitiva rechazados mediante la Res. Ex. N°11/Rol D-067-2017, de 3 de julio de 2017, por no haber cumplido éstos con los criterios de aprobación de dicho instrumento, en particular en lo que respecta al descarte de efectos negativos derivados de la infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 30 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

Frente a ello, con fecha 23 de julio de 2018, SICOMAQ interpuso los recursos administrativos de reposición y jerárquico en subsidio, contemplados en la LBPA, los cuales fueron en definitiva rechazados mediante las Res. Ex. N°13/Rol D-067-2017, de fecha 30 de

julio de 2018 (en relación al recurso de reposición) y la Res. Ex. N° 371 de 15 de marzo de 2019 (en relación al recurso jerárquico)

### **3. De los descargos y los antecedentes complementarios evacuados por SICOMAQ.**

Posteriormente, con fecha 21 de marzo de 2019, SICOMAQ evacuó los descargos correspondientes en el presente proceso, exponiendo los argumentos por los cuales, a juicio de la empresa, no se le podía tener por responsable de los cargos formulados por la SMA, acompañando además diversos anexos en los cuales se adjuntaron los elementos probatorios para desvirtuar dichos cargos.

En esta oportunidad, mi representada solicitó que se le absolviera de los cuatro cargos formulados, o, en subsidio de lo anterior, se procediera a recalificar la gravedad de los cargos N°1, 2 y 3 a “leves”, por cuanto no concurrían respecto de ellos los supuestos de hecho que permitieran calificar dichas infracciones como “graves”, como hizo la Reformulación de Cargos<sup>1</sup>. Además, se solicitó que, como consecuencia de la recalificación de gravedad de los cargos formulados solicitada, se aplicara la mínima sanción que en derecho correspondiera a los cuatro cargos formulados, dado que se había acreditado la inexistencia de circunstancias que pudieran agravar la responsabilidad infraccional de la empresa, y se había acreditado la existencia de circunstancias atenuantes de dicha responsabilidad, en particular, la cooperación eficaz, la irreprochable conducta anterior de la empresa y la aplicación de medidas correctivas para hacerse cargo de las infracciones imputadas y de sus efectos.

Adicionalmente, con fecha 27 de agosto de 2019, SICOMAQ presentó nuevos antecedentes de hecho y de derecho en el presente procedimiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 letra f) de la LBPA, en particular, para dar cuenta de las diversas gestiones realizadas por la empresa con fecha posterior a la presentación de los descargos, en relación con las

---

<sup>1</sup> Es menester hacer presente que la Reformulación de Cargos calificó los cargos N°1, 2 y 3 como “graves”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA, es decir, por supuestamente haber incumplido gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA.

diversas medidas tomadas para cumplir con los lineamientos de la autoridad (el CMN y la misma SMA) respecto a la protección del patrimonio arqueológico. Ello, con la finalidad que dichos antecedentes fueran tenidos presentes para la determinación de la configuración de las infracciones imputadas, así como para ser tenidas en consideración respecto a la aplicación de las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad infraccional, contenidas en el artículo 40 de la LO-SMA.

#### **4. De la diligencia probatoria decretada por la SMA.**

Luego, con fecha 10 de octubre de 2019, la SMA ordenó la realización de una diligencia probatoria consistientes en una solicitud de información que debía ser proveída por SICOMAQ, la cual fue respondida con fecha 16 de octubre de 2019, adjuntando los antecedentes solicitados.

La información solicitada decía relación con antecedentes sobre la paralización y el reinicio de las obras del Proyecto (y los diversos pronunciamientos del CMN al respecto), la ejecución del retiro de las cuñas TNJC y TEJC y los costos asociados a dicha medida, la ejecución de la medida de cubrimiento de los restos del Muelle Francés con geotextil y los costos asociados a dicha medida, los estados financieros y balances anuales de la empresa, los hallazgos no previstos y la bodega provisoria instalada para tales efectos, y otros antecedentes específicos, todos detallados en la Res. Ex. N° 15/Rol D-067-2017.

#### **5. Del cierre de la investigación y las observaciones a la prueba aportada en el proceso.**

La SMA tuvo por cerrada la investigación con fecha 28 de octubre de 2019, mediante la Res. Ex. N° 17/Rol D-067-2017. Por otro lado, SICOMAQ presentó sus observaciones a la prueba aportada durante el procedimiento, así como también solicitó tener presentes determinados antecedentes y alegaciones relativas a la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA para determinar las sanciones a aplicar al caso concreto, mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2019.

En particular, en dicha oportunidad se hicieron presentes a la SMA antecedentes generales del procedimiento de sanción, de la calificación de gravedad de los Cargos N°1, 2 y 3, de la

calidad de SICOMAQ como sujeto no calificado en la gestión de instrumentos de carácter ambiental y del hecho de no haber participado en la evaluación ambiental del Proyecto, de los costos asociados a la paralización de las obras y a los nuevos requerimientos de carácter arqueológico que había realizado el CMN, y de la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA para determinar la sanción específica al caso concreto.

#### **6. De la Resolución Sancionatoria.**

Finalmente, el procedimiento sancionatorio de autos fue resuelto en definitiva mediante la Resolución Sancionatoria ya individualizada, cuyo contenido se impugna mediante el presente recurso de reposición. Dicha resolución resolvió condenar a SICOMAQ a un total de **403 Unidades Tributarias Anuales** ("UTA") por los 4 cargos formulados. Las multas aplicadas se desglosan de la siguiente forma:

- 141 UTA por el Cargo N°1, asociado a no aplicar medidas de resguardo al MH.
- 223 UTA por el Cargo N°2, asociado al hallazgo y recolección de material arqueológico sin notificar al CMN.
- 34 UTA por el Cargo N°3, asociado al incumplimiento de medidas de carácter patrimonial.
- 5 UTA por el Cargo N°4, asociado al Inicio de las obras sin contar con los PAS requeridos.

#### **II. ANTECEDENTES Y ARGUMENTACIONES QUE FUNDAMENTAN EL PRESENTE RECURSO DE REPOSICIÓN**

En este acápite se desarrollarán los argumentos y se presentarán los antecedentes y argumentaciones que fundan el presente recurso de reposición.

En particular, se dará cuenta de aquellas consideraciones de la Resolución Sancionatoria que, en concepto de mi representada, carecen de fundamento o cuya apreciación de los hechos o calificación jurídica se estima errada, por lo que requieren ser subsanadas en la presente sede, en relación a cada uno de los cargos formulados. También se dará cuenta, en específico, de la circunstancia relativa a la capacidad económica del infractor, contenida

en el artículo 40 letra f) de la LO-SMA, de forma separada, pues ella debe apreciarse globalmente, con prescindencia de los cargos específicos por los cuales se condenó a mi representada.

**1. Objeciones a las consideraciones que fundan la configuración de la infracción, la calificación de gravedad y la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA para el Cargo N°1**

*1.1. Sobre la configuración de la infracción asociada al Cargo N°1, sub-hecho a), en relación a la afectación del muro del MH*

Conforme a lo señalado en la Resolución Sancionatoria -particularmente el Considerando 58°- vuestra Superintendencia entiende configurada la infracción imputada en el sub-hecho a) del Cargo N° 1, por considerar que la afectación generada a la zapata del muro del MH se habría producido como consecuencia realizar labores de excavación en una zona no prevista originalmente por el proyecto.

En efecto, sobre la base de lo declarado por la Arqueóloga contratada por mi representada en el Anexo 3 del Informe de Seguimiento Ambiental del mes de junio de 2017<sup>2</sup>, la SMA entiende que SICOMAQ habría modificado voluntariamente el diseño original del Proyecto (en cuanto a la ubicación de los pilotes que soportarían la Pasarela N° 1) y que de dicha modificación se habría seguido la afectación de la zapata del muro MH.

La lógica secuencial expresada en la Resolución Sancionatoria es la siguiente:

- La RCA 66/2012 no definió el diseño de Pasarela N° 1, ni las características o ubicación de los pilotes que la soportarían. No obstante, conforme a lo declarado por SICOMAQ en el Anexo 3 del Informe de Seguimiento Ambiental de junio de 2017 y el Informe de Seguimiento Ambiental de abril de 2017, se entendió que el diseño original del proyecto habría considerado que los *“pilotes se ubicarán dentro del pasillo del túnel del castillo”*.

---

<sup>2</sup> Dicho Anexo corresponde al documento denominado “Informe de Investigación Daño Patrimonial” de 22 de junio de 2017.

- Con el fin de reducir el impacto al MH, SICOMAQ habría modificado voluntariamente el diseño original proyecto, trasladando la ubicación de los pilotes desde el interior del túnel de acceso al Fuerte hacia el exterior del mismo (aproximadamente a una distancia de 50 cm del muro)
- Sin perjuicio del propósito expresado, esta modificación voluntaria habría resultado en los hechos contraria al principio de mínima intervención al cual se encontraba obligada la empresa, en tanto supuso intervenir con medios invasivos (máquina retroexcavadora) una zona cercana al MH y no considerada por el proyecto original, generando un riesgo adicional y no previsto a dicho elemento patrimonial.
- El carácter contrario al principio de mínima intervención del MH que habría significado dicha modificación, se reforzaría por la circunstancia de no haberse considerado la recomendación efectuada por la empresa ARKA en orden a fijar *“un buffer o franja de inclusión de 1m de ancho en torno a la cortina”*<sup>3</sup>.
- Atendidas las circunstancias anteriores, el hecho de existir un error en la línea de base del proyecto -consistente en la estimación de que las fundaciones del muro se encontrarían al menos a un metro de profundidad- no permitiría exonerar a SICOMAQ de responsabilidad en los hechos imputados<sup>4</sup>.

No obstante, la lógica que sigue la Resolución Sancionatoria no se condice con la realidad, por cuanto, si bien es efectivo que mi representada realizó excavaciones con una máquina retroexcavadora en el exterior del túnel de acceso al Fuerte Corral (con el fin de instalar los pilotes que soportarían la Pasarela N° 1), ello no supuso una modificación del diseño original del Proyecto, una intervención de zonas no consideradas por el proyecto original, la realización de excavaciones con métodos diferentes a los inicialmente previstos por el Proyecto, o la no consideración de recomendaciones efectuadas en forma previa por una empresa especialista en arqueología.

---

<sup>3</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 57, citando el Ordinario CMN N° 4.788/2017.

<sup>4</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 58.



En efecto, **SICOMAQ no modificó la ubicación original de los pilotes que soportarían la Pasarela N° 1, ni intervino zonas no consideradas en el proyecto original.** Si bien es efectivo que el diseño original del Proyecto incluido en la DIA no especificó la ubicación exacta para los pilotes que soportarían la estructura de la Pasarela N° 1 (que conectaría el paseo peatonal con el fuerte), dicho proyecto siempre consideró la utilización de pilotes metálicos sobre dados de hormigón (de 100\*100\*100) (medidas en centímetros) en el exterior del túnel de acceso al Castillo, tal como da cuenta el Numeral 2.4.3.2 de la DIA del Proyecto<sup>5</sup>.

El referido numeral señala, en lo que nos interesa, que *“En el tramo 3, “Playa La Argolla” el paseo disminuye su ancho sin variar la cota precedente y se aleja unos metros de la pared vertical que ofrece el Fuerte (...) **En el sector este y oeste del presente tramo podemos identificar estructuras metálicas en pilotes metálicos con cubiertas de madera y con barandas metálicas de acuerdo a las características señaladas en la Figura 2-17 y Figura 2-18 (...)** En la Figura 2-22 se puede observar la estructura de madera ubicada en ambos costados de este tramo, particularmente en el sector noroeste<sup>6</sup> de esta sección se incorpora el diseño a la infraestructura del monumento, lo cual se logra a través de un acceso desde la estructura de madera que conecta las nuevas obras con el orco que da acceso al patio interior principal del monumento”.*

Por lo anterior, no resulta efectivo afirmar en términos generales -para efectos de entender configurada la infracción- que *“la evaluación ambiental no consideró en ningún momento la instalación de pilotes metálicos en el sector que SICOMAQ decidía intervenir con medios mecanismos invasivos”<sup>7</sup>*. De ello se da cuenta en las siguientes figuras, contenidas precisamente en la DIA del Proyecto.

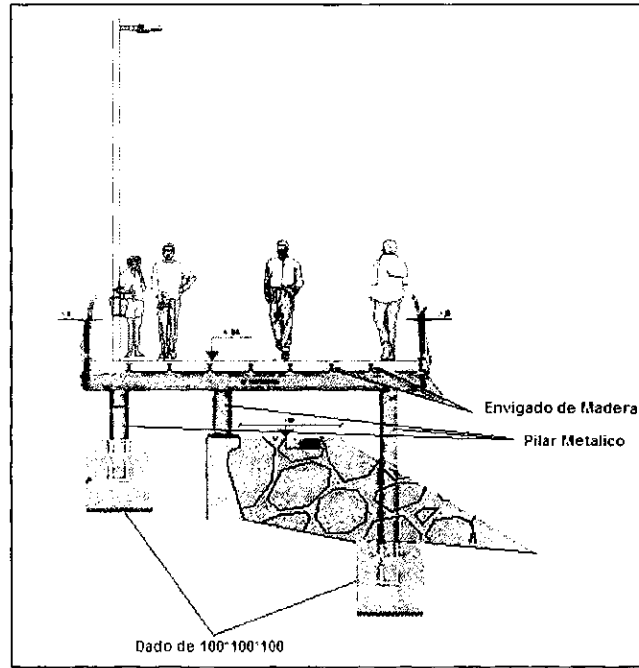
---

<sup>5</sup> DIA del Proyecto, pp. 29-30.

<sup>6</sup> Corresponde al sector en que se ubica la Pasarela N° 1.

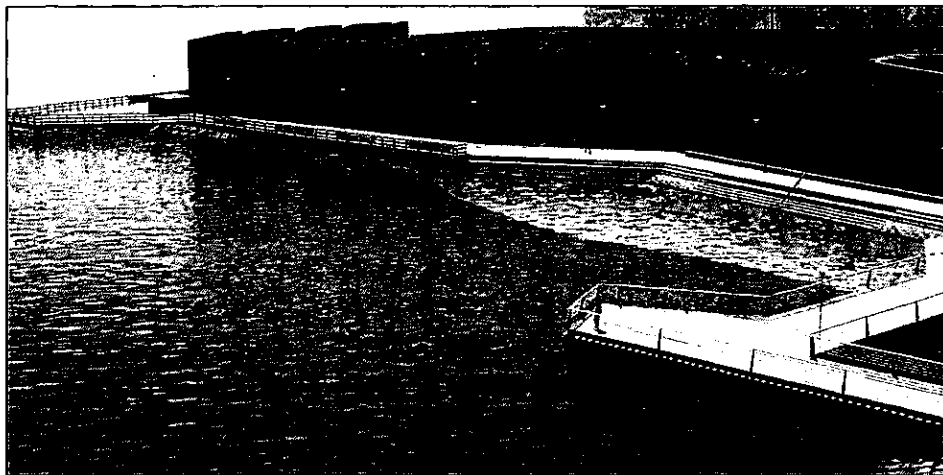
<sup>7</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 58.

**Figura 1**  
**Perfil Pasarela N° 1 (DIA)**



**Fuente: DIA, Figura 2-18. Perfil zona Madera tramo 2**

**Figura 2**  
**Vista 3D Playa La Argolla (DIA)**



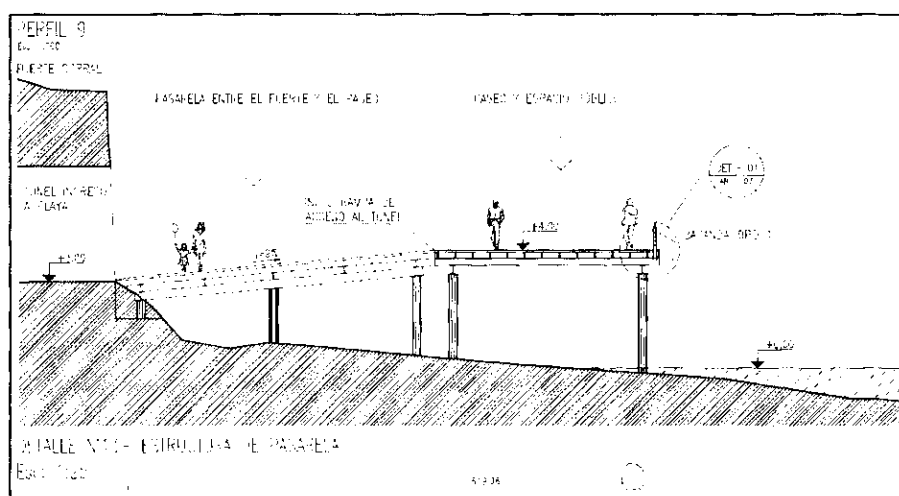
**Fuente: DIA, Figura 2-22. Vista 3D Playa La Argolla.**

Adicionalmente, tampoco es cierto que SICOMAQ haya modificado la ubicación o la distancia al muro de los pilotes que soportarían la Pasarela N° 1 definida en el proyecto original -licitado por el MOP- y que especificaban la ubicación y la distancia que debían tener los pilotes más cercanos al muro del MH.

En efecto, conforme a los planos estructurales y de diseño acompañados al proyecto licitado por el MOP<sup>8</sup> los pilotes metálicos N° 14 y N° 15 de la Pasarela N° 1 se ubicarían en el exterior del muro y existiría entre estos y el borde de acceso del túnel del Fuerte Corral una distancia de 1,36 metros, medida desde el borde de acceso del túnel al eje del pilote.

Adicionalmente, conforme al diseño del proyecto -según es posible apreciar en las siguientes Figuras - la estructura de la Pasarela N° 1 no se apoyaría en el interior del túnel, sino que finalizaría inmediatamente antes del mismo (cuestión que es lógica si se considera que el principio que inspira la ejecución del proyecto es el de la mínima intervención de MH, y ello sería contrario a la idea de apoyar la estructura de la pasarela en el Fuerte)

**Figura 3.**  
**Perfil 9, Pasarela N° 1 (Plano de Diseño)**

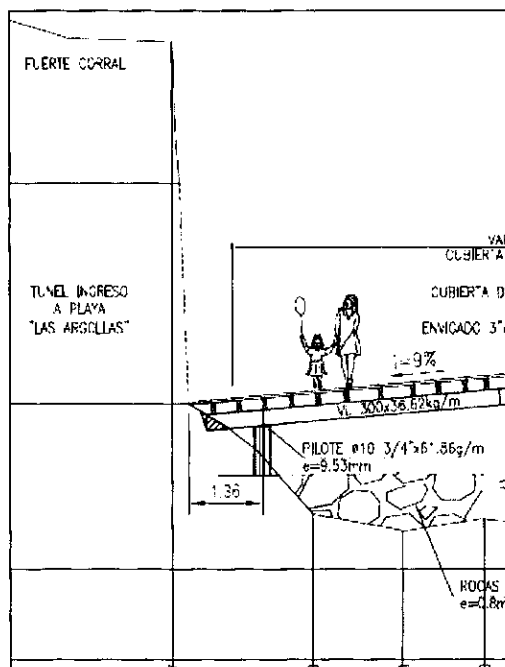


**Fuente: Plano de Diseño "AR N° 05, 10 de 46"**

<sup>8</sup> Particularmente, el Plano de Diseño "Planta General de Arquitectura Perfiles Generales Tramo 3 Playa La Argolla, PLANO AR N° 05, 10 de 46", y el Plano Estructural "Perfiles Transversales Playa La Argolla y Muro San Juan, PLANO OM N° 03, 22 de 46", de una escala de 1:100. Estos planos se acompañan en Anexo 1.A. de esta presentación.



