

## DEDUCE REPOSICIÓN

### SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

**FERNANDO MOLINA MATTA**, abogado, cédula nacional de identidad N° 11.833.992-4, en representación de **FUENZALIDA MOURE COMPAÑÍA LIMITADA** (en adelante, "FMC Ltda"), en procedimiento sancionatorio de referencia **D-029-2017**, al Sr. Superintendente del Medio Ambiente respetuosamente digo:

Que, dentro de plazo, vengo en deducir recurso de reposición, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley N°19.880, respecto a la Resolución Exenta 1829 de 19 octubre de 2022 dictada por esta Superintendencia, con la finalidad de que esta autoridad disponga su modificación, de conformidad a los fundamentos que se explicarán a continuación (y cuyo índice se encuentra en la página final del documento):

#### **1. ANTECEDENTES SOBRE LAS INFRACCIONES RESPECTO A LAS CUALES SE HA DETERMINADO LA APLICACIÓN DE SANCIÓN**

La Superintendencia sancionó a mi representada mediante la dictación de la Resolución Exenta N° 241 del 26 de febrero del año 2018 por los siguientes cargos:

- i) Cargo N° 1: No realizar el manejo de guano, según lo exigido en el considerando 3.2 la RCA N°83/2009, aplicándose una multa equivalente a **88 UTA**, calificándose dicha infracción como grave.
- ii) Cargo N° 2: No realizar el monitoreo anual de aguas infiltradas provenientes de la fosa séptica, en los años 2014, 2015 y 2016, infringiendo lo dispuesto en el considerando 3.4.2 de la RCA N° 260/2009 y considerando 3.3.2 de la RCA N° 83/2009, aplicándose una multa equivalente a **20 UTA**, clasificándose esta infracción como leve.

Al respecto, el Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol N° 196-2018, confirmada por la Corte Suprema, dejó sin efecto la resolución anterior, estimando que no se habían ponderado las circunstancias del artículo 40 de la Ley N°20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente ("LOSMA"). Dado lo anterior, se dictó una nueva resolución que corresponde a la Resolución Exenta 1829 de 19 octubre de 2022, impugnada mediante esta presentación, **la cual mantiene el monto de la multa, realizando la ponderación de las referidas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA**, pero que en realidad, no realiza una ponderación que cumpla con lo dictado con el fallo, en cuanto no se justifica adecuadamente la aplicación y no aplicación de dichas circunstancias, según el caso; todo conforme se explicará más adelante en los acápites 3 y siguientes.

## **2. ANTECEDENTES SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA QUE FUERON APLICADAS POR LA SUPERINTENDENCIA PARA LA DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA SANCIÓN**

Para determinar el monto de la multa, la Superintendencia considera el beneficio económico obtenido por el titular de la infracción (circunstancia del artículo 40 letra c, LOSMA) más el componente afectación. Dentro de este último componente, se consideró para la determinación del monto de la sanción lo siguiente: Importancia del sistema jurídico protegido (dentro del valor de seriedad del componente afectación), intencionalidad del infractor (como factor de incremento de la sanción) y la irreprochable conducta anterior y cooperación eficaz (como factores de disminución de la sanción).

Lo anterior, conforme será detallado a continuación:

### **2.1. Beneficio económico obtenido**

Respecto al beneficio económico obtenido, esta Superintendencia estima que corresponde a 8,1 UTA para la primera infracción y de 1,2 UTA para la segunda, considerando que el costo evitado era de 10,4 UTA y 1,5 UTA, respectivamente.

### **2.2. Componente afectación**

El componente afectación, comprende la ponderación de lo siguiente: 2.2.1.) Seriedad y 2.2.2.) Factores de incremento.

#### **2.2.1. Seriedad**

La seriedad comprende lo siguiente: i) Daño ocasionado o riesgo de peligro (circunstancia de la letra a del artículo 40, LOSMA); ii) número de personas cuya salud pudo afectarse (circunstancia de la letra b del artículo 40, LOSMA); iii) importancia del sistema jurídico protegido (circunstancia de la letra h del artículo 40, LOSMA); y iv) detrimento de vulneración de un área silvestre protegida (circunstancia de la letra h del artículo 40, LOSMA).

En relación a la seriedad, cabe indicar lo siguiente:

- Se aplicó por esta Superintendencia, la importancia del sistema jurídico protegido.
- En la resolución impugnada se consideró que no procedía aplicar ni el daño ocasionado, peligro de riesgo ni número de personas cuya salud pudo afectarse ya que serían circunstancias no acreditadas y que, por ende, no podrían ser consideradas para la aplicación de la sanción. El detrimento de un área silvestre protegida no es procedente en cuanto el Proyecto no genera afectación ni se encuentra emplazado en un área silvestre protegida.
- De esta manera, se aplica únicamente la importancia del sistema jurídico protegido, utilizando dicha circunstancia como factor de incremento de la sanción, ya que las

obligaciones asociadas al manejo de guano y monitoreo tienen por objeto hacerse cargo del impacto de olores.

- Se indica que las medidas destinadas a aquello fueron incumplidas parcialmente, estimándose que la importancia del sistema jurídico infringido era media para efectos del incremento del monto de la sanción en relación a ambas infracciones. Al respecto, se indica que se da un puntaje de 43, que resulta en un valor de seriedad de 75 UTA para la primera infracción y un puntaje de 20 que resulta un valor de seriedad de 16,7 UTA.

### **2.2.2. Factores de incremento**

Los factores de incremento comprenden lo siguiente: i) intencionalidad en la comisión de la infracción (circunstancia de la letra d del artículo 40, LOSMA); ii) conducta anterior negativa (circunstancia de la letra i del artículo 40, LOSMA).