**Figura 6.**  
**Distancia entre pilotes y túnel de acceso al Fuerte (Aproximación Perfil 9, Plano Estructural)<sup>10</sup>**



**Fuente: Plano Estructural "OM N°03, 22 de 46"**

Considerando entonces el diseño del proyecto y la ubicación de los pilotes, y atendido que (i) el dado de hormigón sobre el que se ancla cada pilote tiene una dimensión de 100\*100\*100 (medidas en centímetros); (ii) que los pilotes se ubicarían al centro del dado (50 cm), y que; (iii) que para la instalación de los moldajes (de los dados) se requiere de un espacio adicional de aproximadamente 30 cm, conforme al proyecto original siempre estuvo previsto que se realizaran excavaciones a una distancia aproximada de 56 cm del muro del MH [ $136 \text{ cm} - 50 \text{ cm} - 30 \text{ cm} = 56 \text{ cm}$ ]

Por consiguiente, de acuerdo al proyecto original licitado por el MOP y adjudicado a SICOMAQ, siempre se consideró realizar excavaciones en el sector exterior del túnel de acceso al MH a una distancia aproximada de 50-60 cm, con el fin de instalar los pilotes metálicos que soportarían la Pasarela N° 1. De este modo no resulta efectivo sostener que

<sup>10</sup> El plano estructural "PLANO OM N°03, 22 de 46" está elaborado en una escala de 1:100, medidas en metros. La distancia de los pilotes al muro fue incorporada con efectos ilustrativos respetando dicha escala.

SICOMAQ modificó voluntariamente el proyecto original y que en virtud de dicha modificación intervino una zona cercana al MH que no había sido prevista intervenir por el proyecto originalmente licitado y evaluado ambientalmente.

Sin perjuicio de lo anterior, vale aclarar a que obedecen las afirmaciones contenidas en el Anexo 3 del Informe de Seguimiento Ambiental de junio de 2017 y el Informe de Seguimiento Ambiental de abril de 2017, que hicieron entender a vuestra Superintendencia que el diseño original del proyecto habría considerado que los *“pilotes se ubicarán dentro del pasillo del túnel del castillo”*, y que por consiguiente, al realizarse excavaciones al exterior del muro se habría intervenido un área no considerada por el proyecto original.

Como se ha afirmado, el Plano Estructural “Plano OM N°03, 22 de 46” consideraba la instalación de los pilotes N° 14 y N° 15 (de la Pasarela N° 1) a una distancia de 1,36 m del borde del túnel, y ello suponía realizar excavaciones hasta una distancia aproximada de 50 cm del muro, según se explicó precedentemente. Del mismo modo se indicó que tanto el Plano Estructural “Plano OM N°03, 22 de 46”, como el Plano de Diseño “Plano AR N° 05, 10 de 46”, muestran que dichos pilotes metálicos se ubicarían en la parte exterior del túnel, de modo que la pasarela se apoyara en ellos y finalizará inmediatamente antes de la estructura del muro del MH.

Sin embargo, estos planos presentaban una discrepancia con el Plano Estructural -también incluido en la licitación del proyecto- que mostraba la ubicación espacial (en coordenadas) de los pilotes de la Pasarela N° 1 (“Plano OM N° 13, 33 de 46”)<sup>11</sup>. En efecto, conforme a este último plano las coordenadas asignadas a los Pilotes N° 14 y N° 15 indicaban que la ubicación espacial de los pilotes debía ser en un sector que se encontraba aproximadamente 30 cm al interior del túnel del Fuerte Corral, cuestión que no resultaba lógica, ni razonable, si se considera que los mismos debían ser anclados sobre dados de hormigón.

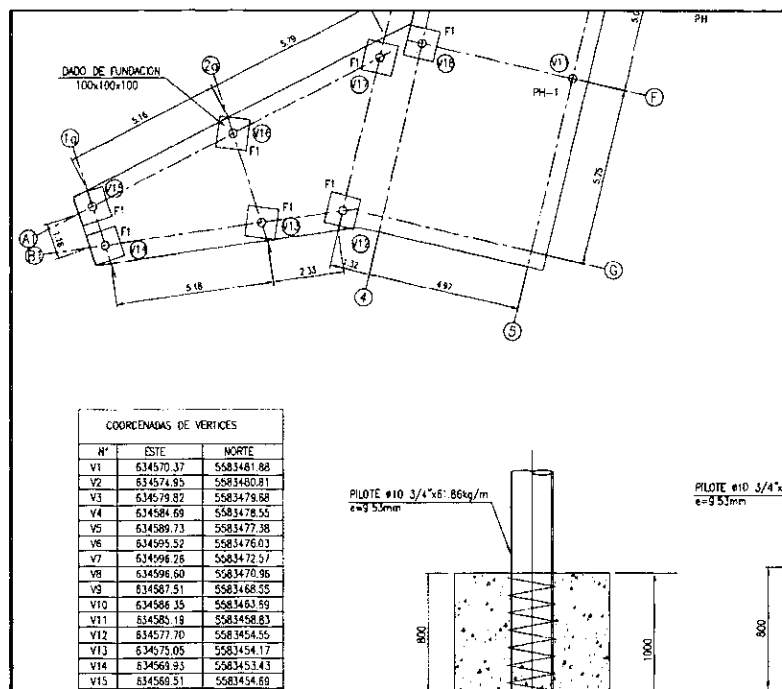
Atendido lo anterior, y considerando el Plano de Diseño del proyecto, que indicaba que la pasarela comenzaría inmediatamente en el exterior del muro, el Plano Estructural que

---

<sup>11</sup> Este Plano se acompaña en Anexo 1.A de esta presentación.

señalaba que la distancia desde el eje de los pilotes metálicos al borde del túnel era de 1,36 metros, pero especialmente, el principio de intervención mínima del MH, SICOMAQ superó la discordancia existente privilegiando el diseño y la distancia estructural establecida en los planos "Plano OM N°03, 22 de 46" y "Plano AR N° 05, 10 de 46", por sobre las coordenadas de ubicación espacial indicadas en el Plano Estructural de la Pasarela N° 1 ("Plano OM N° 13, 33 de 46"), según se da cuenta en las siguientes figuras.

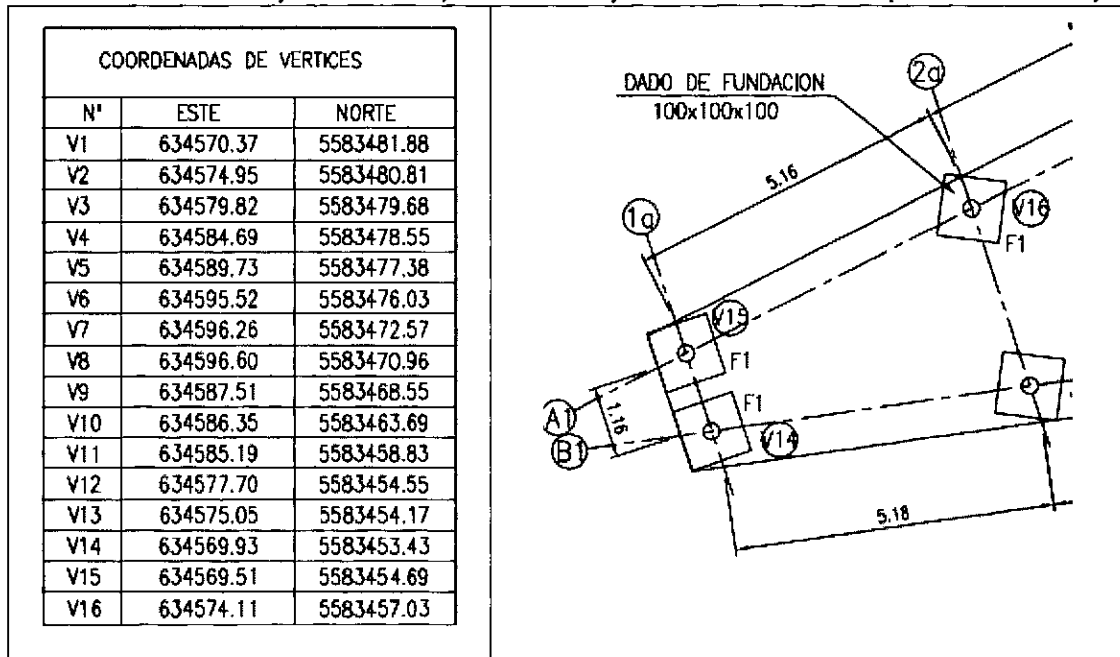
**Figura 7.**  
**Pilotes N° 14 y 15 Pasarela N° 1 (Plano Estructural)**



Fuente: Plano Estructural "OM N° 13, 33 de 46"

Figura 8.

Detalle de ubicación y coordenadas, Pilotes N° 14 y 15 de la Pasarela N° 1 (Plano Estructural)



Fuente: Plano Estructural "OM N° 13, 33 de 46"

En consecuencia, **SICOMAQ no modificó el diseño del proyecto, ni la ubicación o distancia de los Pilotes N° 14 y 15 (que siempre fue prevista en el exterior del túnel y a 1,36 metros de su borde) sino que, siguiendo estrictamente el principio de intervención mínima establecido en la evaluación ambiental, corrigió la ubicación espacial (definida en coordenadas) para no contravenir el diseño del proyecto, ni intervenir la estructura del muro del MH.**

**Por otro lado, es menester también tener presente que la excavación realizada no consideró métodos diferentes a los inicialmente previstos por el proyecto.** En efecto, vale aclarar que la evaluación ambiental del Proyecto no consideró ninguna prohibición o restricción a los métodos de excavación a utilizar para la instalación de los pilotes, de modo que al utilizarse una máquina retroexcavadora con tal objeto, SICOMAQ no incumplió ninguna medida específica establecida en la RCA 66/2012.

No obstante, la decisión de efectuar las excavaciones para la instalación de los pilotes utilizando maquinaria de estas características no fue de SICOMAQ, sino que una definición



del MOP, incluida de forma imperativa en la Especificaciones Técnicas Especiales de la Licitación del Proyecto, al señalarse que *“Todos los sellos de fundación deberán ser alcanzados con excavación a máquina”*<sup>12</sup>.

A pesar de lo anterior, una vez se produjo el incidente que generó la afectación de las fundaciones del muro, SICOMAQ no continuó utilizando la máquina retroexcavadora para realizar las excavaciones necesarias para la instalación de los Pilotes N° 14 y 15, finalizando el trabajo mediante excavaciones realizadas en forma manual.

**En otro orden de ideas, también es menester tener en consideración que la recomendación de mantener un *buffer* de un metro respecto del muro, no se había realizado a la época en que se produjo la excavación que afectó el muro del MH.** En este sentido, cualquier reproche que pueda formularse a mi representada por el hecho de haber procedido a realizar excavaciones a menos de un metro de distancia del muro del MH a pesar de existir una recomendación técnica en orden a mantener un *buffer* o franja de 1 metro de ancho en torno a la cortina del muro del MH, carece de toda relevancia al ser dicha recomendación posterior -y por tanto, extemporánea- a la época en que se produjo la excavación que afectó la zapata.

En efecto, conforme se señala en el Ordinario CMN N° 4.788/2017 -citado por el Considerando 57° de la Resolución Sancionatoria- el “Informe Preliminar de Caracterización Arqueológica de Playa La Argolla” elaborado por ARKA y que contenía la recomendación de mantener un *buffer* o franja de un metro de ancho respecto de la cortina del muro, fue ingresado al CMN y se encuentra fechado con fecha 25 de abril de 2017.

Por otra parte, y conforme ha quedado acreditado en el curso del presente procedimiento de sanción, la excavación que impactó parte de la zapata del muro del MH, tuvo lugar el día 20 de marzo de 2017.

---

<sup>12</sup> Especificaciones Técnicas Especiales, Proyecto DOP N° 5734, ÍTEM: 1, Borde Costero; SUB ÍTEM: 1.1, Paseo Costero, 1.1.1, Excavación Sector P. Corral y B. San Juan (pág. 29). Documento adjunto en Anexo 1.A de esta presentación.

En tales circunstancias, y a pesar de haberse fundado la recomendación de ARKA en labores arqueológicas desempeñadas durante los días 13 a 27 de febrero de 2017, lo cierto es que la recomendación fue conocida por mi representada una vez ya se había generado la excavación que afectó la zapata, y, por tanto, de forma absolutamente extemporánea para influir en la conducta desplegada.

Considerando las aclaraciones expuestas, y particularmente el hecho de ajustarse la forma de ejecución de los obras por mi representada a lo previsto en la evaluación ambiental y el diseño original del proyecto licitado, y sobre todo, de corregirse las discordancias existentes privilegiando aquella alternativa que significa reducir el riesgo de intervención del MH, no puede sino considerarse que la circunstancia de haberse afectado parcialmente las fundaciones del MH durante las tareas de excavación realizadas el día 20 de marzo de 2017, fue un hecho que obedeció en gran parte a la existencia de información de línea de base imprecisa, lo que no puede ser imputada a mi representada, al no haber sido parte de la evaluación ambiental del Proyecto, como también ha quedado acreditado en estos autos.

Por lo anterior, se **solicita a vuestra autoridad reconsiderar parcialmente la decisión adoptada en la Resolución Sancionatoria, y tener por no configurada la infracción descrita en el sub-hecho a) del Cargo N° 1 del presente procedimiento de sanción.**

1.2. *Sobre la configuración de la infracción asociada al Cargo N°1, sub-hecho b), en relación al retiro de las cuñas TNJC y TEJC*

De acuerdo a lo señalado en la Resolución Sancionatoria, la infracción descrita en el sub-hecho b) del Cargo N° 1 se entiende configurada por la circunstancia de no haberse ejecutado la remoción de las cuñas TNJC y TEJC en forma previa a la ejecución de las obras de excavación o relleno consideradas por el proyecto.

Sin perjuicio de los argumentos expresados en los descargos para entender que no se había configurado esta infracción, es preciso considerar que **la no ejecución de dicha medida obedeció también a una orden de la Inspección Fiscal del MOP**, que con fecha 28 de febrero de 2017 ordenó a mi representada no ejecutar aún el retiro de las cuñas “*a fin de analizar con tiempo la conveniencia de su retiro*”. De ello da cuenta la respectiva anotación

en el libro de obras, firmada por Inspector Fiscal, de la Dirección de Obras Portuarias del MOP, don Francisco Matus Bravo<sup>13</sup>, que se acompaña a esta presentación.

En efecto, aun cuando vuestra Superintendencia pueda considerar que la relación entre mi representada y el MOP no tiene relevancia para el cumplimiento de las exigencias establecidas en la RCA 66/2012, no deja de ser un aspecto relevante que el Proyecto es un proyecto fiscal, y que mi representada -aunque es titular de la RCA por una cuestión contractual- no es más que la empresa contratada por el MOP para la ejecución del proyecto, quién es el dueño y responsable final de las obras ejecutadas o no ejecutadas.

Conforme a lo expuesto, se solicita a vuestra Superintendencia reconsiderar el hecho de entender por configurada la infracción descrita en el sub-hecho b) del Cargo N° 1, consistente en la no remoción de cuñas TNCJ y TEJC en forma previa a la ejecución de las obras de excavación o relleno consideradas por el Proyecto.

*1.3. Sobre la configuración de la infracción asociada al Cargo N°1, sub-hecho c), en relación a la supervisión arqueológica permanente del Proyecto*

Sobre la configuración de este sub-hecho, vuestra Superintendencia entiende que no se habría cumplido con la exigencia establecida en la observación 3.2 letra g) de la Adenda 1 del Proyecto, consistente en implementar un monitoreo arqueológico permanente por un arqueólogo, durante la ejecución de las obras de limpieza, escarpe y excavación del proyecto, en tanto la arqueóloga contrata por SICOMAQ para efectuar tal función, con anterioridad a la fiscalización efectuada el día 06 de abril de 2017, no habría estado presente en al menos las siguientes actividades de excavación: (i) una terrestre efectuada el día 20 de marzo de 2017, para la instalación de los Pilotes N° 14 y N° 15 de la Pasarela N° 1, y; (ii) otra subacuática, también durante el mes de marzo de 2017, realizada con el propósito de instalar pilotes de la Pasarela N° 2 (que forma parte del Tramo 4 del Proyecto)

---

<sup>13</sup> Libro de Obras, anotación de fecha 28 de febrero de 2017, firmada por el Inspector Fiscal, de la Dirección de Obras Portuarias del MOP, don Francisco Matus Bravo (extracto del libro de obras acompañado en Anexo 1.B).

Sobre el particular, y sin perjuicio de reiterar los argumentos expresados en los descargos para entender por qué no se configura esta infracción, es preciso añadir lo siguiente:

En primer lugar, **no resulta razonable que vuestra Superintendencia tenga por acreditada la no presencia de la arqueóloga en las dos actividades excavaciones individualizadas, por la sola circunstancia de quedar consignado en un acta de fiscalización que tuvo lugar días después de los hechos constitutivos de las supuestas infracciones**<sup>14</sup>, que *“la arqueóloga monitora no habría estado presente al momento del hallazgo”*.

En este sentido, un acta de fiscalización sólo puede tener mérito para dar por acreditado aquellos hechos que se consignan, y que han sido constatados o percibidos directamente por los funcionarios fiscalizadores. Evidentemente un fiscalizador no puede constatar la ocurrencia o no ocurrencia de hechos supuestamente acaecidos en días previos a las actividades de fiscalización, y en los cuales no estuvo presente.

De este modo, la circunstancia de haber sido suscrita un acta de fiscalización de vuestra SMA por la arqueóloga encargada del monitoreo permanente, no puede ser equiparada a una confesión, máxime si en el acta no se deja constancia de que haya sido la arqueóloga o algún representante de SICOMAQ quién hace esa afirmación.

En cualquier caso, el acta en que se consigna la frase *“la arqueóloga monitora no habría estado presente al momento del hallazgo”* no fue suscrita por nadie. En efecto, dicha frase consta en el Acta redactada por el CMN y denominada “Informe de Actividades en Terreno” de fecha 06 de abril de 2017, mientras que el Acta Suscrita por la arqueóloga en cuestión, es el Acta redactada por vuestra SMA, y denominada “Acta de Inspección Ambiental”, también de fecha 06 de abril de 2017, la cual no da cuenta de la ausencia de la arqueóloga en alguna excavación en particular.

Finalmente, es importante considerar también en este punto, que con independencia de lo se haya dicho en la visita inspectiva, lo cierto es que la arqueóloga contratada por SICOMAQ

---

<sup>14</sup> El Acta referida es el Acta de Fiscalización del Consejo de Monumentos Nacionales del día 06 de abril de 2019, denominada “Informe de Actividades en Terreno”, y que forma parte de los antecedentes de la formulación de cargos.

para efectuar el monitoreo arqueológico permanente, estuvo presente en la obra durante todos los días de marzo en que se efectuaron tareas de excavación, tal como da cuenta el registro de asistencia firmado por ella y que es acompañado en el Anexo 1.C de esta presentación.

Por lo anteriormente expuesto, mi representada considera que **existen antecedentes suficientes para reconsiderar la configuración de la infracción descrita en el sub-hecho c) del cargo N° 1 del presente procedimiento de sanción, y solicita a vuestra Superintendencia proceder en consecuencia.**

*1.4. Sobre la calificación de gravedad de la infracción asociada al Cargo N°1*

Conforme a lo expresado en los considerandos 232° a 246° de la Resolución Sancionatoria, la calificación de gravedad atribuida en la Reformulación de Cargos a la infracción imputada en el Cargo N° 1 es confirmada, por estimarse configurado el supuesto previsto en el artículo 36 N°2, letra e) de la LO-SMA.

Conforme a la referida disposición son consideradas infracciones graves “*los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: (...) e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental*”.

En consecuencia, una infracción será calificada como grave conforme a este literal en la medida que se verifiquen dos condiciones, a saber, (i) que exista una “medida” incumplida y (ii) que dicho incumplimiento sea grave.