Al respecto, se consideró como factor de incremento la intencionalidad en la comisión de la infracción, en cuanto estaba (o al menos debió estarlo) en conocimiento de sus obligaciones de la RCA. Considerando esto, se incrementó la multa en un 25%.

### **2.2.3. Factores de disminución**

Los factores de disminución comprenden lo siguiente: i) irreprochable conducta anterior (circunstancia de la letra e del artículo 40, LOSMA); ii) cooperación eficaz en el procedimiento y/o investigación (circunstancia de la letra i del artículo 40, LOSMA); iii) aplicación de medidas correctivas (circunstancia de la letra i del artículo 40, LOSMA); iv) grado de participación en los hechos (circunstancia de la letra d del artículo 40, LOSMA); y v) capacidad económica del infractor (circunstancia de la letra f del artículo 40, LOSMA).

Al respecto, cabe indicar lo siguiente:

- En cuanto a los factores de disminución, sólo se consideró para la disminución de la sanción, la irreprochable conducta anterior.
- Se aplicó la irreprochable conducta anterior, considerándolo como un factor de disminución de la multa en un 5%.
- Se aplicó también la cooperación eficaz, considerando como un factor de disminución de la multa en un 10%.
- No se aplicó la circunstancia de la aplicación de medidas correctivas en cuanto no se habría sustentado su efectividad mediante pruebas verificables.
- No procedía aplicar como factor de disminución el grado de participación de mi representada, toda vez que su participación fue de autor.
- Finalmente, tampoco se consideró la capacidad económica como un factor de disminución, en cuanto la empresa se calificaría como una empresa grande en razón de los ingresos por venta, de acuerdo a la clasificación que realiza el Servicio de Impuestos Internos.

**Considerando todo lo anterior se aplicó una multa de 88 UTA** (considerando el puntaje de 43, que se traduce en 75 UTA respecto a la importancia del sistema jurídico protegido más el incremento de 25% y la disminución de 10% y 5%) para la primera infracción y **20 UTA** para la segunda (considerando puntaje 20 que se traduce en 16,5 UTA, más los mismos porcentajes como factores de incremento y disminución).

### **3. Ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA implica mantener (reformatio in pejus) o reducir la multa ya impuesta**

En la resolución impugnada se indica, antes de comenzar con el análisis de ponderación de multa que el Tribunal Ambiental ordenó ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA explicando los puntajes de seriedad y factores de incremento y disminución de sanciones, pero sin que proceda una ponderación de disminución de multa como lo pretendería mi representada. Es decir, de forma previa a la ponderación, se indica que no se modificará la multa original, en circunstancias que si la ponderación de dichas circunstancias podría implicar una disminución de la multa (como su mantención). Sin embargo, se esgrime una **opinión preconcebida sobre improcedencia de modificar la multa antes incluso de ponderar las referidas circunstancias.**

Por este motivo queremos solicitar a esta Superintendencia, pueda analizar y ponderar las circunstancias a las que nos referiremos posteriormente para efectos de analizar la reducción de la multa que a nuestro juicio procede.

La ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA debería implicar un nuevo cálculo de la multa y consecuentemente su modificación, en tanto considera circunstancias que antes no fueron ponderadas para el cálculo de la multa, de manera que, al realizar el cálculo, necesariamente debiese influir en un monto diferente, el que debiese ser menor, pues que en la resolución impugnada se ponderó la irreprochable conducta anterior, entre otras circunstancias que implicarían reducir la multa. Por lo demás, las circunstancias consideradas para efectos de un aumento del monto, conforme explicaremos a continuación, no eran procedentes al caso concreto.

Además, hemos podido advertir que las cuestiones indicadas por nuestro escrito “Téngase presente” no fueron consideradas ni ponderado por esta Superintendencia o al menos no se hizo mención a aquello, por lo cual pedimos que sean tomadas en consideración para efectos de aplicar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

En este sentido, la SMA no se pronunció respecto de lo que en dicha presentación se indicó en relación al beneficio económico obtenido, sobre la importancia del sistema jurídico protegido ni la capacidad económica de mi representada. En efecto, en dicho escrito se justificaba acerca de porqué el beneficio económico no habría sido calculado de manera correcta de acuerdo al procedimiento administrativo análogo que utilizó la Superintendencia, así como porqué la importancia del sistema jurídico protegido debía ser calificado de bajo y porqué la capacidad económica de la empresa no era la indicada por la Superintendencia. Sin embargo, en la

resolución impugnada se reiteró lo señalado en la resolución original que había sido dejada sin efecto por el Tribunal Ambiental, señalando puntajes y porcentajes de incremento pero sin justificar los mismos ni tampoco descartar lo indicado por este compareciente en el “Téngase presente”, lo cual de haberse considerado podría haber implicado una reducción de la multa impuesta originalmente.

#### **4. RECONSIDERACIÓN DE LA MANERA EN QUE SE HA APLICADO LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA PARA EFECTOS DEL INCREMENTO DE LA MULTA**

Por medio de este recurso de reposición, solicitamos que se reconsideren los aspectos que se mencionarán a continuación, lo cual implicaría una reducción de la multa impuesta, conforme se indicará a continuación.

##### **4.1. Sobre la aplicación del valor de seriedad en relación a la importancia del sistema jurídico de protección ambiental**

La SMA consideró las obligaciones contenidas en la RCA como sistema jurídico de protección ambiental para efectos de la aplicarlo circunstancia para determinar la sanción. Al respecto, en primer lugar, es importante indicar que **no se consideró una normativa jurídica** concreta sino que el acto administrativo constituido por la referida RCA y sus obligaciones. Por otro lado, en esta circunstancia se considera no sólo la infracción en si misma sino que la manera en que se produjo dicha infracción.