A su turno los criterios desarrollados por la misma SMA para estimar que el incumplimiento de una medida ha sido grave -cuestión que es reconocida, con cierto matiz, en el considerando 235° de la resolución sancionatoria- son “(i) *La relevancia o centralidad de la medida incumplida en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación;* (ii) *La*

*permanencia en el tiempo del incumplimiento; y (iii) El grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance en su implementación”<sup>15</sup>.*

- En lo relativo al sub-hecho a) del Cargo N°1:

En este caso, se ha sostenido en la Resolución Sancionatoria que la “*medida*” consistente en la intervención mínima del MH sería central en consideración a la importancia atribuida a la mantención de la integridad y/o indemnidad de la fortificación durante la evaluación ambiental, y se afirma que la medida habría sido infringida en forma grave por el hecho de haberse “*procedido a excavar con una máquina retroexcavadora un sector que durante la evaluación ambiental no consideró la instalación de pilotes metálicos*”<sup>16</sup>.

No obstante, mi representada disiente del criterio expresado por vuestra Superintendencia, tanto porque -en rigor- no ha existido una “medida” infringida, como porque, aún de existir una medida infringida, su incumplimiento no tendría un carácter grave, ni los hechos en que se funda el reproche principal son efectivos.

En efecto, en concepto de SICOMAQ, **no existió incumplimiento de una medida específica destinada a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto.** Si bien la mínima intervención del MH es un aspecto de la mayor relevancia en el contexto de la evaluación ambiental del proyecto, ello constituye un principio que debe orientar la ejecución de las obras y la propia evaluación ambiental, y no una medida concreta y particular destinada a eliminar o minimizar uno o más efectos adversos del proyecto.

Conforme al diccionario de la Real Academia Española, un principio es una “*Norma a idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta*”<sup>17</sup>, mientras que una medida es una

---

<sup>15</sup> A modo ejemplar, Res. Ex. N°189/2015, cons. 289, que resolvió el proceso de sanción seguido en contra de SCM Lumina Copper Chile, rol F-25-2013; Res. Ex. N°421/2014 que resolvió el procedimiento sancionatorio Rol D-015-2013, seguido en contra de Endesa por Bocamina II Unidad, cons. 46; Res. Ex. N°489/2014 que resolvió el procedimiento sancionatorio rol F-019-2013, en contra Anglo American Sur por la Operación El Soldado, cons. 33; Res. Ex. N°364/2015, que resolvió el procedimiento sancionatorio rol F-59-2014, en contra de Anglo American Sur por la Operación Los Bronces, cons. 93.

<sup>16</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 237.

<sup>17</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, Actualización 2019 (en línea), sexta acepción de la palabra “principio”.

*“Disposición, prevención”*<sup>18</sup>, es decir, una acción u omisión concreta que debe realizar o abstenerse de realizar el destinatario de la misma para alcanzar un objetivo determinado.

La consecuencia adversa que pretendió evitarse durante la evaluación ambiental fue la afectación de la integridad o indemnidad del MH, de modo que se previó como un principio de acción -que orientará la ejecución de todas las obras o medidas consideradas por el proyecto- el principio de la mínima intervención del Fuerte.

En dicho contexto, principio en cuestión se tradujo en algunas medidas concretas como la prohibición de aplicar tratamiento innecesarios o peligrosos a la estructura del Fuerte, el establecimiento de distancias mínimas con estructuras antiguas en ciertos casos, o el establecimiento de una barrera costera, entre otras<sup>19</sup>. En los casos que no se previeron medidas concretas, dicho principio sólo implica una regla de actuación, que podría entenderse como la exigencia de determinar caso a caso cual o cuales de las vías de acción posibles para ejecutar una obra o actividad representa la menor intervención posible al MH objeto de la protección, pero no una medida concreta o específica que deba ser observada, y que por tanto, pueda ser inobservada, por su destinatario (en este caso, el titular de la RCA 66/2012)

En el caso particular del sub-hecho a) del Cargo N° 1, no se ha reputado a mi representada la infracción de ninguna medida concreta, sino que, por el contrario, vuestra Superintendencia ha considerado que ha existido infracción de una medida -que nunca es precisada- sobre la base de la verificación del resultado o efecto indeseado, consistente en la afectación parcial de la zapata o fundación del muro del MH.

En efecto, durante la evaluación ambiental no se previó en forma expresa ninguna medida concreta para evitar que durante las labores de excavación (necesarias para la instalación de los pilotes metálicos que soportarían la Pasarela N° 1) se afectará la integridad del MH, como podrían haberlo sido el establecimiento de una distancia mínima respecto del muro para la instalación de los pilotes, o la prohibición de realizar excavaciones con medios

---

<sup>18</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, Actualización 2019 (en línea), sexta acepción de la palabra “medida”.

<sup>19</sup> Numeral 2.3.2.4 de la DIA del Proyecto.

mecánicos en dicha zona. La única limitación concreta existente en los antecedentes de evaluación (aunque tampoco se tradujo en una medida particular) era la información (errada, por cierto) de que la zapata del muro se encontraba a 1 metro de profundidad.

En consecuencia, aun cuando se verificó el resultado indeseado (afectación del MH) como consecuencia de una conducta de mi representada (excavación para la instalación de pilotes) y que de ello, puede (aunque no debiera) ser considerado una infracción al Considerando 5.6 de la RCA 66/2012, no es posible en ningún caso sostener que dicha infracción se verificó como consecuencia de la infracción de una medida destinada a minimizar o eliminar dicho resultado o efecto adverso indeseado, máxime si la misma no ha sido singularizada o individualizada en modo alguno en la Resolución Sancionatoria o en ningún otro antecedente del presente procedimiento.

Por otro lado, y **aun cuando si existiere una medida infringida, su infracción no tendría el carácter de grave**. En efecto, el principal fundamento para entender que la “medida” (principio) de intervención mínima habría sido infringida en forma grave es la **centralidad o relevancia** de la misma. En este caso, dicha centralidad -a juicio de la SMA- derivaría del carácter de MH que tiene el Fuerte Corral<sup>20</sup>. Sin embargo, el carácter de MH que tiene el Fuerte Corral no da cuenta en modo alguno de la relevancia de la medida que se reputa infringida (mínima intervención), sino de la relevancia de establecer su integridad o indemnidad como uno de los objetos principales de protección en el marco de la evaluación ambiental.

Es indudable que la importancia patrimonial del Fuerte Corral ha sido fundamento suficiente para el establecimiento de medidas (y un principio) destinadas a mantener su integridad y/o indemnidad durante la ejecución de las obras, pero ello en ningún caso es equivalente, ni permite sostener lógicamente, que una o más medidas particulares destinadas a su protección tienen un carácter central o relevante, a menos que se aceptara el absurdo de que todas las medidas destinadas a proteger la integridad del MH son

---

<sup>20</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 237.



centrales o relevantes, o lo que es igual, que ninguna de ellas tiene un carácter central o relevante.

En efecto, tal como se ha sostenido antes por vuestra propia Superintendencia, la relevancia o centralidad de la medida infringida se determina "en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesta en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación"<sup>21</sup>. Por consiguiente, dentro del conjunto de medidas destinadas a evitar un efecto indeseado habrá medidas más o menos relevantes, cuya importancia relativa será determinada a partir de su comparación con el resto de medidas previstas para hacerse cargo del potencial efecto adverso identificado.

En este caso, la Resolución Sancionatoria no realiza ningún análisis comparativo entre las medidas previstas para garantizar la integridad o indemnidad del MH que permita fundamentar el carácter central o de relevancia que en dicho contexto tendría la "medida" que se reputa infringida, y, es más, difícilmente podría hacerlo si lo que se reputa infringido es un principio y no se singulariza ninguna una medida concreta como infringida.

Sin perjuicio de lo señalado, es menester reiterar que el hecho singularizado como constitutivo de contravención al principio de intervención mínima, esto es, la excavación con maquinaria para la instalación de pilotes en un área no considerada en la evaluación ambiental del proyecto, no representa contravención de ninguna medida específica prevista en la evaluación ambiental (pues no se estableció prohibición o restricción alguna de utilizar maquinaria para realizar excavaciones, ni se excluyó el área exterior del túnel como sitio para la instalación de los pilotes de la Pasarela N° 1) y, por lo demás, no es efectivo, pues como ya se ha demostrado, el proyecto previó desde un inicio que los pilotes que soportarían la Pasarela N° 1 se encontrarán en el exterior del túnel y a una distancia de 1,36 metros.

En cuanto a la **permanencia** de la medida, compartimos la no concurrencia de dicho criterio conforme a lo expresado en el Considerando 244° de la Resolución Sancionatoria. Por su

---

<sup>21</sup> Res. Ex. N°189/2015, cons. 289, que resolvió el proceso de sanción seguido en contra de SCM Lumina Copper Chile, rol F-25-2013.

parte, en cuanto al **grado de implementación** de la medida, el Considerando 245° de la Resolución Sancionatorio sólo justifica la existencia de un “grado importante de no implementación de la medida” en el hecho de que SICOMAQ habría tomado la decisión de intervenir un sector cercano al MH (no previsto originalmente) con métodos intensivos, cuestión que según ya se ha expresado en forma precedente, no es efectiva.

- En lo relativo al sub-hecho b) del Cargo N°1:

En este caso, vuestra Superintendencia ha sostenido la medida consistente en remover las cuñas TNJC y TEJC sería **central** en atención a la finalidad que persigue, que sería doble, garantizar la seguridad de las personas (trabajadores y futuros usuarios) y la estabilidad del farellón en que se asienta el Fuerte Corral, sin expresar ningún otro motivo.

Tal como ya se ha señalado, la sola importancia de objeto de protección no es motivo suficiente para afirmar que una medida específica tiene un carácter central “en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación”<sup>22</sup>, pues ello equivale a decir que todas las medidas previstas con tal finalidad tienen un carácter relevante o central.

En relación a la permanencia, es efectivo que la medida no se ha ejecutado, y por lo mismo tendría un carácter **permanente**, sin perjuicio de lo cual debe considerarse -como se ha afirmado en forma precedente- que la no remoción no obedeció exclusivamente a una decisión de SICOMAQ, sino que a la existencia de una orden por parte de la Inspección Fiscal de la obra en orden a no ejecutar aún el retiro de la cuñas *“a fin de analizar con tiempo la conveniencia de su retiro”*<sup>23</sup>.

En consecuencia, en la Resolución Sancionatoria no contiene fundamentación suficiente para sostener que ha existido un incumplimiento grave de la medida de remoción de cuñas inestables.

---

<sup>22</sup> Res. Ex. N°189/2015, cons. 289, que resolvió el proceso de sanción seguido en contra de SCM Lumina Copper Chile, rol F-25-2013.

<sup>23</sup> Libro de Obras, anotación de fecha 28 de febrero de 2017, firmada por el Inspector Fiscal, de la Dirección de Obras Portuarias del MOP, don Francisco Matus Bravo (extracto acompañado en Anexo 1.B).

- En lo relativo al sub-hecho c) del Cargo N°1:

Finalmente, en este punto, cabe señalar que la Resolución Sancionatoria afirma, respecto de la **centralidad** de la medida consistente en contar con la presencia de un arqueólogo permanentemente supervisando la ejecución de las actividades de limpieza, escarpe o excavación, que ella era de la mayor relevancia atendido que en la *"DIA del proyecto (Anexa C), se indicó que '[e]l sector de playa La Argolla representa un área de alta sensibilidad arqueológica. Las sondeos subsuperficiales revelaron depósitos culturales continuos a la larga de la terraza que alcanza sobre un metro de potencia y expusieron las fundaciones de la cortina"*. Se sostiene, además, que la medida se habría tornado aún más relevante en tanto *"se ejecutaran actividades de excavación en una zana que la evaluación ambiental no considerará, y que dada su cercanía a la línea del muro del Monumento Histórico (50 cms), requería una supervisión in-situ que pudiera dar cuenta de las riesgos de una actividad con maquinaria pesada (...)"*<sup>24</sup>.

Sobre el particular, en primer término, vale hacer la misma precisión hecha en relación con los sub-hechos anteriores, la centralidad o relevancia de una medida -según el criterio expresado antes por vuestra propia Superintendencia- es relativa, y ha de determinarse en relación con el conjunto de otras medidas previstas durante la evaluación ambiental para evitar o eliminar un efecto adverso. En este caso, la Resolución Sancionatoria no contiene análisis comparativo alguno y se limita a declarar que la medida que reputa infringida es relevante en tanto el objeto de protección se muestra especialmente sensible frente a tareas de excavación, lo que es equivalente a decir -absurdamente- que todas las medidas previstas con el fin de abordar tal riesgo son igual de centrales o relevantes.

Por otra parte, la circunstancia que haría especialmente relevante la infracción de esta medida, esto es, la realización de excavaciones en un área no prevista en la evaluación ambiental, no es efectiva, según se ha expresado latamente con anterioridad.

En relación al **grado de implementación**, el considerando 245 de la Resolución Sancionatoria no hace más que identificar la supuesta no implementación de la medida en

---

<sup>24</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 238.

dos ocasiones, con un grado de no ejecución relevante, no existiendo análisis de porque dicha circunstancia sería relevante para calificar de grave la supuesta infracción al monitoreo arqueológico permanente.

En todo caso, incluso en el caso de que se aceptará la interpretación de los hechos sostenida por vuestra superintendencia, en orden a que la medida habría sido incumplida por no haber estado presente la arqueóloga contratada en dos ocasiones, lo cierto es que dicho incumplimiento importaría un grado de no implementación menor de la medida, pues en forma previa a la fiscalización de abril de 2017 (que dio lugar al presente procedimiento de sanción) la medida fue implementada durante al menos 5 meses, existiendo presencia constante de la arqueóloga Julia Carolina Potocnjak Montecinos (JCPM), contratada para desempeñar tal función en las obras, tal como dan cuenta los registros de asistencia firmados por la arqueóloga que se acompañan en el Anexo 1.C de esta presentación.

Por lo anterior, y conforme a lo expresado en la párrafos precedentes, los sub-hechos que sería constitutivos de infracción conforme al Cargo N° 1 (i) no han significado (al menos en el caso del sub-hecho a) infracción de una "medida" previstas para eliminar o reducir los efectos adversos de una actividad de acuerdo a lo previsto en la evaluación ambiental del proyecto; y aun cuando así pudiera estimarse, (ii) no satisfacen los criterios de "centralidad", "permanencia" y/o "grado de ejecución" establecidos por la misma SMA (en el caso de todos los sub-hechos) para entender que la infracción de medida ha tenido un carácter grave.

En consecuencia, vuestra Superintendencia no puede sino reconsiderar la calificación de gravedad atribuida al Cargo N° 1, y en evento de confirmar que los hechos imputados son a su juicio constitutivos de infracción, calificarlos con un carácter leve.

*1.5. Sobre la aplicación de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LO-SMA, en relación a la infracción asociada al Cargo N°1*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la LO-SMA, las sanciones específicas que se apliquen, deben considerar las circunstancias allí descritas. En relación al cargo en cuestión, la siguiente tabla resumen la forma en que la Resolución Sancionatoria se hizo

cargo de las circunstancias que indica. En cualquier caso, se hace presente que la Resolución Sancionatoria descarta la aplicación de las circunstancias de los literales g) y h) del señalado artículo 40 de la LO-SMA<sup>25</sup>.

**Tabla 2. Circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA aplicadas al Cargo N°1**

<b>Circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA aplicadas</b>	<b>Forma en que se consideró</b>	<b>Considerando de la Resolución Sancionatoria</b>
<b>Beneficio económico</b>		
El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c) del artículo 40 de la LO-SMA)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se valora en 1 UTA</li> <li>- Se asocia al costo retrasado de elaboración de estudios de la estabilidad de las cuñas y el costo retrasado de remoción de cuñas (sub-hecho b)</li> </ul>	277 a 280
<b>Componente de afectación (valor de seriedad)</b>		
Importancia del daño y del peligro ocasionado (letra a) del artículo 40 de la LO-SMA)	Agravante. <i>"En atención a los efectos acreditados en el patrimonio cultural, así como el riesgo ocasionado en el mismo componente, esta circunstancia será ponderada para la determinación de la sanción respecto al hecho infraccional N°1, con excepción del sub-hecho infraccional b)"</i>	298 a 318  Sub-hecho a) (298 a 309) Sub-hecho b) (310 a 313) Sub-hecho c) (314 a 317)
El número de personas cuya salud pudo verse afectada (letra b) del artículo 40 de la LO-SMA)	Descarta su aplicación	346
La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (Letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Agravante. <i>"(...) ha quedado acreditada la relevancia de las medidas incumplidas, en atención a que el proyecto considera la ejecución de una serie de obras en un Monumento Histórico y su consignación en la evaluación ambiental del proyecto decía precisamente con el resguardo del mismo, lo que fue incumplido"</i>	347 a 353 (consideraciones generales)  354-355
<b>Componente de afectación (factores de incremento)</b>		

<sup>25</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 273.

La intencionalidad en la comisión de la infracción y (letra d) del artículo 40 de LO-SMA)	Descarta la aplicación de la intencionalidad como factor de incremento del valor de seriedad	369
La conducta anterior negativa del infractor (letra e) del artículo 40 de la LO-SMA)	Descarta su aplicación	376 y siguientes
Falta de cooperación (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Descarta su aplicación	378 y siguientes
<b>Componente de afectación (factores de disminución)</b>		
El grado de participación en el hecho (letra d) del artículo 40 de la LO-SMA)	No se aplica como factor de disminución	380
Cooperación eficaz (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se estimó que, en efecto, concurrió la circunstancia, en las actividades de fiscalización ambiental, respuesta a requerimientos de la SMA y remisión de información útil para el esclarecimiento de los hechos</li> </ul>	381 y siguientes
Conducta posterior del infractor, aplicación de medidas correctivas (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se estimó que las acciones tomadas con posterioridad para evitar seguir impactando las fundaciones del muro del MH, no eliminan ni reducen el efecto ya producido, sino que solo dan cuenta de la actitud de la empresa para proseguir con las obras</li> <li>- Además, se estima que la propuesta de conservación del MH ingresada al CMN no era pertinente para este punto, pues fue realizada a raíz de una solicitud del CMN y de las medidas provisionales decretadas por la SMA y no voluntariamente</li> <li>- Respecto a la remoción de las cuñas, se considerarán medidas correctivas las adoptadas en torno a obtener el PAS necesario para ello</li> <li>- Respecto a la supervisión arqueológica permanente, se considerará el hecho de</li> </ul>	388 a 395

	haber reforzado la actividad de monitoreo arqueológico	
Irreprochable conducta anterior del infractor (letra e) del artículo 40 de la LO-SMA)	Se considera la concurrencia de esta circunstancia	413
<b>Componente de afectación (capacidad económica del infractor)</b>		
La capacidad económica del infractor (letra f) del artículo 40 de la LO-SMA)	No se aplica como factor de disminución y solo se considera lo relativo al tamaño de la empresa, según información tributaria disponible	416

**Fuente: Elaboración propia, en base a lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria**

En lo que respecta al factor de **beneficio económico** obtenido con motivo de la infracción, como se observa, SICOMAQ fue sancionada con una multa de 141 UTA, de las cuales solo 1 UTA se consideró como beneficio económico obtenido por la empresa. Para ello, se determinó el costo retrasado asociado a los estudios de la estabilidad de las cuñas y el costo retrasado de remoción de cuñas, en relación al sub-hecho b) del presente cargo formulado.

En consecuencia, de las 140 UTA restantes, su determinación viene dada especialmente por haberse aplicado en el valor de seriedad las circunstancias de las letras a) (importancia del daño y del peligro ocasionado), e i) (importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental) del mencionado artículo 40 de la LO-SMA, así como circunstancia de la capacidad económica del infractor (letra f) del señalado artículo), la cual se tratará en un capítulo aparte por ser aplicable a todos los cargos formulados.