Lo anterior es relevante puesto que, la SMA ha señalado expresamente que el sistema jurídico infringido corresponde a **la normativa ambiental**, lo que no incluiría acto administrativo como sería la RCA. Por otro lado, la misma SMA ha señalado que se debe considerar, además, la manera en que tiene lugar la infracción.

En efecto, señala la Guía Metodológica de la SMA que *“Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la manera en que ha sido incumplida.”*

Al respecto, esta Superintendencia ha señalado en sus bases metodológicas:

*“Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que **dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la manera** en que ha sido incumplida. La valoración de estos elementos, implica ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental que la infracción ha conllevado, en otras palabras, determinar qué tan perjudicial ha sido ese incumplimiento específico para la efectividad del sistema de protección ambiental.*

(...)

*Al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se debe considerar aspectos como: **el tipo de norma infringida**, su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, su objetivo ambiental y las características propias del incumplimiento que se ha cometido a la norma.”<sup>1</sup>*

De acuerdo a lo anterior, en primer lugar se requiere infracción a una norma jurídica y en este caso la infracción es de una RCA. De esta manera, **no existiendo una norma concreta infringida**, referida a un componente ambiental específico, este criterio no resultaría aplicable esta circunstancia para infracciones que no sean de normativa ambiental aplicable como es el caso en concreto en que se trata de obligaciones de la RCA. Primero es necesario que se **infrinja una normativa y sólo ahí podría pasar a analizarse acerca de la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental**.

**Distinto sería, por ejemplo, que el titular hubiese incumplido normativa ambiental aplicable establecida en la RCA, pero no es el caso.**

Sin embargo, en la resolución original anulada por el Tribunal Ambiental, la SMA se refirió a este sistema jurídico infringido, como asociado a la RCA, pero no a una normativa jurídica concreta. Por otro lado, aún estimando que la RCA es parte del sistema jurídico protegido, debe considerarse la manera en que se ha incumplido, lo cual, según veremos, tampoco fue considerado, por lo cual solicitamos se reconsidere la aplicación de esta circunstancia, eliminando su aplicación.

Ahora bien, suponiendo que las obligaciones de la RCA **si pueden quedar consideradas dentro del concepto de sistema jurídico de protección ambiental** (aun cuando las Bases Metodológicas como la jurisprudencia lo asimilan a normativa), a continuación, señalaremos porqué de igual forma el nivel de afectación de dicho sistema jurídico es bajo y no medio, respecto de ambas infracciones, lo que implica que queden las infracciones en categoría N°1 y no N°2.

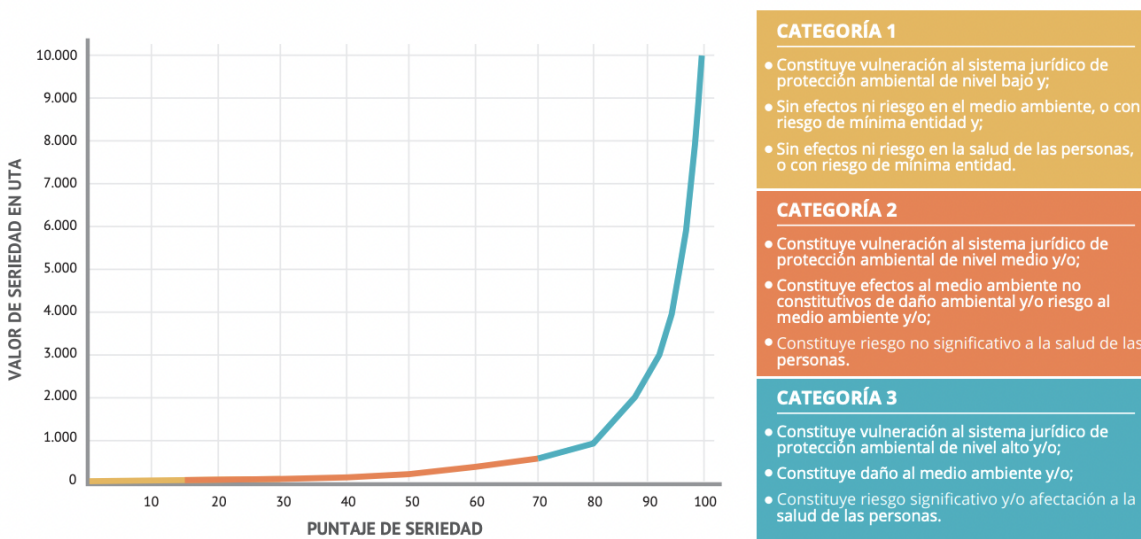
Pues bien, en concreto, esta circunstancia si fue considerada por esta Superintendencia para la determinación del monto de la multa, y fue lo que más influyó en dicho monto. Así, respecto al valor de seriedad de *“importancia del sistema jurídico protegido”*, se asignó un puntaje de 43, dado que la importancia se calificó como media.

Al respecto, cabe tener presente el puntaje señalado en la tabla 3.2. En este caso, se asignó un puntaje medio dentro del rango que se establece para la categoría 2.

---

<sup>1</sup> SMA, 2017, Bases Metodológicas, pp. 49.