- En cuanto a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a) del artículo 40 de la LO-SMA)

De acuerdo al literal a) del artículo 40 de la LO-SMA para la determinación de las sanciones específicas a aplicar, se considera la *"importancia del daño causado o del peligro ocasionado"*. Del mismo modo, y conforme se expresa en los considerandos 293 a 295 de la Resolución Sancionatoria, dicha circunstancia *"se considerará en todos los casos en que se constate elementos o circunstancias de hecho del tipo negativo -ya sea por afectaciones ocurridas o potenciales- sobre el medio ambiente o la salud de las personas"*, siendo el concepto de daño más amplio que el de daño ambiental, procediendo *"siempre que se*

*genera un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de daño ambiental”, y el de riesgo, equivalente a “un riesgo efectivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso”.*

Particular relevancia para la ponderación de esta circunstancia es el concepto de importancia, que ha sido definido en el considerando 295° como la *“magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción”*.

Aun cuando se comparten los criterios generales expuestos por vuestra Superintendencia para entender concurrencia y/o ponderación de esta circunstancia en un caso particular, se discrepa del análisis efectuado y de las conclusiones a que se ha arribado en el marco del presente procedimiento sancionatorio, en relación al Cargo N°1.

En efecto, y conforme a lo expresado en el Considerando 318 de la Resolución Sancionatoria, vuestra Superintendencia entiende concurrente, y afirma ponderar esta circunstancia respecto de los sub-hechos a) y c), descartándola respecto del sub-hecho b).

Respecto del sub-hecho a), vuestra Superintendencia considera que existe un daño al MH, y que, por tanto, concurre esta circunstancia, por el hecho de haberse generado una *“afectación de los fundaciones originales del muro con ocasión de la infracción (en una superficie aproximada de 320x20 cm), pudiendo observarse en los alrededores restos de ladrillos anaranjados correspondientes o los fundaciones originales del muro histórico”*<sup>26</sup>.

Del mismo modo, afirma que se habría generado *“un riesgo para el patrimonio cultural en atención o la remoción de la copa superficial que cubría las mismas (...) posibilitó el contacto de superficies porosas de la estructura, con el agua que inundó esta zona luego de lo excavación reolizada”*<sup>27</sup>. No obstante, en la fundamentación de la resolución no se expresa la importancia o magnitud que habría tenido dicho “daño” y/o “riesgo”, y consecuentemente la forma en que habría sido ponderada dicha circunstancia para la determinación de la sanción en específico.

---

<sup>26</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 298.

<sup>27</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 309.



En el evento de estimarse configurada la infracción imputada en el sub-hecho a), no se controvierte la concurrencia de esta circunstancia respecto del mismo, pues efectivamente existió una afectación o daño a las fundaciones del muro. No obstante, la importancia que debería atribuirse a ella debe ser mucho menor a la considerada en la Resolución Sancionatoria, porque -aun cuando se desconoce cuál fue esa importancia (toda vez que ello no se expresa en la señalada resolución)- la afectación generada a las fundaciones del muro no tiene una magnitud significativa, y el riesgo que supuestamente habría generado mi representada, era preexistente, y su incremento obedece, también, a causas que no pueden ser imputadas a mí representada.

En efecto, durante el curso del procedimiento de sanción se ha acreditado que la afectación generada por la acción ejecutada por SICOMAQ el día 20 de marzo de 2017 (excavación con maquinaria) no tiene una magnitud relevante o de la mayor relevancia para el MH, en tanto (i) sólo generó excoiraciones sobre parte de los ladrillos que forman parte de las fundaciones del muro (y no la pérdida de piezas completas); (ii) que el sector ya se encontraba intervenido y afectado en forma previa a las excavaciones (existiendo pérdidas de piezas y excoiraciones con anterioridad al inicio del proyecto); y que (iii) en ningún caso la afectación generada tiene la aptitud de comprometer el equilibrio estructural del Fuerte.

Lo anterior deja en evidencia que la afectación o daño generado a las fundaciones del muro no tuvo una magnitud importante, como sí podría haberla tenido (i) para el valor patrimonial del Fuerte, si se hubieren afectado zonas que no tuvieran intervenciones antrópicas de forma previa, o (ii) para la conservación del monumento, si con la afectación se hubiere comprometido la estabilidad de la construcción.

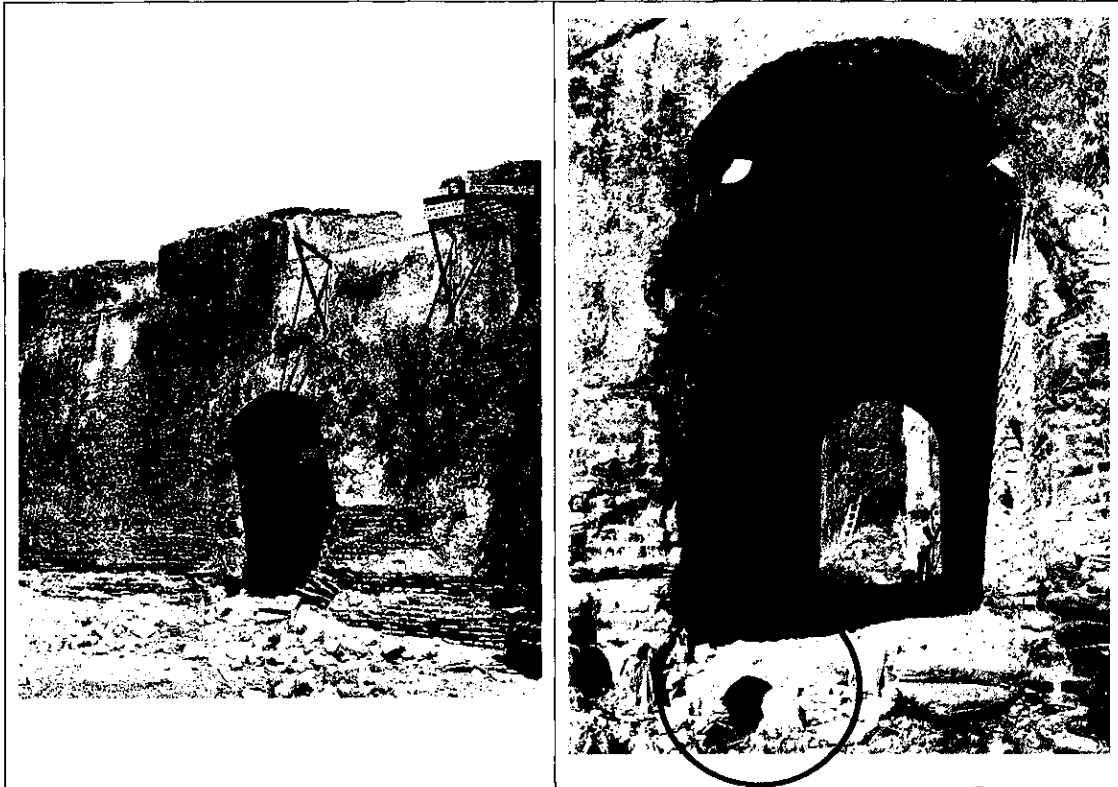
Lo segundo es un hecho acreditado, y validado por vuestra Superintendencia (tal como se reconoce en el considerando 309 de la Resolución Sancionatoria). No obstante, respecto de lo primero vale reiterar que la zona del muro en que se afectó la zapata presentaba piezas faltantes y excoiraciones con mucha anterioridad a la intervención de SICOMAQ, tal como da cuenta el informe elaborado por Correa y Lampaya<sup>28</sup>, y muestran las siguientes

---

<sup>28</sup> Acompañado en su versión actualizada, como Anexo N° 1, de la presentación de 27 de agosto de 2019.

fotografías y en las que se acompañan en Anexo 1.E de esta presentación (que incluso dan cuenta de la existencia de un colector de aguas lluvias en la parte inferior del túnel):

**Figura 9.**  
**Túnel de acceso al fuerte en forma previa al proyecto**



Por otra parte, en relación con la “generación” de un riesgo para la conservación del MH, consistente en haber posibilitado el contacto de superficies porosas de los ladrillos -que forman parte de la fundación- con el agua que inundó la zona luego de la excavación, es preciso señalar lo siguiente:

En primer lugar, SICOMAQ no generó este riesgo, pues como ya se ha sostenido, en forma previa existían excoriaciones a ladrillos de las fundaciones del muro, de modo que su intervención sólo contribuyó a “aumentar” en algún grado, mas no a “generar” dicho riesgo. Evidentemente, exponer un objeto de protección a un riesgo que antes no existía es más grave que incrementar en alguna medida un riesgo al que el objeto siempre estuvo

expuesto, de modo que ello debe ser ponderado el momento de determinar la magnitud de esta circunstancia.

Por otro lado, la circunstancia que mayormente contribuye a aumentar el riesgo -según expresa el mismo informe de Correa y Lampaya en el apartado que es citado en el Considerando 308 para fundamentar el riesgo que se habría “generado” al MH- es mantener la exposición de las piezas escoriadas *“a condiciones distintas de las originales: sin el abrigo de la tierra o con otra tipa de sedimento”*. Como es fácil percibir, si bien las excavaciones realizadas por SICOMAQ incrementaron un riesgo pre-existente, aquello que hace subsistir dicho riesgo es mantener las fundaciones expuestas al agua -naturalmente presente en el lugar por ser una zona costera- sin abrigar o cubrir dichas fundaciones con tierra o algún otro sedimento que les otorgue protección. Siendo así, es evidente que la única causa del incremento del riesgo a las fundaciones del muro no es la acción de mi representada, sino que también la paralización dispuesta por el CMN que ha retrasado la adopción de medidas (temporales o definitivas) tendientes a mitigar dicho riesgo.

En otro orden de ideas, y en relación al sub-hecho c), la Resolución Sancionatoria estima concurrente esta circunstancia señalando que la no presencia permanente de un arqueólogo que supervisara en todo momento las labores de limpieza, escarpe y excavación *“ha generado al menos una situación de riesgo para el patrimonio cultural, en tanto al ejecutarse estas sin que el arqueólogo estuviera presente, la Empresa adoptó decisiones sin que el arqueólogo pudiera manifestar el ajuste de estas con las exigencias ambientales vinculadas al patrimonio cultural”* señalando que una de estas decisiones fue *“excavar en cierta punto no evaluado ambientalmente”*<sup>29</sup>.

Sobre el particular, es preciso reiterar que el lugar en que se realizó la excavación para la instalación de los pilotes metálicos de la Pasarela N° 1 (en el exterior del túnel de ingreso al Fuerte) no corresponde a una zona no evaluada ambientalmente, pues como se ha demostrado, corresponde exactamente al sitio en que fue prevista la instalación de los pilotes, y consecuentemente la realización de la excavación.

---

<sup>29</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 316.

Del mismo modo, tampoco es efectivo que SICOMAQ haya incumplido con su deber de mantener un monitoreo arqueológico permanente durante las labores de excavación terrestres realiza el día 20 de marzo de 2017 (para la instalación de los pilotes de la pasarela N°1), y la excavación subacuática realizadas durante el mes de febrero para la instalación de pilotes de la Pasarela N° 2, pues tal como dan cuenta los registros de asistencia que se acompañan en Anexo 1.C de esta presentación, la arqueóloga contratada en ese entonces por SICOMAQ para realizar el monitoreo arqueológico permanente terrestre, se encontraba en la obra, y tuvo la posibilidad de manifestar sus opiniones para que la ejecución de las obras se ajustará -en caso de existir una desviación- a las exigencias ambientales vinculadas con la protección del patrimonio cultural. Del mismo modo, durante la época de realización la excavación subacuática la empresa arqueológica encargada del monitoreo marítimo (ARKA) se encontraba en faena.

En consecuencia, aun cuando en la Resolución Sancionatoria no se exprese en que magnitud ha sido considerada esta circunstancia respecto del sub-hecho c) lo cierto es que, conforme a los antecedentes expuestos, la resolución que resuelva el presente recurso debe considerarla con una importancia menor a la realizada en ésta.

- En cuanto a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)

Conforme se expresa en considerando 347° de la Resolución Sancionatoria la circunstancia “importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental” busca que la determinación de la sanción cumpla adecuadamente su fin preventivo, y se adecúe al principio de proporcionalidad ente la infracción y la sanción, y su seriedad, según se indica en el considerando 348° dependerá de (i) la norma específica que se ha incumplido, y (ii) la manera en que la misma ha sido incumplida.

Respecto de todos los cargos formulados la resolución sancionatoria entiende que la norma infringida es la misma, por consistir todos ellos en infracciones a normas, medidas y condiciones establecidas en la RCA 66/2012 que calificó ambientalmente en forma favorable el Proyecto, y justifica la relevancia que tiene dicho instrumento dentro de los

instrumentos preventivos y de protección ambiental. En definitiva, en cuanto al primer elemento que debe ser evaluado para determinar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, vuestra SMA estima que la vulneración es importante, respecto de todos los cargos, por el sólo hecho de representar infracciones a una resolución de calificación ambiental.

Sobre el particular, manifestamos nuestro disenso con el criterio expresado por vuestra Superintendencia, pues si bien es cierto que la RCA es un instrumento de la mayor relevancia en tanto refleja la evaluación integral y comprensiva de un proyecto, no es menos cierto que la misma contiene numerosas normas, condiciones o exigencias de diferente importancia, y cuya transgresión implica afectar con una seriedad distinta el sistema jurídico de protección ambiental.

En efecto, no es posible equiparar en cuanto a su importancia para la protección del sistema jurídico ambiental, y no resiste análisis de ningún tipo, que la infracción de una exigencia establecida para un aspecto accesorio de la descripción de un proyecto, que en nada afecta un componente ambiental, tenga la misma relevancia que la transgresión de una medida de mitigación prevista para eliminar o reducir los impactos de un proyecto o actividad.

En consecuencia, una adecuada fundamentación de la concurrencia de esta circunstancia demandaba la ponderación específica de la importancia de la norma, condición o exigencia de la RCA 66/2012 que se reputa infringida.

Sin perjuicio de lo anterior, y en relación al segundo elemento que ha de considerarse -según el considerando 348°- para valorar la importancia de la vulneración al sistema de protección, esto es, la manera en que la norma ha sido infringida, tampoco compartimos la fundamentación contenida entre los considerandos 354° y 359° de la Resolución Sancionatoria, respecto de los cargos N° 1, 2 y 3.

Así, respecto del Cargo N° 1 se sostiene que ha existido una vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de carácter **MEDIO ALTO**, fundado en (i) la supuesta relevancia de las medidas incumplidas; (ii) la generación de una afectación efectiva al monumento histórico; y (iii) generación de condiciones de riesgo para el mismo.

Según ya se ha argumentado en este escrito, a propósito de la gravedad con que fueron calificado los hechos que constituyen el Cargo N° 1, la Resolución Sancionatoria no ha expresado ningún motivo que permita sostener que las medidas infringidas son relevantes o de especial importancia en relación con otras medidas previstas para prevenir o eliminar el efecto adverso que se desea evitar, como lo podría ser la afectación de la integridad o indemnidad del MH, argumentando simplemente que la medida infringida sería importante porque el objeto de protección es importante, o lo que es igual, todas las medidas son importantes o ninguna de las medidas es especialmente relevante.

En relación a la generación efectiva de una afectación al MH, también se expresó -a propósito de la concurrencia de la circunstancia de la letra a) del artículo 40 para el Sub-Hecho a) del Cargo N° 1- que ello es efectivo, pero debe ser matizado, toda vez que las afectaciones solo consistieron en excoiraciones sobre parte de los ladrillos que forman parte de las fundaciones del muro (y no en la pérdida de piezas completas); el sector del muro afectado ya se encontraba intervenido y afectado en forma previa a las excavaciones de SICOMAQ, y; en ningún caso la afectación generada tuvo la aptitud de comprometer el equilibrio estructural del Fuerte.

En relación a la generación de un riesgo adicional para el MH, consistente en la exposición de las fundaciones a la acción del agua, se expresó que (i) en rigor, no se generó un nuevo riesgo, sino que se incrementó en algún grado uno preexistente, y que (ii) la principal causa de la mantención temporal de dicho riesgo no es atribuible a SICOMAQ, sino a la paralización de las obras dispuesta por el CMN y la consecuente imposibilidad de brindar cobertura y protección a las piezas escoriadas.

En razón de lo anterior, no es posible sino concluir que la Resolución Sancionatoria no ha justificado en modo alguno la concurrencia de esta circunstancia como algo distinto de la calificación de gravedad o la circunstancia importancia del daño o peligro ocasionado, y que siendo así, la misma no debe ser considerada para efectos de determinar la entidad de las sanciones que eventualmente se confirme imponer a mi representada.

## **2. Objeciones a las consideraciones que fundan la calificación de gravedad y la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA para el Cargo N°2**

### *2.1. Sobre la calificación de gravedad de la infracción asociada al Cargo N°2*

En relación con este punto, es del caso relevar que la Resolución Sancionatoria confirmó la calificación de gravedad realizada en la Reformulación de Cargos, es decir, que la infracción asociada al Cargo N°2 se trataba de una infracción de carácter “grave”, por supuestamente haberse incumplido gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA, según lo dispone el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA.

En efecto, la Resolución Sancionatoria señaló a este respecto que *“(…) es posible confirmar la clasificación de la gravedad propuesta, esto es, grave, por concurrir los presupuestos desarrollados por esta Superintendencia para la clasificación establecida en el artículo 36, numeral 2, letra e) de la LOSMA”*<sup>30</sup>. Lo anterior, basado en los siguientes argumentos:

En primer lugar, para descartar el argumento de mi representada, vertido en sus descargos, en los cuales indicó que lo que se reprocha como incumplido por la Reformulación de Cargos constituían supuestos de incumplimiento de la normativa ambiental aplicable (en particular, de las disposiciones de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales), y no medidas para hacerse cargo de los efectos de la misma (como exige el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA para calificar como grave una infracción), la SMA indicó que el Anexo C de la Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) del Proyecto, estableció, en relación a los hallazgos subacuáticos, una serie de recomendaciones respecto a elementos identificados durante el levantamiento de la línea de base y a los hallazgos no previstos<sup>31</sup>, por lo que resultaba posible sostener que la normativa que se imputó como infringida tenía *“un carácter orientado a abordar efectos adversos derivados de las actividades del proyecto*

---

<sup>30</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 258.

<sup>31</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 250.

*específico*<sup>32</sup>. Del mismo modo, estimó el Plan ISIMAR<sup>33</sup> presentado por la empresa y validado por el CMN -que contenía la obligación de notificar a dicho órgano ante hallazgos arqueológicos no previstos- tenía como objetivo precisamente prevenir el impacto sobre los elementos patrimoniales terrestres y subacuáticos *“conocidos y/o potenciales hallazgos no previstos durante la fase de construcción del Proyecto”*<sup>34</sup>, estableciendo un Plan de Contingencia específico a aplicarse ante este tipo de hallazgos. En razón de ello, rechaza el argumento presentado por la empresa.

Por otro lado, en relación con el argumento de SICOMAQ, relativo a que, incluso si se consideraba que lo infringido efectivamente correspondía a medidas para hacerse cargo de los efectos del Proyecto, no podía estimarse que la falta de notificación al CMN correspondía a un incumplimiento “grave” de dichas medidas, al no cumplirse con los criterios establecidos por la propia SMA de relevancia o centralidad de la medida, permanencia en el tiempo del incumplimiento y grado de implementación de la medida, la SMA estimó descartar dicho argumento, aduciendo que:

- Las medidas incumplidas si tenían el carácter de centrales, pues durante la evaluación del Proyecto se habrían establecido como medidas específicamente orientadas a hacerse cargo de los efectos adversos derivados del proyecto, en relación con los hallazgos no previstos identificados en la ejecución del mismo<sup>35</sup>. En este sentido, la centralidad *“viene dada precisamente a la alta probabilidad de que, con ocasión de las actividades del proyecto pudieran surgir hallazgos no identificados durante la etapa de levantamiento de la línea base del proyecto”*<sup>36</sup>.
- En relación con la permanencia en el tiempo del incumplimiento, la SMA señala que, según expuso el CMN en su Ord. 4.788 de 2017, la falta de notificación a dicho órgano había sido *“una práctica implementada de manera persistente durante las labores de monitoreo ejecutados entre los meses de octubre de 2016 y marzo de*

---

<sup>32</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 252.