Figura 3.2: Valor de Seriedad como función del puntaje de seriedad



Al respecto, estimamos que el puntaje que se debió asignar tanto por la infracción 1 debió ser el menor dentro del rango establecido, por los siguientes motivos:

La categoría 2 señala que es la categoría de importancia media, se justifica en 3 motivos, de los cuales sólo se cumple uno, por ende, el puntaje que se debió haber asignado era el menor. Los tres motivos que determinan que la importancia sea media (categoría 2) son los siguientes:

- i) Constituye vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de nivel medio.
- ii) Constituye efectos al medio ambiente no constitutivo de daño ambiental y/o riesgo al medio ambiente.
- iii) Constituye riesgo no significativo a la salud de las personas.

Si dividimos el rango de puntaje en tres segmentos, uno por cada motivo, correspondería aplicar el segmento de puntaje más bajo por cumplirse sólo uno de los motivos, el segmento medio por cumplirse dos de los motivos indicados y el segmento más alto por cumplirse los tres motivos.

En este caso, tal como se resumió previamente, la Superintendencia estimó que no se habría verificado existencia de daño ni riesgo de peligro a causa del incumplimiento, así como tampoco riesgo para la salud de las personas. Además, la misma Superintendencia señala que sólo se incumplió algunas medidas para reducir olores de un gran número de medidas establecidas.

Por lo anterior, consta que no procede aplicar en la determinación de la sanción lo señalado en los puntos ii) y iii) antes indicados. De manera que lo que correspondería sería aplicar el puntaje más bajo dentro del rango establecido para la categoría media.

Por otro lado, cabe indicar que, en realidad, en este caso, lo que procedía era calificar la importancia del sistema jurídico como baja, ya que no existieron efectos en el medio ambiente que se hubiesen verificado ni riesgo para la salud de las personas. Como puede advertirse de lo que esta Superintendencia ha resuelto y que fue resumido previamente, se verifican todos los supuestos de la categoría 1, para estimar que la importancia del sistema jurídico de protección ambiental es baja y no media, correspondiendo entonces la asignación de un puntaje mucho menor al aplicado (entre 0 y 15).

Asimismo, cabe indicar que la connotación que se ha dado sobre estas infracciones parece excesiva. Por ejemplo, se indica **que existen aves muertas que no fueron retiradas**, en circunstancias que de un total de más de 630.000 aves, **sólo dos fueron constatadas como muertas por la Superintendencia**, de manera que no procedería aplicar la circunstancia.

Sobre este aspecto, cabe señalar que, de acuerdo al Considerando 3.2, *v*), de la RCA N° 83/2009 ***“La mortalidad promedio (en una actividad como la descrita) es del orden de 4.5 aves muertas por día por pabellón, luego en la etapa de operación los siete pabellones podrían generar del orden de 31,5 aves muertas al día”***.

De esta manera, en los cargos se menciona el incumplimiento como de magnitud mencionando a aves muertas como si fuesen muchas, siendo, en realidad sólo dos y, además, reconociendo la misma Superintendencia, en la resolución impugnada que no se ha verificado ningún daño al medio ambiente ni para la salud de la población ni peligro asociado a aquello. En este sentido, la infracción del sistema jurídico de protección ambiental se consideró medio pero debía ser bajo, dado que existen otras medidas también que tienen la misma finalidad.

Las imágenes siguientes muestran que, sin perjuicio de que mi representada reconoce las infracciones y actualmente cumple a cabalidad con todo lo requerido en sus RCA, las infracciones no fueron de magnitud y no generaron ningún efecto.

En efecto, los hechos constatados mediante Informe de Inspección Ambiental DFZ-2014-314-VII-RCA-IA, en fiscalización efectuada con fecha 15 de julio de 2014, son los siguientes:

- a. Durante las actividades de inspección, se constató que existen 14 pabellones de postura techados con piso de radier y sistema automatizado para la alimentación, control de temperatura y extracción de guano.
- b. La extracción de guano desde los pabellones se realiza mediante cintas transportadoras que cargan el guano a estructuras denominadas transversales de descarga, desde donde se realiza la carga a camiones para su retiro.

Es así como estos hechos constatados por esta Superintendencia justamente dan cuenta del cumplimiento del sistema implementado por la empresa para el manejo del guano, según muestra la imagen del citado Informe de Fiscalización:



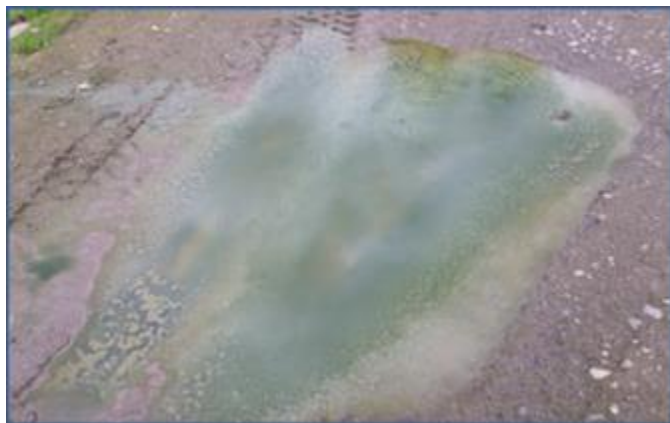


**Descripción Medio de Prueba:** En la fotografía 1 se observa el denominado transversal de descarga, utilizado para extraer el lodo el pabellón y cargarlo al camión mediante cinta transportadora.

Al respecto, se constató en el informe de fiscalización, los siguientes hechos:

- c. Se observó que en las zonas de carga de guano, existen apozamientos de agua de color verde (presencia de algas) y también de guano.
- d. Bordeando los pabellones del Plantel San Francisco existen canales perimetrales cercanos a la zona de descarga de guano. Al momento de la inspección presentaban aguas de coloración verdosa (presencia de algas) y sólidos en suspensión.
- e. Se advierte que desde uno de los pabellones (N° 2) existe ingreso de aguas lluvia al sector denominado pozo. Se observó que existe apozamiento de agua (con guano) que desborda fuera del pabellón.

Al respecto, cabe indicar que las infracciones detectadas son acotadas a sectores específicos en las que, sin perjuicio de cumplir con las medidas de manejo de guano comprometidas, existieron apozamientos recientes de agua de dimensiones acotadas. De lo anterior dan cuenta las imágenes del mismo Informe de Fiscalización:



**Descripción Medio de Prueba:** La fotografía 2 corresponde a un apozamiento de agua de color verde por presencia de algas con guano, bajo de uno de los transversales de descarga (entre pabellones).



**Descripción Medio de Prueba:** En la fotografía 3 se puede observar las aguas lluvia mezclada con guano apozada al interior del pabellón N.º 2, en el sector denominado pozo (cuenta con sello de bormigón).



**Descripción Medio de Prueba:** En la fotografía 4 se puede observar el apozamiento de aguas lluvia mezclada con guano dentro del pabellón N.º 2, que desborda fuera del pabellón.

Por otro lado, como argumento adicional a lo ya planteado, cabe indicar que las infracciones a las que se refieren el procedimiento sancionatorio de autos se relaciona con una de las diversas medidas establecidas en la RCA y que tienen por objeto reducir emisiones de olores. De esta manera, la infracción específica que tuvo lugar en este caso respecto a no haber realizado la limpieza de guano cada 3 días se enmarca en un contexto de medidas para reducción de olores, por lo cual no procedería dar una importancia media al no ser la única medida que el titular cumple para tales efectos.

En el párrafo 68 de la resolución impugnada se indica que la importancia de las medidas relacionadas a **las emisiones de olor está dada por el tipo de impactos que se busca evitar, toda vez que permiten reducir o minimizar las emisiones de olor.** Pues bien, dado que las medidas infringidas por mí representada son sólo algunas de las muchas medidas establecidas en

las RCA del Proyecto para evitar dicho impacto, la importancia del sistema jurídico de protección debió ser calificada de baja.

Es más, esta misma Superintendencia reconoció en el párrafo 69 que **sólo existía incumplimiento imparcial dentro de un grupo de medidas**, pero luego calificó de media la importancia del sistema jurídico de protección ambiental. Así, se señala en el párrafo 69, lo siguiente:

*“En cuanto al grado de cumplimiento de las medidas, estas fueron incumplidas parcialmente atendiendo a que su falta de ejecución no fue absoluta, toda vez que del universo de medidas relacionadas con emisiones de olor que se encuentran establecidas en la RCA, las incumplidas corresponden sólo a un grupo de ellas, resultando entonces que en el presente procedimiento no existen antecedentes que permitan verificar un incumplimiento respecto de las medidas en las que no se constataron hechos infraccionales.”*

En concreto, en las RCA del Proyecto, se contemplan las siguientes medidas:

**a. RCA N°83/2009, considerando 3.2:**

*“El destino del guano normalmente es la venta directa a los agricultores o la disposición en guaneras especiales. Ver Anexo 7 de la DLA, Procedimiento operacional estandarizado- Manejo del Guano. Si la demanda por guano bajara a cero, la empresa posee cuatro guaneras debidamente declaradas y que cumplen las normas vigentes sobre la materia que son capaces de recibir la producción total de guano de este proyecto por varios años consecutivos”*

*“Manejo de escurridos generados desde las áreas de acopio de guano (guaneras)*

*Cada guanera poseerá una zanja perimetral, en toda su extensión, distanciada a un mínimo de 20 metros e cuerpos de aguas superficiales o profundas. Esta zanja tendrá un ancho de 70 cm y una profundidad mínima de 60 cm, esta zanja cumplirá la función de evitar el contacto del guano con aguas de riego y evitar de igual forma derrames de guano, o eventualmente sus percolados, hacia sectores indeseados. Pero, aún así, si se diera la circunstancia que se generaran percolados y estos escurrieran de forma que pudieran sobrepasar la zanja perimetral, se recurrirá a un plan de contingencia que consistirá en succionar estos percolados desde las zanjas con una motobomba y depositarlos nuevamente sobre el guano”*

**b. Anexo 7 DIA “Nueva ampliación Plantel Productor de huevos San Francisco”.  
Punto 6.**

*(...) Avícola Las Rastras posee un sistema de producción automatizado, dentro del cual se contempla el manejo del guano de forma rutinaria y obligatoria. Este manejo contempla su extracción cada 3 días, lo que evita vectores molestos, malos olores y permite a la vez el buen funcionamiento del sistema. Las siguientes acciones son de carácter obligatorias y el cambio de alguna de ellas será informado por veterinario de la empresa.*

*El plan de manejo debe considerar, a lo menos, los siguientes aspectos:*

- *Se debe establecer un procedimiento claro y conocido por todo el personal que dé cuenta de las tareas asociadas a la limpieza de los pabellones, retiro y manejo del guano, de manera de evitar la generación de olores, vectores y la contaminación de aguas y suelo.*
- *Se deben implementar procedimientos de limpieza que minimicen el empleo de agua (...)*

*a) Extracción:*

*El guano se extrae desde los gallineros cada tres días y es recolectado de forma directa a través de correas de transporte hasta el vehículo destinado a su transporte.*

*Los encargados de mantener un cuidadoso proceso de extracción, sin alterar el sistema, evitando a la vez caída de guano y eliminando residuos indeseados de forma inmediata serán el pabellonero, el chofer del vehículo transportador y el ayudante de pabellonero.*