<sup>33</sup> Dicho Plan corresponde al Plan Integral de Supervisión, Intervención y Manejo Arqueológico contemplado en las Especificaciones Técnicas Especiales del Proyecto, elaboradas por el MOP en junio de 2015.

<sup>34</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 251.

<sup>35</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 254.

<sup>36</sup> Ibid.



2017”<sup>37</sup>, lo cual a su vez permitió también sostener la existencia de un bajo grado de implementación de la medida.

Sobre los argumentos expuestos por la SMA en la Resolución Sancionatoria para confirmar que la infracción en comento era de carácter “grave”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA, y su refutación para fundar el presente recurso de reposición nos referiremos en los siguientes acápite:

En primer lugar, cabe señalar que la misma SMA imputó como incumplidas normas específicas contenidas en la Ley N° 17.288, las cuales son meramente referenciadas en la DIA y en la RCA aplicable al Proyecto. En efecto, en lo que respecta al primer argumento descartado por la Resolución Sancionatoria, relativo a que lo incumplido por SICOMAQ no correspondía a medidas contempladas en la RCA del Proyecto -o en su proceso de evaluación ambiental- para hacerse cargo de los efectos del mismo, sino a un incumplimiento de la normativa ambiental aplicable, en particular, a lo dispuesto en la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, cabe señalar que, en efecto, aquello que se estimó incumplido por la misma SMA en la Reformulación de Cargos<sup>38</sup> correspondía al considerando 4.1 letra e) de la RCA 66/2012 y al capítulo 4.2.6 de la DIA del Proyecto.

Pues bien, según consta en el presente proceso, el considerando 4 de la RCA 66/2012 se refiere precisamente al cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, y en específico, en su numeral 1 a las normas de emisión y otras normas ambientales aplicables al Proyecto, para señalar en su literal e) que el titular de la RCA debe cumplir con lo dispuesto en la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales.

Por otro lado, el capítulo 4 de la DIA del Proyecto también se refiere específicamente al capítulo de cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al Proyecto, especificándose en el punto 4.2 la normativa ambiental específica aplicable, desarrollándose en el punto 4.2.6 lo relativo al cumplimiento de la Ley N° 17.288, como parte de aquella normativa relativa al medio socio cultural que debe ser cumplida por el Proyecto.

---

<sup>37</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 256.

<sup>38</sup> Según se dispone en la Tabla contenida en el Resuelvo I de la Reformulación de Cargos.

De este modo, es errado lo que señala la SMA en la Resolución Sancionatoria, en el sentido de estimar que lo incumplido correspondía a medidas específicas de la RCA para hacerse cargo de los efectos del Proyecto, como exige el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA para poder clasificar la infracción como grave, ya que, de conformidad con lo que la misma SMA definió en la Reformulación de Cargos, **lo incumplido correspondía específicamente a los apartados de cumplimiento de normativa ambiental aplicable, tanto de la RCA como en la DIA del Proyecto**, no siendo plausible entonces que se pueda aplicar dicha circunstancia para la calificación de gravedad que fuera confirmada por la Resolución Sancionatoria, siendo, en consecuencia, necesario que este error de derecho sea subsanado a través del presente recurso de reposición.

Adicionalmente, es menester considerar que la misma Resolución Sancionatoria estima que lo dispuesto en el Plan ISIMAR es una réplica de las obligaciones generales contenidas en la Ley N° 17.288, que pesan sobre cualquier Proyecto o actividad, al declarar que "(...) *la Empresa presentó en noviembre de 2016, el Plan ISIMAR, el que establecía un protocolo de actuación frente a hallazgos no previstos, y que **replicaba la obligación consistente en dar aviso al CMN***"<sup>39</sup>, por lo que malamente podría ser considerado como parte de las medidas para hacerse cargo del presente Proyecto en específico.

En este sentido, si la SMA pretendía calificar como grave la presente infracción, no podía haberlo hecho a través de la disposición contenida en la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA (dado que dicha norma requiere que se hayan incumplido gravemente aquellas medidas específicamente establecidas para el Proyecto en particular, en su respectiva RCA, y no deberes generales contenidos en leyes de aplicación general, como es el caso de la Ley N° 17.288 y su normativa complementaria), debió haberlo basado en alguna medida específica asociada a los hallazgos no previstos, pero dado que la RCA 66/2012 solo se limitó a replicar las exigencias generales aplicables a todo proyecto o actividad, contenidas en la señalada ley, ello resultaba imposible, razón por la cual lo que se hizo en la Resolución Sancionatoria fue intentar redirigirlas hacia supuestas medidas contempladas

---

<sup>39</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 371.

en el Anexo C de la DIA y en el Plan ISIMAR, que nunca fueron imputados como incumplidas y que, en rigor, también replican la exigencia general de denuncia de hallazgos arqueológicos no previstos contenida en la Ley de Monumentos Nacionales.

De este modo, incluso si el Proyecto no hubiese sido sometido al SEIA ni hubiese tenido una RCA aplicable, el deber de dar aviso al CMN ante hallazgos arqueológicos no previstos se hubiese mantenido plenamente vigente. Lo anterior quiere decir que **este deber de notificación, que la SMA estima incumplido para acreditar la presente infracción, no deriva de la RCA ni de las medidas que ésta estableció para hacerse cargo de los efectos del Proyecto, sino que deriva directamente de la Ley N° 17.288**, y en particular, de su artículo 26°, que dispone que *“Toda persona natural o jurídica que al hacer excavaciones en cualquier punto del territorio nacional y con cualquier finalidad, encontrare ruinas, yacimientos, piezas u abjetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico, está obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador Provincial, quien ordenará a Carabineros que se haga responsable de su vigilancia hasta que el Consejo se haga cargo de él”*.

Por lo anterior, la construcción argumentativa que hace la Resolución Sancionatoria, haciendo mención a supuestos deberes contenidos en el Anexo 3 de la DIA y en el Plan ISIMAR (que, como se menciona en el acápite siguiente, ni siquiera fueron mencionados como incumplidos para fundamentar el presente cargo) es artificiosa y no puede servir de base para descartar la defensa hecha valer por SICOMAQ, por lo que debe ser rectificadas por vuestra autoridad en la presente sede.

Por otro lado, es del caso señalar que la SMA no imputó como incumplidas las normas que en la Resolución Sancionatoria menciona para sustentar el rechazo de los argumentos de SICOMAQ, incumpliendo su deber de congruencia entre lo imputado y lo efectivamente considerado para sancionar o determinar la entidad de la sanción aplicable al caso concreto.

En efecto, y en concordancia con lo señalado en los párrafos anteriores, cabe considerar que las menciones que hace la Resolución Sancionatoria a las recomendaciones contenidas en el Anexo C de la DIA del Proyecto y al Plan ISIMAR, no se imputaron como incumplidas

ni en la Formulación de Cargos, ni en su Reformulación, sino que únicamente se referenció en dichas oportunidades los apartados 4.1 letra e) de la RCA 66/2012 y al capítulo 4.2.6 de la DIA del Proyecto, que, como se indicó, decían relación con la normativa ambiental que debía cumplir el Proyecto (en general) y no con medidas específicas contempladas en la RCA para hacerse cargo de los efectos del Proyecto. Tampoco se hizo referencia a estas normas y criterios en ningún otro antecedente del procedimiento sancionatorio, con excepción de la Resolución Sancionatoria, que las utiliza para justificar la confirmación de la calificación de gravedad del Cargo N°2.

Ello es aún más grave en el caso de las referencias al Plan ISIMAR (contenidas en el considerando 251 de la Resolución Sancionatoria), ya que éste ni siquiera formó parte de la evaluación ambiental del Proyecto, sino que se dictó al alero de las Bases Técnicas Específicas del Proyecto elaboradas por el MOP en el año 2015, es decir, casi 3 años después de la dictación de la RCA 66/2012, por lo que malamente puede ser considerado parte de las medidas contenidas en dicha RCA para hacerse cargo de los efectos del Proyecto.

En este sentido, las referencias al Anexo C de la DIA del Proyecto, o al Plan ISIMAR que hacen los considerandos 249, 250 y 251 de la Resolución Sancionatoria para descartar el argumento de SICOMAQ, no pueden ser tenidas en consideración para estos efectos, dado que nunca se imputó a mi representada el incumplimiento de dichos instrumentos en la Formulación de Cargos o en su Reformulación, o en cualquier otro antecedente tenido a la vista para la elaboración de los descargos del presente proceso.

Lo anterior es de relevancia, pues la formulación de cargos marca el inicio de la contradicción en el marco de cualquier procedimiento sancionador, en la medida de que ésta ha de contener la pretensión punitiva planteada por el órgano administrativo, así como los fundamentos objetivos en que se sustenta. Además, los cargos formulados limitan la competencia de vuestra autoridad respecto de los hechos que pueden ser objeto de persecución, así como las formas y circunstancias que determinan la eventual responsabilidad, en concordancia con el principio de congruencia que debe regir en materia sancionatoria.

De esta forma se ha manifestado la doctrina, en el sentido de entender que es la formulación de cargos el acto administrativo que le permite al sujeto fiscalizado conocer los hechos concretos que se le imputan y la posible sanción: “[a]tendida la naturaleza y rol de este acto trámite, la formulación de cargos constituye una actuación obligatoria para la administración. Tal aserto se encuentra ratificado por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República que, a través de sus dictámenes, ha señalado que **los cargos deben formularse en forma concreta, precisando específicamente los hechos constitutivos de la infracción**”<sup>40</sup>. Asimismo, “[e]n el ámbito administrativo sancionador, el derecho a un contradictorio incluiría **el derecho o ser informado oportunamente y en forma detallada de la acusación formulada, con los antecedentes que han permitido al fiscalizador acreditarla, y a disponer del tiempo adecuado para la preparación de su defensa**”<sup>41</sup>.

Por ello, no es admisible en un debido proceso administrativo sancionatorio que el presunto infractor no esté en conocimiento claro y preciso de la acusación que se le formula, y que solo se le haga saber en la Resolución Sancionatoria de la existencia de nuevas imputaciones de las cuales nunca pudo defenderse, como ocurre en el caso de marras.

Así lo ha señalado la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, al indicar que se “(...) **debe cumplir con dar a conocer a la entidad fiscalizada los elementos de cargo que puedan servir de base a una posible sanción, único modo de asegurarle una adecuada defenso**”<sup>42</sup>.

Por lo anterior, los fundamentos contenidos en los considerandos 249 y siguientes de la Resolución Sancionatoria no pueden servir de base para descartar el argumento de mi representada, teniendo que, en consecuencia, subsanarse este error en la resolución del presente recurso de reposición.

## 2.2. *Sobre la aplicación de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LO-SMA, en relación a la infracción asociada al Cargo N°2*

---

<sup>40</sup> SALINAS, Carlos. “Derecho Administrativo Sancionador: El régimen sancionador eléctrico en Chile”. Editorial Thompson Reuters, Año 2010, P. 795.

<sup>41</sup> CORDERO, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Editorial Thompson Reuters, Año 2014. P. 307

<sup>42</sup> Sentencia Itma. Corte Apelaciones de Santiago, dictada en causa Rol N° 9346-2006. Considerando 7°.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la LO-SMA, las sanciones específicas que se apliquen, deben considerar las circunstancias allí descritas. En relación al cargo en cuestión, la siguiente tabla resumen la forma en que la Resolución Sancionatoria se hizo cargo de las circunstancias que indica.

**Tabla 3. Circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA aplicadas al Cargo N°2**

Circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA aplicadas	Forma en que se consideró	Considerando de la Resolución Sancionatoria
<b>Beneficio económico</b>		
El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c) del artículo 40 de la LO-SMA)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se valora en 1 UTA</li> <li>- Se asocia al costo retrasado en la implementación de la bodega desde la fecha de recolección de los primeros elementos arqueológicos hasta la fecha (noviembre de 2019)</li> </ul>	281 y 282
<b>Componente de afectación (valor de seriedad)</b>		
Importancia del daño y del peligro ocasionado (letra a) del artículo 40 de la LO-SMA)	<p>Agravante. <i>"(...) respecto a los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3, ha quedado acreditado (...) que los mismos fueron sellados (...) a fin de proseguir con las obras del proyecto, sin que el CMN pudiera determinar previo a ello la forma de proceder a su respecto. Esta situación, por sí misma, generó una situación de riesgo concreto sobre el patrimonio cultural (...)"</i>.</p> <p><i>"(...) se produjo una afectación al patrimonio cultural al no poder realizarse el análisis contextual de 13 hallazgos, un riesgo concreto para el patrimonio respecto del conjunto de hallazgos recolectados y almacenados en condiciones inadecuadas, y un riesgo concreto respecto a los hallazgos inmuebles NCA-1, NCA-2 y NCA-3"</i>.</p>	319 y siguientes
El número de personas cuya salud pudo verse afectada (letra b) del artículo 40 de la LO-SMA)	Descarta su aplicación	346
La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (Letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Agravante. <i>"(...) se ha podido determinar (...) la relevancia de la medida de dar aviso al CMN respecto a los hallazgos no previstos, en cuanto permiten que dicho organismo sectorial tome las medidas necesarias para dar indicaciones al titular del proyecto sobre su recolección, conservación, resguardo</i>	347 a 353 (consideraciones generales) 356-357

	<i>análisis sobre el contexto arqueológico en que se encuentran".</i>	
<b>Componente de afectación (factores de incremento)</b>		
La intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d) del artículo 40 de LO-SMA)	Considera su concurrencia. <i>"(...) permite sostener, por una parte, un nivel de comprensión relevante de la obligación ambiental considerada como infringida (...); y, por otra, es posible advertir una serie de decisiones adoptadas, de manera voluntaria y persistente, por parte del infractor, y su falta de adecuación con la normativa infringido, pudiendo acreditarse las condiciones para establecer la intencionalidad (...)"</i>	370 y siguientes
La conducta anterior negativa del infractor (letra e) del artículo 40 de la LO-SMA)	Descarta su aplicación	376 y siguientes
Falta de cooperación (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Descarta su aplicación	378 y siguientes
<b>Componente de afectación (factores de disminución)</b>		
El grado de participación en el hecho (letra d) del artículo 40 de la LO-SMA)	No se aplica como factor de disminución	380
Cooperación eficaz (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Se estimó que, en efecto, concurrió la circunstancia, en las actividades de fiscalización ambiental, respuesta a requerimientos de la SMA y remisión de información útil para el esclarecimiento de los hechos	381 y siguientes
Conducta posterior del infractor, aplicación de medidas correctivas (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Se estimó que concurre. <i>"(...) consto en el procedimiento una serie de acciones tomadas voluntariamente por el titular, orientadas a reducir los efectos de la infracción".</i>	402
Irreprochable conducta anterior del infractor (letra e) del artículo 40 de la LO-SMA)	Se considera la concurrencia de esta circunstancia.	413
<b>Componente de afectación (capacidad económica del infractor)</b>		

La capacidad económica del infractor (letra f) del artículo 40 de la LO-SMA)	No se aplica como factor de disminución y solo se considera lo relativo al tamaño de la empresa, según información tributaria disponible	416
--	--	-----

Fuente: Elaboración propia, en base a lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria

En lo que respecta al factor de **beneficio económico** obtenido con motivo de la infracción, como se observa, SICOMAQ fue sancionada con una multa de 223 UTA, de las cuales solo 1 UTA se consideró como beneficio económico obtenido por la empresa.

En consecuencia, de las 222 UTA restantes, su determinación vino dada especialmente por haberse aplicado en el valor de seriedad las circunstancias de las letras a) (importancia del daño y del peligro ocasionado), i) (importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental), y d) (intencionalidad en la comisión de la infracción) del mencionado artículo 40 de la LO-SMA, así como circunstancia de la capacidad económica del infractor (letra f) del señalado artículo), la cual se tratará en un capítulo aparte por ser aplicable a todos los cargos formulados.

- En cuanto a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a) del artículo 40 de la LO-SMA)

En lo que respecta a este punto, la SMA estimó que se encontraba acreditada esta circunstancia, por cuanto se habría producido "*(...) una afectación al patrimonio cultural al no poder realizarse el análisis contextual de 13 hallazgos, un riesgo concreto para el patrimonio respecto del conjunto de hallazgos recolectados y almacenados en condiciones inadecuadas, y un riesgo concreto respecto a los hallazgos inmuebles NCA-1, NCA-2 y NCA-3*"<sup>43</sup>.

En este sentido, la Resolución Sancionatoria señaló que, respecto a los NCA-1, NCA-2 y NCA-3 (hallazgos de carácter inmueble), había quedado acreditado en el procedimiento que éstos fueron sellados con geotextil o con gravilla, sin que el CMN pudiera determinar, previo

<sup>43</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 330.



a ello, la forma de proceder a su respecto, generándose por tanto un riesgo concreto a su respecto.

Sobre este punto en particular, conviene indicar a usted que, si bien es efectivo que dicho riesgo sobre los NCA-1, NCA-2 y NCA-3 existió, éste de ningún modo puede calificarse de alta entidad, toda vez que la misma Resolución Sancionatoria reconoce que el proceso de sellado era reversible (habiéndose procedido a su desellado, posteriormente a la autorización del CMN), y que se pudo recuperar y verificar el estado de los mismos, sin que se pudiera apreciar que éstos hubieran sufrido algún daño con ocasión del proceso al que fueron sometidos sin autorización del CMN<sup>44</sup>. Así, la magnitud del riesgo generado por el actuar de mi representada fue baja, lo cual se encuentra debidamente acreditado en el proceso y es reconocido explícitamente por la SMA en la Resolución Sancionatoria.

Por otro lado, en lo que respecta a los 298 hallazgos de carácter mueble que fueron recuperados, cabe señalar que, en efecto, también se generó el riesgo al que alude la SMA en la Resolución Sancionatoria, pero, nuevamente, éste no puede ser considerado como de alta entidad, ya que, como admite dicho acto, la mayoría de los hallazgos muebles encontrados estaban compuestos de basuras secundarias, las cuales no tendrían alta relevancia en términos arqueológicos, ya que corresponderían a un contexto secundario de depositación (basural) y se encontrarían altamente erosionados, teniendo una baja potencialidad sedimentológica<sup>45</sup>.

Del mismo modo, SICOMAQ realizó actividades y tomó medidas para caracterizar dichos elementos a través de técnicas alternativas que, en efecto, permitieron inferir su contexto, como señala la Resolución Sancionatoria al indicar que ello *"(...) permitió georreferenciar prácticamente la totalidad de los hallazgos, obteniéndose un total de 13 locus de materiales (...)* De los 13 sitios o locus de recuperación (NCA) definidos, se obtuvo un total de 298 materiales arqueológicos registrados (...)"<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 323.

<sup>45</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 328.

<sup>46</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 327.

Además, respecto de dichos hallazgos muebles, también cabe relevar que mi representada indicó, como bien reconoce la Resolución Sancionatoria, que estaba estudiando propuestas especializadas de manejo y conservación de los mismos<sup>47</sup>, sin que al efecto se hubiese descartado la existencia de otras técnicas alternativas para recuperar el contexto que se reputa como perdido, por lo que cabe concluir que el riesgo concreto que la Resolución Sancionatoria da por existente nunca se ha materializado, y por lo mismo, no tiene la gravedad que se le asigna en la Resolución Sancionatoria.

- En cuanto a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)

En relación con esta circunstancia, sin perjuicio de reiterar lo ya señalado respecto del Cargo N°1 de estos autos, y específicamente en relación al Cargo N° 2, cabe señalar que la Resolución Sancionatoria atribuye un grado de vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de carácter **MEDIO ALTO**, atendida la relevancia que tendría la medida consistente en dar aviso al CMN de los hallazgos no previstos de elementos arqueológicos, la permanencia en el tiempo de la infracción a dicha medida y del almacenamiento en condiciones inadecuadas de los elementos recolectados, la generación de riesgo para la conservación de los elementos arqueológicos.