*b) Traslado:*

*El transporte del guano se hará directo a las guaneras de la empresa, debidamente declaradas e identificadas o a predios agrícolas para ser inmediatamente incorporado al suelo.*

*Para el traslado del guano los vehículos de transporte constan con las exigencias para el transporte del guano, las cuales involucran: Tolva de material lavable, hermetismo de contornos y puertas que eviten escurrimientos, carpas (...)*

*c) Almacenamiento:*

*“Estar en un terreno que no sea sometido a inundaciones y/o afloramientos de agua”.*

*“Dispone de medidas para el control de olores molestos las que consideran orientación del viento, cortinas vegetales, entre otros.”*

**c. RCA N°051/2005, considerando 3.2.6**

*“b) Acopio*

*Para prevenir la generación de molestias o problemas de contaminación en el acopio de guano en los lugares donde serán aplicados, que son ajenos al predio del Plantel Productor de Huevos, se adoptarán las siguientes medidas:*

- *Efectuar la descarga y acopio del guano a más de 30 m de viviendas extraprediales y a más de 50 m de construcciones sensibles (hospitales, escuelas, cárceles, locales de expendio de alimentos, etc.)*
- *Aplicar el guano lo más pronto posible. Si esto no es factible, debieran acopiarse por un máximo de 15 días. Si se necesita mayor tiempo, debe considerarse la necesidad de obtener una autorización sanitaria.*
- *Al momento de acopiar el guano considerar: La impermeabilidad del suelo; la presencia de napas superficiales y línea de drenaje; se deben evitar lugares donde la napa sea superficial y la cercanía a líneas de drenaje; la pendiente del terreno; la distancia a cursos de agua (no menos de 20 m).*
- *Cuando llueva, se debe tapar el guano con un material impermeable para evitar que aumente su humedad. Luego, debiera descubrirse a fin de prevenir alzas de temperaturas.*
- *Voltear el guano cuando así se justifique, para evitar que su temperatura aumente y se presenten malos olores.*

- *Si el guano se humedece y es acopiado por más de 9 días, es recomendable aplicar un larvicida o un insecticida para controlar los vectores (moscas)."*

Considerando lo anterior, la infracción N°1 no puede asociarse a una categoría media respecto a la importancia del sistema jurídico protegido, de manera que el puntaje que se debió haber aplicado era el correspondiente a la categoría baja y no media en cuanto, como ha dicho esta misma Superintendencia, no se ha verificado ningún daño o riesgo de peligro ni riesgo de afectación a la salud de las personas y la medida infringida asociada a la limpieza de guano en Guanera N°4 cada 3 días es una de un grupo extenso de medidas para la reducción del impacto de olores.

#### **4.2. Sobre la no consideración de la circunstancia de aplicación de medidas correctivas para la determinación de la sanción**

La Superintendencia estimó que no se ha constatado la aplicación de medidas correctivas efectivas a través de medios de prueba verificables. Sin embargo, mi representada ha exhibido fotos en que consta la aplicación de las medidas correctivas y la Superintendencia debía ir a constatar a terreno su aplicación, sin embargo, no sería equitativo que se rechacen los medios de prueba presentados por mi representada si la Superintendencia, llamada a verificarlo, no pudo concurrir a terreno a su verificación.

Sobre este punto las Bases Metodológicas de la SMA señalan que se considerará esta circunstancias cuando:

*"El infractor adopta acciones para corregir los hechos constitutivos de infracción y eliminar o reducir sus efectos, o para evitar que se generen nuevos efectos. Para determinar procedencia y ponderación de estas circunstancias la SMA considera:*

- 1. El carácter voluntario de las acciones que el infractor haya efectivamente adoptado*
- 2. La idoneidad, eficacia y oportunidad de las acciones adoptadas."*

Al respecto, esta Superintendencia **decidió en la resolución original y en la impugnada no aplicar esta circunstancia especificada en sus Bases Metodológicas**, para determinar la sanción, señalando **que no se habría acreditado por el titular la aplicación de medidas correctivas efectivas** y que los antecedentes presentados con fecha 23 de noviembre de 2017 fueron insuficientes puesto que no logran acreditar la veracidad de las medidas.

En relación a estas medidas correctivas, se ha indicado por la SMA en las Bases Metodológicas: *"La SMA pondera la conducta posterior del infractor, respecto de las acciones que este haya **adoptado para corregir** los hechos constitutivos de infracción y eliminar o reducir sus efectos, o para evitar que se generen nuevos efectos."*<sup>2</sup> (énfasis agregado).

---

<sup>2</sup> SMA, 2017, Bases Metodológicas, pp. 48.

Así también, se agrega que *“la circunstancia de la adopción de medidas correctivas busca ser un incentivo al cumplimiento y la protección ambiental, pues evalúa si el infractor ha adoptado o no acciones para volver al cumplimiento y subsanar los efectos de su infracción”*<sup>3</sup>.

En este caso consta del expediente de fiscalización que se aplicaron medidas por el titular, lo cual si fue acreditado y además, su eficacia se demuestra en cuanto si bien hubo desviaciones de la RCA, dada la aplicación de las medidas acreditadas, no ocurrió ningún daño y tampoco ningún peligro de daño ni a la salud de las personas. Es esencial para la aplicación de esta circunstancia **la intención de que no se generen mayores efectos negativos derivados del incumplimiento**, considerándose la buena fe por parte del titular, lo cual ha quedado constatado en este procedimiento sancionatorio. Sin embargo, en la resolución original y en la impugnada se señala que su efectividad no fue acreditada.

Por otro lado, en este contexto de ineficacia de las medidas, la resolución sancionatoria original y confirmada por la resolución impugnada, sólo se refiere a aquello en el considerando 200, como medidas correctivas, las señaladas en el literal f) de la presentación de 24 de noviembre de 2017, relativo a que la empresa realizó retiro de aves muertas, actividades de limpieza y mantención de cinta transportadora, mostrándose el instructivo seguido sobre el retiro de guano y la referida mantención de la cinta de guano, **siendo estas medidas desechadas por no haber sido efectivas ni idóneas, ni tampoco acreditadas.**

Sin embargo, a nuestro juicio, las medidas señaladas en la letra f) de esa misma presentación de fecha 24 de noviembre de 2017, si fueron acreditadas y tienen el carácter de idóneas. Dichas medidas se indican en la siguiente tabla, indicándose el cargo al cual se asocian:

Hechos	Medidas <sup>4</sup>
<p>“No realizar el manejo de guano, según lo exigido en la RCA...”</p>	<p>A) En la zona de la guanera 4:</p> <p>1.- En cuanto a las inundaciones: <b>siempre se ha tenido cuidado de no depositar guano en dicha área de riesgo.</b></p> <p>2.- En cuanto a la acumulación de compost de aves muertas: <b>el Titular ha efectuado mejoras en la eliminación, utilizando compostaje en cajones especiales, que opera exitosamente en la actualidad</b> (se adjunta la siguiente fotografía):</p>

<sup>3</sup> SMA, Bases Metodológicas, pp. 48.

<sup>4</sup> **Se hace énfasis en las medidas correctivas propiamente tales**, pues, en muchos pasajes de este documento se reitera lo señalado en los Descargos.



B) En las zonas de carga de guano en los pabellones:

1.- En cuanto a la existencia de guano disperso en las instalaciones: **se dispuso de un instructivo de limpieza y mantenimiento de la cinta transportadora de guano en la carga del camión, que detalla las tareas que cada persona desempeña en el retiro del guano desde el pabellón.** Este instructivo (adjunto con la presentación) detalla las siguientes medidas implementadas para el guano:

(1) En cuanto al retiro: el guano se extrae cada 2 o 3 días y se recolecta directamente a través de correas de transporte hacia el vehículo destinado para ello, y los encargados se encargan cuidadosamente de evitar caídas de guano y eliminar inmediatamente los residuos no deseados. Durante este proceso, se implementan además **las siguientes medidas: (i) dar aviso en caso de fallas, (ii) no sobre cargar cinta sin fin de guano, (iii) limpiar derrames** ocurridos durante extracción, **(iv) no sobrepasar carga máxima de vehículo, (v) dar aviso al existir cambios evidentes de coloración, olor o consistencia del guano,** entre otras.

(2) En cuanto a la mantención: se (i) procura **mantener una tensión adecuada en cinta** sin fin de guano, (ii) **limpia al final del galpón para evitar acumulaciones y desecación de guano que perjudique la cinta,** (iii) **da aviso en caso de corte o aparición de orificios en cinta,** y (iv) **se limpia semanalmente los raspadores dispuestos al final de la cinta.**

Además, **se reforzó a los encargados de la carga del guano, a que cada vez que ocurran caídas al terreno, este se recoja e incorpore al camión que retira el mismo.**

Cabe señalar que en fiscalización ambiental realizada con fecha 25 de febrero del año 2016, esta Superintendencia constató el manejo del guano, incluyendo fotografías de las pilas de guano que dan cuenta de la gestión y cantidades de guano que maneja la empresa, y que permiten proporcionar la proporción de las infracciones, que tienen dimensiones acotadas. A continuación se reproducen las imágenes del Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-700-VII-RCA-IA que dan cuenta del correcto manejo del guano realizado por la empresa:



**Descripción Medio de Prueba:** Fotografía general de la Guanera 4. Al fondo, se puede observar maquinaria agrícola realizando volteo de las pilas de guano dispuestas en la guanera.



**Descripción Medio de Prueba:** Fotografía de las pilas de guano, donde se puede apreciar que existen distintas edades de material (a la derecha guano fresco y a la izquierda guano maduro).



**Descripción Medio de Prueba:** Fotografía de la zanja perimetral para la recolección de aguas lluvia implementada en la Guanera 4.



La Superintendencia señala que no se acreditó haber cumplido con las medidas correctivas, sin embargo, constatarlo es parte de lo que dicho Servicio debe realizar, sin que aquello pueda imputarse a mi representada.

A mayor abundamiento, consta en el expediente que la Superintendencia no ha realizado fiscalizaciones a las instalaciones de la empresa desde el año 2016, probablemente dada su carga de trabajo. Lo anterior reviste de especial importancia habida consideración de que la Superintendencia es el órgano que debe aportar medios que permitan colegir de manera suficiente la existencia de hechos que puedan devenir en infracción, utilizando los medios que la ley le franquea para ello.

En el caso particular, los hechos constatados -de dimensiones acotadas- datan de más de 6 años atrás, sin que existieran nuevas gestiones destinadas a la constatación actualizada de dichos hechos por parte de la Superintendencia y que, en consecuencia, pudiesen verificar que las medidas correctivas fueron eficaces. Al respecto, además, este compareciente acreditó los hechos a través de medios probatorios, pero en caso de que para la Superintendencia no sea medios de prueba verificables, resultaría poco equitativo y no procedente descartarlos en circunstancias de que ella debió verificar y constatar su efectividad.