Es decir, a pesar de señalarse en forma expresa en el considerando 347 que la ponderación de esta circunstancia es algo distinto a los efectos que ha podido generar la infracción, para efectos de justificar el carácter medio alto de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, no se hace más que reiterar, y consecuentemente a ponderar por segunda vez, los argumentos brindados para justificar la calificación de gravedad de las infracciones y la concurrencia de la circunstancia de daño o peligro ocasionado con la infracción, incurriendo además en una infracción del principio *non bis in ídem* que debe regir en materia sancionatoria.

En razón de lo anterior, no es posible sino concluir que la Resolución Sancionatoria no ha justificado en modo alguno la concurrencia de esta circunstancia como algo distinto de la

---

<sup>47</sup> Ibidem.

calificación de gravedad o la circunstancia importancia del daño o peligro ocasionado, y que siendo así, la misma no debe ser considerada para efectos de determinar la entidad de las sanciones que eventualmente se confirme imponer a mi representada.

- En cuanto a la intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d) del artículo 40 de la LO-SMA)

Sobre este punto, cabe destacar que la Resolución Sancionatoria solo atribuye la aplicación de este criterio a la infracción asociada al Cargo N°2, descartando que pudiera concurrir en la comisión de las infracciones relativas a los cargos N°1, 3 y 4. En efecto, declara la Resolución Sancionatoria que *"(...) en relación a los hechos infraccionales N°1, 3 y 4, no se cuenta con antecedentes que permitan sostener que la Empresa cometió dolosamente los hechos intencionales, sino más bien a una actitud negligente o culpasa, la que bien podría estar fundada en que la evaluación ambiental del proyecto no fue desarrollada por ésta sino por el MOP, y a plazos que, para el desarrollo del proyecto, se habían comprometido en el contrato de obra pública celebrada"*<sup>48</sup>.

Sin embargo, en lo relativo al Cargo N°2, la SMA estimó que existían una serie de antecedentes que permitían sostener que la empresa habría ejecutado su labor de manera dolosa, según se señala a continuación.

En efecto, la SMA estimó que, con posterioridad al inicio de la ejecución de las obras del Proyecto (en octubre de 2016), la empresa habría presentado (en noviembre de 2016) el Plan ISIMAR, que establecía un protocolo de actuación frente a hallazgos arqueológicos no previstos, replicando la obligación consistente en dar aviso al CMN, y que el Informe de Seguimiento de octubre de 2016 a febrero de 2017 referenciaba explícitamente esta obligación<sup>49</sup>. Además, habría habilitado una bodega provisoria donde fue ingresando un conjunto de restos cerámicos, metal y loza (alrededor de 300), durante casi todo el tiempo

---

<sup>48</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 369.

<sup>49</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 371.

de ejecución de las obras del Proyecto<sup>50</sup>, además de adoptar otras acciones que le permitieron dar continuidad a éste, ante hallazgos arqueológicos no previstos<sup>51</sup>.

Por lo anterior, estimó que el conocimiento de las acciones que se estaban tomando respecto a hallazgos no previstos y de la obligación de denuncia que pesaba sobre el Proyecto, resultaba indubitado<sup>52</sup>, lo cual permitió a la SMA sostener un nivel de comprensión relevante de la obligación ambiental considerada como infringida, así como un nivel de voluntariedad y persistencia en la falta de adecuación a la normativa por parte de SICOMAQ, lo cual le habilita, en definitiva, a determinar que respecto a esta infracción, la empresa habría actuado con intencionalidad.

En relación con lo anteriormente señalado, es necesario volver a destacar que, como reconoce la misma Resolución Sancionatoria, **SICOMAQ no es un sujeto calificado en la gestión de instrumentos de gestión ambiental**<sup>53</sup>.

Ello quiere decir que, en concepto de la SMA, SICOMAQ no cabía dentro de la definición que el mismo órgano ha dado de sujetos calificados, que, según disponen sus Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones, son especificados como sujetos que *"desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación"*<sup>54</sup>. Así, SICOMAQ no dispondría *"de una organización sofisticada, la cual les permitirá afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su operación y eventuales contingencias"*<sup>55</sup>, por lo que, respecto de ella, no es posible *"esperar un mayor conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos y que se encuentren en una mejor posición para evitar infracciones o la normativa ambiental"*<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 372.

<sup>51</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 373.

<sup>52</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 374.

<sup>53</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 368. En efecto, señala la SMA en este considerando que *"(...) resulta efectivo lo planteada por SICOMAQ en relación a que no cuenta con el carácter de sujeto calificado respecto al instrumento de gestión ambiental cuya infracción fue configurada en este caso"*.

<sup>54</sup> SMA. Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2017), p. 39.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Ibid.

Esta circunstancia tiene que necesariamente ponderarse para efectos de tener por acreditada la supuesta intencionalidad con la que habría procedido mi representada respecto a la infracción asociada al Cargo N°2, la cual, según se señaló previamente, fue tenida por existente precisamente aduciendo que la empresa tenía un alto nivel de comprensión de la obligación ambiental que se estimó vulnerada, como expresamente señala el considerando 374 de la Resolución Sancionatoria.

Por otro lado, es del caso tener presente también que **en materia sancionatoria se requiere que concurra a lo menos una intención deliberada en la comisión de la infracción, así como la antijuricidad asociada a la contravención, para que pueda imputarse la existencia de intencionalidad**, en los términos del artículo 40 letra d) de la LO-SMA. Esto quiere decir que se requiere que exista dolo, en los términos de una voluntad deliberada que va más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas. Ello necesariamente conlleva indagar en la voluntad interna del autor<sup>57</sup>.

Este criterio ha sido recogido por la jurisprudencia del 2° Tribunal Ambiental de Santiago, que ha señalado que *“al ser el artículo 40 letra d) de la LOSMA, una circunstancia para determinar la sanción específica, y en el caso de la multa, el quantum, su aplicación se traduce en el mayor o menor reproche que la SMA pueda hacer a la conducta del infractor, la que podrá variar en la medida que haya actuado con culpa o dolo. Esto permitirá que se pueda considerar la gradualidad del reproche en la determinación de la sanción final, la que incluso puede ser utilizada para fundamentar una rebaja en el monto definitivo, en caso que se opte por una multa, o justificar una sanción de menor entidad, como es el caso de la amonestación. **Lo anterior, por cuanto no es lo mismo incurrir en una infracción no habiendo previsto lo que debía preverse o no habiendo evitado lo que debió evitarse (culpa), que incurrir en ella conociendo y queriendo hacerlo (dolo)**”<sup>58</sup>.*

---

<sup>57</sup> En este sentido, BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 192.

<sup>58</sup> Sentencia del 2° Tribunal Ambiental de Santiago, pronunciada con fecha 5 de junio de 2018, pronunciada en el la Reclamación tramitada bajo el Rol R-140-2016, considerando centésimo octogésimo octavo.

Añade dicha sentencia que "(...) lo anterior, es coherente con lo resuelto por la Corte Suprema (...), puesto que, efectivamente, es necesario acreditar un actuar doloso para fundamentar, bajo el criterio del artículo 40 letra d) de la LOSMA, una sanción más gravosa. Por el contrario, la culpa a imprudencia, puede ser utilizada por la SMA – conforme a la discrecionalidad que le asiste- para fundamentar –como ya se señaló- la imposición de sanciones de menor entidad, también basado en el criterio de intencionalidad"<sup>59</sup>.

De este modo, en el dolo o intencionalidad se integran dos elementos: uno intelectual y otro volitivo<sup>60</sup>. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción, así como de su significación antijurídica, mientras que el elemento volitivo (es decir, el querer el hecho ilícito), requiere que se persiga directamente el ilícito (dolo directo de primer grado) o al menos que se acepten las consecuencias inevitables que éste va a producir (dolo directo de segundo grado), o, inclusive, que se asuman las consecuencias probables de su actuación (dolo eventual)<sup>61</sup>.

En este sentido, si bien para configurar determinadas infracciones a la normativa ambiental vigente puede prescindirse de este elemento volitivo (al configurarse la denominada "culpa infraccional"<sup>62</sup>), para agravar la conducta del particular, y, por ende, para aumentar el valor de seriedad en la determinación de la sanción aplicable, dicho elemento volitivo no puede sino tenerse como un elemento central de la intencionalidad. Así, esta circunstancia no exime de responsabilidad del titular por la comisión de la infracción, sino que permite graduar la sanción específica, de acuerdo al principio de culpabilidad que debe regir en materia sancionatoria.

Pues bien, es del caso considerar que, a pesar de estimarse que el titular de un proyecto debería tener conocimiento de sus obligaciones ambientales (al constar ellas en la Ley y en otros instrumentos citados por la SMA en este acápite), no es menos cierto que en la

---

<sup>59</sup> Ibid. Considerando centésimo nonagésimo segundo.

<sup>60</sup> NIETO García, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, 5ª Edición, reimpresión (2017), p. 339.

<sup>61</sup> Ibid., p. 340.

<sup>62</sup> Ibid., p. 342.

práctica se pueden desconocer los alcances jurídicos y aplicación concreta de las mismas, sobre todo cuanto el caso en comento se refiere a una obligación normativa de aplicación general contenida en la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, como se señaló previamente.

Así, el fundamento de la SMA para determinar la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción asociada al Cargo N°2 yace esencialmente en que la obligación de realizar una denuncia al CMN ante hallazgos arqueológicos no previstos se encontraba contenida -replicando el contenido de la Ley N° 17.288- en la RCA, la DIA del Proyecto y el Plan ISIMAR presentado por la empresa, por lo que no podría alegar su desconocimiento, pero ello no satisface el estándar de acreditar fehacientemente y más allá de toda duda razonable la presencia del elemento volitivo que es necesario que concurra para la aplicación de este factor agravante de la responsabilidad infraccional.

A mayor abundamiento, y tal como se indicó en los descargos, SICOMAQ mantuvo de forma permanente en sus instalaciones un profesional con aptitudes idóneas para efectuar un resguardo de los descubrimientos de carácter arqueológico. En este sentido, la gestión del ámbito arqueológico involucrado en el Proyecto fue un aspecto primordial para la empresa a la hora de asumir la titularidad de éste, implementando el programa de supervisión arqueológica de conformidad a lo indicado en las Especificaciones Técnicas Especiales para el Proyecto, existiendo la constante preocupación de la empresa en torno a que las tareas de terreno resguardaran el material arqueológico, por lo que malamente pudo existir algún tipo de intencionalidad respecto a este cargo formulado.

En este sentido, si bien la arqueóloga contratada para estos efectos, quien cumplía los requisitos académicos y técnicos necesarios, no cumplió debidamente con su labor, al omitir denunciar los hallazgos no previstos -cuestión ya reprochada por vuestra autoridad para configurar la existencia de la infracción asociada a este cargo-, de ello no se sigue necesariamente que mi representada, en su calidad de empresa constructora y de sujeto no calificado en el cumplimiento de exigencias ambientales, pudiera suponer las consecuencias de dicha falta de rigor profesional, menos aun deliberadamente aceptar tales consecuencias. De este modo, no existe en el presente caso ningún elemento probatorio

aportado por la SMA o por mi representada que permita acreditar la existencia del elemento volitivo que debe concurrir para que se pueda aplicar la circunstancia agravante de intencionalidad en la comisión de la infracción, contenida en la letra d) del artículo 40 de la LO-SMA.

Finalmente, también es del caso tener presente que **SICOMAQ nunca tuvo la intención de ocultar los hallazgos arqueológicos detectados del CMN o de cualquier otra autoridad.** En efecto, sobre el punto relativo a la supuesta intencionalidad en la comisión de esta infracción, cabe considerar que la arqueóloga contratada por SICOMAQ para la supervisión arqueológica del Proyecto, si bien no informó al CMN en la forma en que es exigido por la Ley N° 17.288 y su normativa complementaria, a través de la correspondiente denuncia de hallazgo arqueológico, nunca tuvo la intención de ocultar estos hechos o la información contextual levantada respecto a los hallazgos, toda vez que ellos fueron informados a través de los correspondientes Informes de Seguimiento Ambiental, como consta en el presente proceso.

En efecto, la misma Resolución Sancionatoria reconoce que en el Informe de Seguimiento Ambiental del periodo octubre 2016 – febrero 2017, código SSA #56237, SICOMAQ informó a las autoridades las acciones tomadas respecto de los NCA 1, 2 y 3, mientras que en el Informe de Seguimiento Ambiental de abril de 2017, código SSA #58395 dio cuenta nuevamente de otras medidas que fueron aplicadas a los NCA-1 y 3<sup>63</sup>.

En este sentido, entendiendo que la configuración de la infracción efectivamente puede determinarse de los antecedentes que fundan la Resolución Sancionatoria, no es plausible entender que SICOMAQ tenía la intención de cometer la infracción imputada, pues en el presente proceso no se han allegado probanzas en este sentido por parte del órgano instructor de éste. Así, la aplicación de dicha circunstancia al Cargo N°2 formulado debe ser descartada.

### **3. Objeciones a las consideraciones que fundan la calificación de gravedad y las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA para el Cargo N°3**

---

<sup>63</sup> Resolución Sancionatoria, considerandos 373 y 374.



### 3.1. Sobre la calificación de gravedad de la infracción asociada al Cargo N°3

De acuerdo con lo expresado en los considerandos 259 a 267 de la Resolución Sancionatoria, se estimó confirmar la calificación de gravedad atribuida a esta infracción en la Reformulación de Cargos, al estimarse como una infracción grave, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA.

Para estos efectos, la calificación de gravedad se fundamentó en el criterio de relevancia o centralidad de la medida, estableciéndose que dicha centralidad se fundaría en que *“el desarrollo de las obras podían generar efectos adversos respecto de las elementas que se buscaban resguardar, por la que, al incumplirse se releva la centralidad de la medida como criteria para confirmar la clasificación de la gravedad propuesta”*<sup>64</sup>.

De esta forma, en la Resolución Sancionatoria se considera que la protección del patrimonio arqueológico relacionado con este proyecto se debe analizar considerando su división en tres tipologías, dentro de las cuales se encuentra el Patrimonio Cultural Subacuático (en adelante PCS) que fue identificado durante el levantamiento de la línea base del proyecto, conclusión a la que arriba en base al Informe Final de Levantamiento Arqueológico elaborado en el Anexo C la DIA.

En este sentido, para determinar la centralidad o relevancia de las medidas infringidas, resulta necesario revisar el análisis del levantamiento arqueológico en referencia, y determinar, de acuerdo con sus conclusiones, si efectivamente las medidas en referencia constituyen un elemento central para la protección del PCS.

En línea con lo anterior, resulta relevante indicar que tanto en la DIA como en el levantamiento arqueológico, se ha sostenido que tras la realización de la inspección arqueológica, se llevó a cabo una modificación en el diseño de las obras, incorporando criterios patrimoniales que buscaban evitar la afectación al MH Fuerte Corral y a los hallazgos arqueológicos detectados en el estudio patrimonial subacuático, evitando de esta manera, el sepultamiento de los rasgos detectados<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 267.

<sup>65</sup> Considerandos 2.5.1 y 3.6 de la DIA del Proyecto.

En este sentido, tras la inspección arqueológica, se optó por modificar el *layout* del proyecto, minimizando la intervención sobre el PCS. Lo anterior, se manifiesta en los siguientes pasajes del Informe Final de Levantamiento Arqueológico:

- *El Componente 1 [rasgos asociados a la plataforma de canagua (Playa La Argolla)], correspondiente básicamente a un conjunto de rasgos arqueológicos formados por trabajos de origen antrópico en la terraza costera de canagua, planteaba una situación relativamente problemática, ya que, al tratarse de elementos inmuebles localizados en el AID del proyecto, **la única posibilidad de reducir el impacto sobre éstas resultaba a través de una modificación del layout a trazada de las obras de ingeniería invaluable.** En función de la anterior, en coordinación con la DOP – XIV Región y GHD, se analizó la situación y **se propuso una alternativa de trazada que buscaba privilegiar la conservación in situ de las hallazgos [...] La solución de layout propuesta, buscaba garantizar la conservación de los rasgos arqueológicos sumergidos identificados en la plataforma de roca en la medida de lo posible**<sup>66</sup>.*
- *En el caso del Componente 2, integrada por restos de infraestructura portuaria de carácter industrial, básicamente los restos colapsados del Muelle Francés y los basamentos de otro muelle más liviano que habría funcionado en la playa La Argolla a comienzos del siglo XX, **considerando su emplazamiento en el AID del proyecto se optó por modificar la disposición original del enracada a escalera para mitigar su impacto. En el nuevo layout sólo es probable que un área muy acatada se vea afectada.** Además, los rieles clavados en la roca canagua y que sobresalen del agua [correspondiente al rasgo N°3] **exhiben un baja valor arqueológico y podrían ser retiradas tras su adecuada documentación, sin generar grandes impactos**<sup>67</sup>.*
- *En el caso de los elementos asignados dentro del Componente 3, material arqueológica diverso depositado en superficie, disperso en contextos secundarios,*

---

<sup>66</sup> Informe Final de Levantamiento Arqueológico submarino y subsuperficial proyecto “Diseño y Declaración de Impacto Ambiental para la Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas Costanera Fuerte Corral”, comuna de Corral, XIV Región de los Ríos, pp. 98 - 99.

<sup>67</sup> Ibid., p. 99.

*que se verán irremediablemente afectados por las obras del proyecto, ellos corresponden a elementos de baja potencial arqueológica. Su documentación exhaustiva y recuperación selectiva para posterior análisis, resulta una medida de mitigación apropiada<sup>68</sup>.*

De esta forma, es posible establecer que **la principal medida que considera la ejecución de este proyecto para brindar protección a los hallazgos arqueológicos detectados en la línea base, consiste en la construcción de las obras de acuerdo con las especificaciones constructivas establecidas en la evaluación ambiental**, puesto que, su diseño fue rectificado en consideración a la protección de los hallazgos arqueológico detectados en la línea base, mientras que, como se pasará a analizar, las demás medidas de mitigación establecidas respecto de este componente, si bien son relevantes, no resultan ser medidas centrales o esenciales para su protección.

En este sentido, de acuerdo con el análisis del Levantamiento Arqueológico del proyecto, es posible establecer que las medidas específicamente infringidas, cuyo reproche dio origen a este cargo, **no resultan ser centrales o esenciales dentro del Proyecto**, de acuerdo con lo siguiente<sup>69</sup>:

- Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto (sub-hecho a)

De acuerdo con las recomendaciones del Levantamiento Arqueológico, si bien se recomienda el traslado y depositación del rasgo N°4 en un nuevo emplazamiento, el origen de esta medida se relaciona con que, al momento de ser detectado, dicho rasgo se encontraba depositado en el fondo marino, por tanto, se concluyó que no se hallaba necesariamente in situ<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Ibid., p 100.

<sup>69</sup> El sub-hecho c) del presente cargo, relativo a la excavación estratigráfica de la Playa La Argolla no se tratará en este acápite, ya que el señor Superintendente eximió de responsabilidad a SICOMAQ por el supuesto incumplimiento de esta medida.

<sup>70</sup> Informe Final de Levantamiento Arqueológico submarino y subsuperficial proyecto "Diseño y Declaración de Impacto Ambiental para la Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas Costanera Fuerte Corral", comuna de Corral, XIV Región de los Ríos, p. 92 y 102.

Por ello, el traslado de este rasgo no se relaciona directamente con los motivos expresados en la Resolución Sancionatoria, donde se atribuye que el incumplimiento de esta medida es grave debido a que el desarrollo de las obras podía generar efectos adversos sobre el PCS, mientras que, en el Levantamiento Arqueológico se recomienda el traslado de este rasgo debido a su ubicación en el fondo marino, la que no corresponde necesariamente a su ubicación original.

- Recuperación selectiva del Componente 3 (sub-hecho b)

Esta medida tampoco resulta ser central o esencial, toda vez que, de acuerdo con el Levantamiento Arqueológico, se concluyó que el hallazgo arqueológico colonial disperso que se relaciona con este componente, corresponden a hallazgos aislados que exhiben un bajo potencial científico y arqueológico. En atención a ello, se estableció que una medida adecuada para este componente consiste en su recuperación, no total, sino que selectiva<sup>71</sup>.

De ello es posible dar cuenta, que este hallazgo dentro del PCS no es el más relevante o central, dado su bajo potencial científico y arqueológico.

- Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés (sub-hecho d)

En relación con esta medida, resulta relevante observar aquellas conclusiones del Levantamiento Arqueológico relacionadas con el Componente N°2. Al respecto, se indicó que, respecto de los restos colapsados del Muelle Francés, debido a su ubicación en el área de influencia directa del proyecto, se optó por la modificación de la disposición original del enrocado o escollera, generándose un nuevo layout que permitió reducir la afectación de este componente en un área muy acotada de esta infraestructura<sup>72</sup>.

De ello, es posible establecer que, la principal medida de protección de Muelle Francés consiste en la construcción de las obras de conformidad con el *layout* diseñado en la evaluación de este proyecto y, la medida de cubrimiento con geotextil de los restos de dicho muelle sería adicional, puesto que, abordaría un área muy acotada de este hallazgo.

---

<sup>71</sup> Ibid., p. 96 y 100.

<sup>72</sup> Ibid., p. 99.

- Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 (sub-hecho e)

En lo que respecta a este punto, si bien esta es una medida sumamente relevante, resulta necesario analizar las conclusiones relacionadas con el Componente 1 y 3 del Levantamiento Arqueológico para determinar su centralidad.

En primer lugar, dentro del Componente 1, se identificaron los rasgos 1, 2, 4, 5 y 6<sup>73</sup>. De acuerdo con lo analizado precedentemente, con el fin de proteger de mejor forma este componente, se recomendó la modificación del *layout*, con el fin de garantizar la intervención mínima de a estos hallazgos con la ejecución del proyecto, estableciéndose que la única posibilidad para reducir el impacto sobre este componente se podía lograr mediante el cambio del *layout* o trazado de las obras de ingeniería involucradas<sup>74</sup>.

Asimismo, se indica en la DIA que no se consideró recomendable retirar y reflotar los hallazgos arqueológicos detectados debido a que en superficie éstos podrían sufrir un proceso acelerado de corrosión, por lo que, se recomendó dejar los hallazgos sumergidos<sup>75</sup>.

Por su parte, en relación con el Rasgo N°3, que se identifica a propósito del Componente 2, se establece que este hallazgo exhibe un bajo valor arqueológico, por lo que los rieles clavados en la roca concagua que sobresalen del agua podrían ser retirados tras su adecuada documentación<sup>76</sup>.

Lo anterior, permite evidenciar que, si bien, la documentación exhaustiva corresponde a una medida de gran relevancia, de acuerdo con la evaluación específica de este proyecto, no corresponde a la medida principal o esencial para la protección del PCS, puesto que, tal como se indica en el Informe, la forma esencial en que se protege este patrimonio es mediante el cambio en el trazado o *layout*, por lo cual, se puede concluir que, la medida esencial para velar por la protección del PCS de este proyecto consiste en la ejecución de

---

<sup>73</sup> De acuerdo con la sección 5.3 del Informe Final de Levantamiento Arqueológico.

<sup>74</sup> Informe Final de Levantamiento Arqueológico submarino y subsuperficial proyecto "Diseño y Declaración de Impacto Ambiental para la Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas Costanera Fuerte Corral", comuna de Corral, XIV Región de los Ríos, p. 98.

<sup>75</sup> Considerando 2.5.1 de la DIA.

<sup>76</sup> Informe Final de Levantamiento Arqueológico submarino y subsuperficial proyecto "Diseño y Declaración de Impacto Ambiental para la Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas Costanera Fuerte Corral", comuna de Corral, XIV Región de los Ríos, p. 99.

las obras de acuerdo con el diseño y método de construcción establecido en la evaluación de impacto ambiental, mientras que, las demás medidas resultarían ser complementarias en cuanto a la protección de estos hallazgos.

De esta forma, en relación a los sub-hechos a), b), d) y e) del Cargo 3, en ningún caso concurre el criterio de centralidad de la medida establecido en la Resolución Sancionatoria para calificar este hecho infraccional como grave de acuerdo con el artículo 36 N°2 letra e) de la LO-SMA, por lo que dicha calificación sería del todo improcedente, en conformidad a los criterios que la misma SMA ha indicado que deben concurrir para que pueda aplicarse dicha norma.

**3.2. Sobre la aplicación de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LO-SMA, en relación a la infracción asociada al Cargo N°3**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la LO-SMA, las sanciones específicas que se apliquen, deben considerar las circunstancias allí descritas. En relación al cargo en cuestión, la siguiente tabla resume la forma en que la Resolución Sancionatoria se hizo cargo de las circunstancias que indica.

**Tabla 4. Circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA aplicadas al Cargo N°3**

Circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA aplicadas	Forma en que se consideró	Considerando de la Resolución Sancionatoria
<b>Beneficio económico</b>		
El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c) del artículo 40 de la LO-SMA)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se valora en 12 UTA</li> <li>- Se asocia al costo retrasado del traslado del rasgo 4, al costo retrasado de la recuperación del componente 3, al costo retrasado de la instalación de geotextil a los restos del Muelle Francés (59 m2), al costo evitado de la instalación de geotextil a los restos del Muelle Francés (740 m2), y al costo retrasado de la documentación exhaustiva de los rasgos 1 a 6.</li> </ul>	283 y siguientes
<b>Componente de afectación (valor de seriedad)</b>		
Importancia del daño y del peligro ocasionado (letra a) del artículo 40 de la LO-SMA)	Agravante. "(...) con la infracción se produjo una situación de riesgo concreto respecto o los sub-hechos infroccionales a), b) y d)".	331 y siguientes

El número de personas cuya salud pudo verse afectada (letra b) del artículo 40 de la LO-SMA)	Descarta su aplicación	346
La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (Letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Agravante. "(...) <i>ha podido acreditarse que precisamente la falta de ejecución o ejecución inoportuna de dichas medidas, generó la posibilidad de que se produjera un riesgo de afectación sobre los componentes identificados en cuanto se comenzaron a ejecutar obras del proyecto en los sectores en que se emplazaban los elementos (...)</i> "	347 a 353 (consideraciones generales)  358-359
<b>Componente de afectación (factores de incremento)</b>		
La intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d) del artículo 40 de LO-SMA)	Se descarta su concurrencia	369
La conducta anterior negativa del infractor (letra e) del artículo 40 de la LO-SMA)	Descarta su aplicación	376 y siguientes
Falta de cooperación (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Descarta su aplicación	378 y siguientes
<b>Componente de afectación (factores de disminución)</b>		
El grado de participación en el hecho (letra d) del artículo 40 de la LO-SMA)	No se aplica como factor de disminución	380
Cooperación eficaz (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Se estimó que, en efecto, concurrió la circunstancia, en las actividades de fiscalización ambiental, respuesta a requerimientos de la SMA y remisión de información útil para el esclarecimiento de los hechos	381 y siguientes
Conducta posterior del infractor, aplicación de medidas correctivas (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)	Se estimó que concurre. "(...) <i>constan en el procedimiento acciones tomadas voluntariamente por el titular, orientadas a corregir los hechos constitutivos de infracción (...)</i> "	403 y siguientes
Irreprochable conducta anterior del infractor (letra e) del artículo 40 de la LO-SMA)	Se considera la concurrencia de esta circunstancia.	413
<b>Componente de afectación (capacidad económica del infractor)</b>		

La capacidad económica del infractor (letra f) del artículo 40 de la LO-SMA)	No se aplica como factor de disminución y solo se considera lo relativo al tamaño de la empresa, según información tributaria disponible	416
--	--	-----

Fuente: Elaboración propia, en base a lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria

En lo que respecta al factor de **beneficio económico** obtenido con motivo de la infracción, como se observa, SICOMAQ fue sancionada con una multa de 34 UTA, de las cuales 12 UTA se consideraron como beneficio económico obtenido por la empresa.

En consecuencia, de las 22 UTA restantes, su determinación vino dada especialmente por haberse aplicado en el valor de seriedad las circunstancias de las letras a) (importancia del daño y del peligro ocasionado), e i) (importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental) del mencionado artículo 40 de la LO-SMA, así como circunstancia de la capacidad económica del infractor (letra f) del señalado artículo), la cual se tratará en un capítulo aparte por ser aplicable a todos los cargos formulados.

- En cuanto a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a) del artículo 40 de la LO-SMA)

En relación con ponderación de la circunstancia prevista en la letra a) del artículo 40 de LO-SMA, respecto del Cargo N° 3, la Resolución Sancionatoria realiza un análisis diferenciado respecto de cada uno de los sub-hechos.

Respecto del **sub-hecho a)**, consistente en el traslado del Rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, se afirma en el considerando 333 que no se cuenta con *"antecedentes que permitan acreditar una afectación a la materialidad"* del Rasgo 4. Sin perjuicio de ello, se justifica la concurrencia de la misma en el hecho de haberse acreditado durante el curso del procedimiento de sanción que las obras de enrocado de la Pasarela N° 2 se habrían comenzado a desarrollar antes del traslado del Rasgo 4, y que ello *"habría generado un desplazamiento y cambio de posición (invertido)"* del Rasgo 4" y consecuentemente, un riesgo para el mismo.



En primer término, cabe controvertir el hecho de que se haya generado un riesgo (que por lo demás no ha sido determinado en la Resolución Sancionatoria) al Rasgo 4, pues tal como se señaló en la presentación de 27 de agosto de 2019, sobre la base de un informe preparado por ARKA, aun cuando hubiese existido un desplazamiento o cambio de posición del Rasgo 4 en forma previa a su traslado controlado, ello resulta absolutamente irrelevante, pues dicho elemento patrimonial se encontraba descontextualizado en forma previa al año 2010, y por tanto, el riesgo que se podría haber generado por su desplazamiento o cambio de posición, esto es, la pérdida de contexto arqueológico, se había materializado varios años antes del inicio del proyecto ejecutado por SICOMAQ.

Por otra parte, y aun si se aceptara la existencia del supuesto riesgo generado al Rasgo 4, lo cierto es que la Resolución Sancionatoria no contiene fundamentación alguna que permita ponderar la importancia que debe atribuirse al riesgo que se habría generado.

Por otro lado, en lo que respecta al **sub-hecho b)**, relativo a la recuperación selectiva del Componente 3, es del caso considerar que a misma Resolución Sancionatoria reconoce que *"(...) la propia evaluación ambiental, identificó que dichos elementos detentaban un bajo potencial arqueológico y científico, teniendo en consideración, entre otros aspectos, el estado en que se encontraban: hallazgos aislados de material arqueológico artefactual o restos discretos de estructuras desintegradas, con depositación de carácter superficial y baja densidad"*<sup>77</sup>, por lo el supuesto riesgo generado no puede, bajo ninguna circunstancia, considerarse como de alta entidad, atendidas las características propias del Componente 3, objeto de la medida que se reputa como incumplida.

Finalmente, en lo que respecta al **sub-hecho d)** del presente cargo, relativo a la aplicación de geotextil a los restos del Muelle Francés, conviene indicar que el considerando 339 de la Resolución Sancionatoria reconoce que no existen antecedentes que permitan afirmar que se ha generado una afectación a la materialidad de los restos del Muelle Francés, pero estima concurrente de igual modo esta circunstancia en atención al riesgo concreto que habría significado para la materialidad del mismo la ejecución de obras (excavaciones,

---

<sup>77</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 336.

instalación de pilotes, etc.) sin realizar una cobertura con geotextil que permitiera asegurar la reversibilidad de una eventual afectación.

Al respecto cabe señalar sólo cabe señalar, que igual que los casos anteriores, la resolución sancionatoria se limita exclusiva a señalar porque estima concurrente la circunstancia, pero en ningún modo fundamenta la importancia que será atribuida a la misma para determinar la sanción que pretende aplicar por dicha infracción a mi representada.

Como comentario adicional, es de relevancia destacar que respecto del **sub-hecho c)** del presente cargo (excavación estratigráfica en el sector de construcción de las gradas de la Playa La Argolla), no se hace ningún análisis puesto que se ha absuelto a SICOMAQ de responsabilidad por este sub-hecho. Por otro lado, en relación con el **sub-hecho e)** del presente cargo (documentación exhaustiva de los Rasgos 1 a 6), la misma Resolución Sancionatoria ha descartado que se haya producido un daño o se haya ocasionado un peligro<sup>78</sup>.

- En cuanto a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i) del artículo 40 de la LO-SMA)

En relación al **Cargo N° 3**, se atribuye un carácter **MEDIO BAJO** de la vulneración del sistema jurídico de protección ambiental, justificando dicha conclusión también, exclusivamente en la relevancia de las medidas que se habrían infringido y la importancia del riesgo o peligro ocasionado con la infracción.

Es decir, a pesar de señalarse en forma expresa en el considerando 347 que la ponderación de esta circunstancia es algo distinto a los efectos que ha podido generar la infracción, para efectos de justificar el carácter medio bajo de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, no se hace más que reiterar, y consecuentemente a ponderar por segunda vez, los argumentos brindados para justificar la calificación de gravedad de las infracciones y la concurrencia de la circunstancia de daño o peligro ocasionado con la

---

<sup>78</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 341.

infracción, incurriendo además en una infracción del principio *nan bis in ídem* que debe regir en materia sancionatoria.

En razón de lo anterior, no es posible sino concluir que la Resolución Sancionatoria no ha justificado en modo alguno la concurrencia de esta circunstancia como algo distinto de la calificación de gravedad o la circunstancia importancia del daño o peligro ocasionado, y que siendo así, la misma no debe ser considerada para efectos de determinar la entidad de las sanciones que eventualmente se confirme imponer a mi representada.

#### **4. Sobre la configuración del Cargo N°4, en relación a los efectos de la resolución del Servicio de Evaluación Ambiental ("SEA") que tiene presente el cambio de titularidad de una RCA**

En lo que respecta a este punto, cabe hacer mención de que la SMA desestimó los descargos presentados por mi representada respecto a este punto, pues, según el criterio establecido en la Resolución Sancionatoria, SICOMAQ detentaba la titularidad de la RCA aplicable al proyecto adjudicado por el MOP. Lo anterior tiene como consecuencia que, a juicio de la autoridad, el responsable de obtener los Permisos Ambientales Sectoriales ("PAS") para operar y desarrollar el Proyecto era mi representada.

En efecto, la resolución sancionatoria expone que *"(...) es posible sostener que la obtención de los permisos ambientales sectoriales, antes del inicio de ejecución de las obras, correspondía en los hechos la condición de titular de la RCA, por lo que SICOMAQ, al momento de habersele hecho la entrega del terreno, con fecha 25 de octubre de 2016, y antes de haber ejecutado acciones de intervención del Monumento Histórico y Zona Típica, debió haber arbitrado todos los medios para la obtención de los respectivos permisos para luego de ella, haber iniciado la ejecución de las mismas"*<sup>79</sup>.

Sin embargo, es del caso indicar que los PAS se tramitan con motivo de la evaluación ambiental. Para tales efectos, la Ley N° 19.300, General de Bases del Medio Ambiente ("LGBMA"), tiene como finalidad que los proyectos examinados se ajusten a la normativa ambiental aplicable específicamente a ellos. Para cumplir con este mandato, el Sistema de

---

<sup>79</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 219.

Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) contempla la denominada “ventanilla única ambiental”, cuya idea principal es posibilitar que todas las autorizaciones administrativas deben solicitarse dentro del procedimiento del SEIA y deben ser tramitados de manera conjunta.

En este sentido, el Decreto Supremo N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del SEIA (“RSEIA”) determina que existen dos tipos de PAS<sup>80</sup>. Los primeros, propiamente ambientales, se entenderán autorizados con la sola concurrencia de la RCA. Los segundos, denominados PAS mixtos, tienen como características que en lo ambiental quedarán aprobados por la RCA, y en lo sectorial deberán ser tramitados ante el órgano correspondiente. En efecto, se ha señalado que *“En cuanto PAS quedará supeditado a lo que ocurra en el SEIA, sin embargo, en cuanto permiso con contenido técnico o no ambiental, el órgano sectorial conservará sus competencias técnicas”*<sup>81</sup>. Es del caso indicar que los PAS que debían obtenerse para la ejecución del Proyecto correspondían precisamente a PAS Mixtos.

Para obtener y tramitar los PAS mixtos, sin embargo, es necesario ser titular del proyecto. Esto se desprende de lo dispuesto en el artículo 108 del RSEIA, que estipula la forma por la cual el titular debe concurrir para obtener dichos permisos. Específicamente, la exigencia contenida en el artículo 108 del RSEIA se puede sintetizar en dos conclusiones: (i) Solo bastará con que el **titular** exhiba la RCA para obtener el PAS, y; (ii) En materia de PAS mixtos, el **titular** presentará los antecedentes no ambientales ante los organismos administrativos correspondiente. En este sentido, el artículo 108 del RSEIA entrega la facultad de tramitación de los PAS y PAS mixtos a los **titulares**, de manera exclusiva.

A este respecto, el Of. Ord. 180127/2018 del SEA define al titular en materia de evaluación ambiental como *“la persona natural o jurídica responsable del proyecto”*<sup>82</sup>. Según el mismo oficio, los antecedentes que se exigen por el SEA tienen como objetivo identificar al titular y a su sociedad matriz si la hubiere, y su respectiva representación legal. Asimismo, se

---

<sup>80</sup> Artículo 108 del RSEIA.

<sup>81</sup> BERMÚDEZ, Jorge. Fundamentos Derecho Ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso (2016), p. 277

<sup>82</sup> SEA. Oficio Ordinario N°180.127/2018, de 27 de enero de 2018, p.3.

establece que la RCA que califica favorablemente una actividad, determina las obligaciones del titular respecto a su proyecto. Así, la responsabilidad del cumplimiento de la RCA recae en su titular. Lo anterior, según lo regula el artículo 24 de la RSEIA, que dispone que *“El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental”*.

Pues bien, según el mismo Oficio del SEA, la titularidad debe ser informada a dicho órgano, quien dictará una resolución teniendo presente la situación, previa verificación de los documentos que acreditan el cambio de titularidad. Esto tiene como objeto dar certeza jurídica a la Administración de la existencia de la persona que adquiere o adquirirá las obligaciones derivadas de la RCA **para todos los efectos legales**.

Lo anterior debe ser evaluado además bajo lo preceptuado en el artículo 51 de la LBPA, que dispone que *“Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general”*. Esto quiere decir que solo cuando el SEA tenga presente el cambio de titularidad y la resolución por medio de la cual ello ocurre sea notificada a las partes, se traspasarán las obligaciones que emanan de la RCA favorable al nuevo titular, pues solo desde esa fecha tendrá efectos jurídicos el acto administrativo en comento.

Dicho razonamiento tiene por consecuencia reconocer que la responsabilidad de tramitación de permisos hasta antes del pronunciamiento del SEA se radicaba exclusivamente en el titular del proyecto en dicha época, a saber, el MOP, y no en SICOMAQ, como erróneamente estima la Resolución Sancionatoria. Por ello, este error interpretativo debe ser subsanado por medio del presente recurso de reposición.

Cabe agregar adicionalmente, que la Resolución Sancionatoria establece que, en los hechos, mi representada operaba como titular del proyecto desde que le fue entregado el terreno por parte del MOP. Esto es del todo improcedente, pues la titularidad de una RCA no es una calificación que depende de una situación de hecho o de hechos determinados, sino que de

una determinada declaración y calificación jurídica que debe hacer el órgano administrativo correspondiente, dictando una resolución que **declare** el cambio de titularidad<sup>83</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, mi representada realizó una serie de acciones destinadas a resolver y obtener los PAS correspondientes. En efecto, la propia Resolución Sancionatoria menciona las comunicaciones entre SICOMAQ y el MOP, y entre la primera y el CMN antes de la tramitación del cambio de titularidad<sup>84</sup>. Dichas comunicaciones develan las intenciones y la debida diligencia que tomó SICOMAQ para obtener los permisos correspondientes, que debían ser tramitados exclusivamente por el MOP, pues como se explicó anteriormente, para obtener los permisos sectoriales es requisito ser **titular** del proyecto.

Por último, cabe agregar que, si bien la SMA y en general los órganos administrativos pueden cambiar de criterio, como bien consiga la Resolución Sancionatoria en relación a un caso citado por mi representada para sustentar la postura de sus descargos, dichos cambios deben respetar el principio de igualdad ante la ley, el principio de motivación del acto administrativo y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los órganos de la Administración.

En concreto, la Resolución Sancionatoria no cumplió con un estándar de motivación suficiente a la hora de justificar su cambio de criterio, pues no estableció claramente las razones por las cuales la situación de hecho considerada en el presente proceso daría el carácter de titular del proyecto a SICOMAQ antes de que el cambio de titularidad se tuviera presente por el SEA. Tampoco explica el razonamiento detrás del cambio de criterio respecto a lo resuelto en procedimiento Rol D-003-2014. A este respecto, la protección de la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad ponen un límite a los cambios de criterios que pueda tener los órganos administrativos al aplicar determinadas sanciones. En efecto, se ha señalado que *"si la autoridad con el poder de interpretar administrativamente*

---

<sup>83</sup> Esto para evitar confusiones respecto a la operación de fases de construcción, donde las empresas involucradas pueden variar (en régimen de subcontratación, por ejemplo), pero el titular responsable de la RCA sigue siendo uno.

<sup>84</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 215.

*ciertas normas las interpreta en un sentido, no puede después contradecir esa interpretación si no tiene razones válidas que autoricen el cambio”*<sup>85</sup> Dicha situación es aplicable también a los organismos de la administración con potestad sancionatoria<sup>86</sup>. Esto significa que cualquier cambio de interpretación debe estar debidamente fundamentado, de lo contrario, se considerará arbitrario por falta de fundamentación.

En la Resolución Sancionatoria que por este acto se impugna, sin embargo, se desestima la interpretación anterior del procedimiento sancionatorio D-003-2014, en la que la propia SMA se pronunció respecto a la titularidad y los efectos que produce la resolución que tiene presente el cambio de ésta por parte del SEA. Esto, sin acreditar debidamente las razones que justifican dicho cambio de criterio, ni la razonabilidad del mismo, vulnerando el principio de la igualdad ante la ley, que redundaría en la aplicación de una sanción injusta, restando toda responsabilidad al MOP en la tramitación y cumplimiento de las obligaciones de la RCA de la cual fue titular por más de cuatro años.

Por las razones anteriores, también solicitamos que se tengan presentes estas consideraciones al momento de resolver el presente recurso de reposición, subsanando los errores de la Resolución Sancionatoria en este ámbito.

**5. Sobre la capacidad económica de SICOMAQ, y como la resolución sancionatoria vulnera el principio de proporcionalidad al aplicar dicha circunstancia sin considerar la capacidad de pago de mi representada**

En lo que respecta, finalmente, a la aplicación de la circunstancia contenida en la letra f) del artículo 40 de la LO-SMA, relativa a capacidad económica del infractor, es del caso señalar que la Resolución Sancionatoria vulnera el principio de proporcionalidad al aplicar solo el criterio “tamaño de la empresa”, omitiendo aquel relativo a la “capacidad de pago”.

Lo anterior atenta con el concepto mismo de capacidad económica, precisado tanto en la Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2017) como

---

<sup>85</sup> GÚZMAN, Alejandro. La interpretación administrativa en el derecho chileno. Santiago. (2014)

<sup>86</sup> SALCEDO, Catalina y ARANEDA, Joaquín. Cambios de criterios y potestad sancionatoria de la administración. Círculo Legal Editores (2019), p. 199.

en otros procedimientos de sanción seguidos ante esta autoridad, de acuerdo a los cuales debe atender a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el incumplimiento con el objeto de evitar imponer una carga desproporcionada a una entidad que no pueda soportarla.

En este sentido, la resolución sancionatoria no ha considerado en la aplicación de la circunstancia de capacidad económica la realidad financiera en que está inmersa SICOMAQ en la actualidad, que se encuentra en una situación de falta ostensible de disponibilidad de recursos monetarios, por lo que ello debe ser subsanado en esta sede, considerándose para los efectos de determinar el monto total de las sanciones aplicables, según se detallará a continuación.

*5.1. El concepto de capacidad económica del artículo 40 letra f) de la LO-SMA incluye la capacidad de pago del infractor como garantía del principio de proporcionalidad aplicable en materia sancionatoria*

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

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

Por su parte, la capacidad de pago, se define como *"la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas por el caso bajo análisis"*<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> SMA. Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2017).



En esta línea, esta misma SMA ha sostenido que la determinación de la capacidad de pago se debe definir en base a la situación financiera específica del infractor al momento de determinarse la multa<sup>88</sup>. De hecho, y aún más, su propia Superintendencia ha indicado que la capacidad de pago corresponde a la capacidad de pago del conjunto de las sanciones pecuniarias que corresponde aplicar<sup>89</sup>.

Lo anterior es relevante desde el punto de vista del fundamento por el cual se considera la capacidad económica dentro de los componentes para determinar las sanciones, debido a que su uso se sustenta en la necesidad de establecer una relación de proporcionalidad entre las sanciones y la situación financiera de la empresa que redundará en la aplicación de principios de equidad y justicia.

En este sentido, el Segundo Tribunal Ambiental se ha pronunciado respecto del objetivo que tiene la circunstancia establecida en la letra f) del artículo 40 de la LO-SMA, estableciendo que su fin es asegurar que exista proporcionalidad entre el monto de la multa y la capacidad económica concreta del infractor<sup>90</sup>.

*5.2. La Resolución Sancionatoria erróneamente consideró que no se presentaron antecedentes para analizar la capacidad de pago de SICOMAQ. Estos antecedentes y los que se acompañan a esta presentación, dan cuenta de una situación financiera deficitaria que merman significativamente su capacidad de pago*

---

<sup>88</sup> Res. Ex. SMA N°122/2019, de 25 de enero de 2019, considerando 334 (dictada en procedimiento Rol D-029-2018). En el mismo sentido, las resoluciones sancionatorias de los procedimientos; Rol F-036-2017 (Res. Ex. N°512/2018 de 03 de mayo de 2018, considerando 70); Rol D-026-2017 (Res. Ex. N°120/2017 de 30 de enero de 2018, considerando 278); Rol A-002-2013 (Res. Ex. N°72/2018, de 17 de enero de 2018, considerando 267) , Rol F-010-2013 (Res. Ex. N°765/2013, de 29 de julio de 2013, considerando 91), Rol F-002-2013 (Res. Ex. N°821/2013, de 13 de agosto de 2013, considerando 66), D-001-2013. (Res. Ex. N°826/2013, de 14 de agosto de 2013, considerando 59).

<sup>89</sup> SMA. Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (2017), p. 74. En el mismo sentido, Res. Ex. N° 1339 de 27 de noviembre de 2013 dictada en proceso de sanción seguido en contra de ENAP Refinería 5.A y, Res. Ex. N° 198 de 18.03.2015, que resolvió proceso de sanción en contra de SCM Minera Lumina Copper Chile.

<sup>90</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-48-2014, Agrícola el Sol de Copiapó Limitada y otra en contra de la SMA (Res. N° 1223, de 23 de septiembre de 2014). Considerando octogésimo noveno.

En concreto, la Resolución Sancionatoria consideró que no se presentaron antecedentes para analizar la capacidad de pago de SICOMAQ<sup>91</sup>, en circunstancias que mi representada efectivamente acompañó los Estados Financieros correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018, como solicitó la misma SMA en la Res. Ex. N°15/Rol D-067-2017. Dichos antecedentes, como se analizará, dan cuenta de una condición de deficiencia en su situación financiera que le dificulta en gran medida, hacer frente a las sanciones pecuniarias impuestas por la Resolución Sancionatoria.

En primer término, de acuerdo con los Estados Financieros de los años 2015, 2016 y 2017, acompañados en presentación de fecha 16 de octubre de 2019 en respuesta a lo solicitado en Res. Ex. 15/Rol D-067-2017, es posible dar cuenta que, si bien, se presentaron ganancias al término de dichos períodos, estas fueron disminuyendo gradualmente en medida que avanzaban los años. Por su parte, durante el período de 2018, se presentan en los Estados Financieros de ese período pérdidas que, durante este año, ascendieron a \$-485.941.966 pesos chilenos. Asimismo, si se comparan las ganancias brutas, es posible verificar que estas se redujeron respecto del año 2017, lo que da cuenta del detrimento de la situación financiera de mi representada.

Por otra parte, de la información aportada en esta presentación (Estado de Resultados Acumulado noviembre 2019, acompañado en Anexo 2.A), es posible dar cuenta que el escenario de pérdidas que se presenta desde el año 2018 se ha mantenido a la fecha.

En efecto, según lo determina dicho documento, en el mes de noviembre de 2019, los ingresos por la actividad de SICOMAQ ascendieron a \$3.554.340.613 pesos chilenos, mientras que las pérdidas operacionales fueron de \$4.573.336.733 pesos chilenos. Esto quiere decir, que las pérdidas exclusivas del mes de noviembre son de un total de \$1.018.996.120 pesos chilenos. En este mismo sentido, las pérdidas acumuladas durante el año 2019 hasta el mes de noviembre, son de un monto total de \$334.245.815 pesos chilenos, manteniendo la situación de operación deficitaria como la del año anterior, sin sumar a lo anterior las multas impuestas por la SMA en el presente proceso.

---

<sup>91</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 417.

Por su parte, estos antecedentes permiten dar cuenta que la razón deuda patrimonio (deuda total/Patrimonio) aumentó un 78% entre diciembre de 2018 a noviembre de 2019, pasando de 0.376 a 0.670, con el agravante que es deuda de corto plazo y que está pronto a cumplirse la obligación de plazo, disminuyendo la liquidez de la empresa.

Por su parte, es de considerar que esta situación financiera tiene como causa principal la pérdida acumulada del "Proyecto Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas" a noviembre 2019, que corresponde a \$ -411.089.652 (sin considerar el valor de las multas impuestas) y la pérdida acumulada de la obra "Construcción Protecciones Costeras ex isla el Alacran, Arica", a noviembre 2019 correspondiente a \$ -733.619.073. Estas dos obras, licitadas por el MOP, han generado gastos operacionales no previstos asociados a exigencias ambientales de protección de patrimonio arqueológico, que han mermado significativamente la capacidad de pago de mi representada.

Se acompaña en este escrito, copia de los libros de obra, que corresponden a los estados de resultado acumulados para las referidas obras desde su inicio hasta la fecha.

De acuerdo con los antecedentes presentados, es posible dar cuenta de un escenario financiero que ha ido desmejorando conforme al paso de los años y desde el año 2018 a la fecha, se presenta un escenario de pérdidas que se ha mantenido.

De esta forma, durante los años 2018 y 2019, se presentaron pérdidas por \$ 485.941.966 pesos chilenos y \$334.245.815 pesos chilenos respectivamente, que, si se comparan con la suma de las multas que esta SMA impuso a mi representada en la Resolución Sancionatoria, las que en su total ascienden a 403 UTA, es posible verificar que el monto total de las sanciones impuestas aumentarán las pérdidas en más de un 70% durante este año 2019.

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

En este sentido, la misma SMA ha señalado que la capacidad económica atiende a dos criterios, la equidad y la eficacia de la sanción<sup>92</sup>. De acuerdo con ello, la equidad dice relación con que no debiera ser igualmente reprochable la conducta de una determinada empresa solvente, con altos capitales y recursos de apoyo, que la conducta de una empresa, con deudas considerables y, la eficacia de la sanción, dice relación con la capacidad de cumplir con la sanción impuesta, pues resultaría tremendamente inútil y desproporcionado imponer una sanción de multa elevada a empresas que no tiene recursos económicos para cumplir con ella.

Aun cuando la SMA no consideró los antecedentes acompañados por SICOMAQ, que fueron solicitados por la misma autoridad en el expediente sancionatorio, ella ha reconocido que la capacidad de pago debe ser considerada como criterio de disminución de la sanción una vez impuesta la multa correspondiente<sup>93</sup>; y que la oportunidad procesal para alegar dicha situación sería la reposición, debiendo dar cuenta en dicha instancia, la situación financiera de la empresa que justifique la disminución de la sanción<sup>94</sup>.

De este modo, solicito a usted considerar el resultado de los Estados Financieros que fueron debidamente acompañados en el procedimiento sancionatorio y los antecedentes financieros complementarios acompañados en esta presentación, a la hora de determinar la capacidad económica de mi representada, no limitando este análisis únicamente al tamaño de la empresa, sino que considerando los resultados de los estados financieros y las pérdidas asociadas a dos de sus contratos principales de obras licitadas por el MOP, dentro de la capacidad de pago, de tal forma que las sanciones a aplicar sean proporcionadas y se ajusten a la situación financiera actual de mi representada.

Por tanto, solicito a Ud. ponderar adecuadamente esta circunstancia, determinando su aplicación como circunstancia que disminuye el monto total de las sanciones aplicadas.

---

<sup>92</sup> Res. Ex. SMA N°1051, de 30 de septiembre de 2013, Rol F-009-2013, página 11.

<sup>93</sup> Rol F-036-2017 (Res. Ex. N°512/2018 de 03 de mayo de 2018, considerando 70)

<sup>94</sup> Rol D-029-2018 (Res. Ex. N°122/2018 de 25 de enero de 2019, considerando 335).

### III. PETICIÓN CONCRETA

**POR TANTO**, en consideración a todo lo expuesto, solicito a Ud. tener por interpuesto fundado recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria, resolviendo en definitiva acoger los argumentos planteados en el cuerpo de esta presentación, revocando la señalada resolución, procediendo a absolver a mi representada de los **Cargos N°1 y N°4**, aplicando respecto a los **Cargos N°2 y N°3** la mínima sanción que en derecho corresponda, atendida su recalificación de su gravedad, y la falta de concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad infraccional.

En subsidio de lo anterior, se solicita a usted recalificar la gravedad de los **Cargos N°1, N°2 y N°3**, aplicando la mínima sanción que en derecho corresponda respecto de los **Cargos N°1, N°2, N°3 y N°4**, atendida su recalificación de gravedad, y la falta de concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad infraccional.

Adicionalmente, se solicita a usted tener por acompañados los documentos anexos, listados en el apartado IV de esta presentación, y acceder a la solicitud de reserva, contenida en el apartado V de esta presentación, según se expondrá.

### IV. ACOMPAÑA DOCUMENTOS

Solicito a Ud. tener por acompañado a esta presentación los antecedentes anexos a esta presentación, en formato digital (1 CD), listados a continuación:

#### Anexo 1.A

1. Plano Estructural "Perfiles Transversales Playa La Argolla y Muro San Juan", Plano OM N° 03, 22 de 46.
2. Plano de Diseño "Planta General de Arquitectura Perfiles Generales Tramo 3 Playa La Argolla", Plano AR N° 05, 10 de 46.
3. Plano Estructural "Planta Estructura y Fundaciones Pasarela 1", Plano OM N° 13, 33 de 46.
4. Especificaciones Técnicas Especiales de la Licitación del Proyecto DOP N° 5734.

5. Registro fotográfico del Fuerte Corral (imágenes anteriores al proyecto).

**Anexo 1.B**

1. Copia de anotación en libro de obras del proyecto, de fecha 28 de febrero de 2017.

**Anexo 1.C**

1. Copia de los registros de asistencia a la obra de la arqueóloga Julia Carolina Potocnjak Montecinos (JCPM), correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2017.

**Anexo 2.A**

1. Estado de Resultados Acumulado Noviembre 2019. Informe Contabilidad grupo SICOMAQ SpA.

**Anexo 2.B**

1. Libro de Obra acumulado la obra pública denominada "Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas", SICOMAQ SpA.
2. Libro de Obra acumulado de la obra pública denominada "Construcción Protecciones Costeras ex isla el Alacrán, Arica", SICOMARQ SpA.

**V. SOLICITA RESERVA DE INFORMACIÓN QUE INDICA**

Por medio de la presente, vengo en solicitar reserva de información de los documentos adjuntos a esta presentación y los Estados Financieros correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018, acompañados en presentación de 16 de octubre de 2019.

En virtud del art. 6 de la LO-SMA, en relación con el art. 21 N° 2 de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, se solicita reserva de información de los anexos 2.A y 2.B, listados en el apartado IV este escrito.

Lo anterior, pues se trata de información de carácter comercial sensible y estratégico para mi representada, por estar asociada a negocios vigentes o que bien puede afectar futuras negociaciones con proveedores o futuros clientes.

La referida reserva se encuentra amparada constitucional y legalmente, pues el propio artículo 8 de la Constitución Política de la República permite decretar la reserva o secreto fundando en causales consagradas en ley de quórum calificado.

En este marco, la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, consagra las causales de reserva o secreto en el artículo 21, cuyo numeral 2 incorpora el secreto empresarial como límite al ejercicio del deber de transparencia, y al correlativo derecho de acceso a la información, al consagrar como causal de reserva: *"(...) Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico"*.

Por su parte, las decisiones del Consejo para la Transparencia contenidas en los roles A204-09, A252-09, A114-09, C501-09, C887-10 y C515-11, entre otras, establecen los criterios para determinar si la información contiene información empresarial cuya divulgación pueda afectar los derechos económicos y comerciales del tercero involucrado, en este caso, en los siguientes términos:

*"a) La información debe ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto;*

*b) Debe tratarse de información secreta, es decir, que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y*

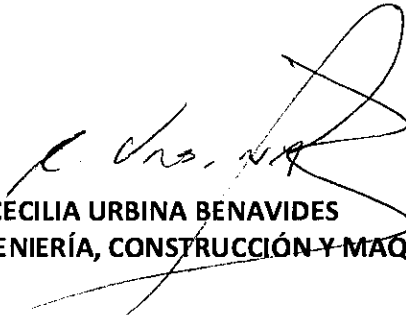
*c) La información debe tener un valor comercial por ser secreta, toda vez que paseer la información con ese carácter proporciona a su titular una ventaja competitiva o, a contrario sensu, su publicidad pueda afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo"*.

En el presente caso, la privacidad de los estados financieros resulta esencial para un mercado tan competitivo como en el que actúa el titular, y en el caso de los libros de obras acumulados, entregan detalles de gastos incurridos por SICOMAQ para las obras licitadas, incluyendo valores por bienes y servicios esenciales para sus operaciones.

En razón de lo anterior, SICOMAQ efectúa esfuerzos para evitar su divulgación y mantener el secreto fuera del ámbito de la administración de la empresa y de sus clientes, por lo cual no cabe sino concluir que dichos antecedentes se encuentran amparados por la causal de reserva o secreto del art. 22 N° 2 de la ley N° 20.285. En efecto, la publicidad de estos antecedentes afectaría derechamente las ventajas competitivas del titular frente a otros competidores que presten servicios equivalentes.

Por tanto, se solicita a Ud. acceder a la reserva de información antes indicada, tachando además, los datos referidos a ingresos, costos y utilidades que en esta presentación se han indicado.

Sin otro particular se despide atentamente,

  
**CÉCILIA URBINA BENAVIDES**  
**p.p. SOCIEDAD INGENIERÍA, CONSTRUCCIÓN Y MAQUINARIA SpA**