Al respecto, cabe citar la **sentencia del Segundo Tribunal Ambiental**, dictada en causa Rol N°R-239-2020 *“Inmobiliaria Laderas Ladomar S.A./ Superintendencia del Medio ambiente”*, que dispone lo siguiente:

*“Que, de las normas citadas en los considerandos anteriores se colige que la SMA debe proporcionar asistencia a los regulados tanto en la presentación de los PdC, como en su ejecución, pues el cumplimiento de tales instrumentos se encuentra bajo sus potestades de fiscalización como se ha señalado. Asimismo, **en la asistencia al regulado y en el seguimiento de la ejecución de los PdC la SMA debe observar el principio de buena fe que rige la ejecución de estos instrumentos, así como el de protección de la confianza legítima que debe observar la administración en sus procedimientos**”<sup>5</sup> (énfasis añadido).*

En este sentido, el deber de asistencia a los regulados que debe ejercer la Superintendencia de buena fe exige la constatación de los hechos dentro de un plazo razonable. Al respecto, en los autos previamente citados, el Segundo Tribunal Ambiental ha destacado que el deber de celeridad y de asistencia al regulado que debe ejercer la Superintendencia no es cumplido con la mera recepción de documentación, sino que se requiere de una asistencia activa, como señala la referida sentencia:

*“En concreto, del examen del expediente sancionatorio se advierte que la SMA, en el ejercicio de sus facultades respecto de la ejecución de los PdC, sólo se recibieron los escritos y antecedentes proporcionados por el titular, remitiendo oficios solo respecto de la solicitud de ampliación de plazo,*

---

<sup>5</sup> Segundo Tribunal Ambiental Causal Rol N°R-239-2020, considerando sexagésimo primero.

*para finalmente emitir el IFA DFZ-2016-3291-V-PC-LA, de 25 de septiembre de 2017, consistente en una revisión de los documentos y antecedentes existentes en el procedimiento sancionatorio.*<sup>6</sup>

Aún más, establece que “(.) se concluye que la SMA ejerció sus facultades en forma insuficiente, sólo recibiendo los documentos proporcionados (...) sin asistir al regulado en la forma prevista en la letra 3° letra u) de la LOSMA en el tiempo intermedio, afectando su confianza legítima y provocando la pérdida de oportunidad y el decaimiento del acto administrativo”<sup>7</sup>

En este mismo sentido, se destaca la importancia de la celeridad y cumplimiento de los plazos previstos para la debida eficacia, sosteniendo que:

*“Que, adicionalmente, la inactividad de la administración ha generado confianza legítima en el administrado, quien continuó ejecutando las acciones del PdC y dando cuenta de ello periódicamente a la SMA en diversas actuaciones, sin que ésta representara o emitiera pronunciamiento alguno al respecto. De esta forma, la dilación excesiva del procedimiento y la declaración de incumplimiento del PdC, fundada principalmente en que sus acciones fueron ejecutadas fuera del plazo previsto, ha causado perjuicio a la reclamante debido a la extensión del estado de incertidumbre asociado a la falta de pronunciamiento de la SMA y a los costos incurridos en un programa que, a la luz de lo señalado por el órgano, iba a ser a la postre declarado como incumplido”<sup>8</sup>.*

En razón de lo anterior, se debió considerar esta circunstancia como factor de disminución de la multa.

#### **4.3. Sobre la determinación de la capacidad económica del infractor**

La Superintendencia ha incurrido en un error al determinar que la capacidad del infractor se deduce de su tamaño acorde a la clasificación que realiza el Servicio de Impuestos Internos, conforme a la cual una empresa se califica en cuanto a su tamaño, de acuerdo a los ingresos por venta que tienen. Al respecto, cabe indicar que si bien una empresa se puede clasificar en tamaño en base a aquello, no significa que su capacidad económica se condiga con su capacidad económica, la cual sólo se refleja en el Estado Resultado de una empresa, que es un Estado Financiero, pero no puede concluirse la capacidad económica en base a los ingresos por venta ya que no se ha considerado en aquello los costos por venta, que considera costos fijos y variables, costos materiales, financieros; etc.

En este sentido, para las infracciones N°1 y N°2 se solicita aplicar el factor de disminución asociado a la capacidad económica de la empresa, ya que no se consideraron los costos sino que sólo los ingresos para determinar dicha capacidad económica, en circunstancias de que más que determinar el tamaño de la empresa conforme al criterio del Servicio de Impuestos Internos, lo que se está determinando es su capacidad de pago, siendo esta notoriamente muy inferior a lo

---

<sup>6</sup> Segundo Tribunal Ambiental Causal Rol N°R-239-2020, considerando sexagésimo tercero.

<sup>7</sup> Segundo Tribunal Ambiental Causal Rol N°R-239-2020, considerando sexagésimo cuarto.

<sup>8</sup> Segundo Tribunal Ambiental Causal Rol N°R-239-2020, considerando cuadragésimo quinto

que estimó la Superintendencia y que se condice con los valores de una empresa pequeña, procediendo, por ende, la aplicación de este factor de disminución.

Al respecto, las Bases Metodológicas **indican que se debe considerar tanto el tamaño de la empresa como su capacidad económica** y en este caso, se consideró únicamente el tamaño acorde a la clasificación del Servicio de Impuestos Internos, sin considerarse el segundo aspecto que es la capacidad de pago.

Por este motivo, mi representada ha especificado cuál es su capacidad económica considerando dicho Estado Resultado y en base a aquello, su calificación es del de una capacidad económica de empresa pequeña.

En efecto, en la resolución original y la actual resolución impugnada se indicó que procedería esta circunstancia para el aumento de la sanción toda vez que se trataría de una empresa categorizada como Grande N ° 2, de acuerdo con lo señalado las Bases Metodológicas, lo cual no se condice con la realidad para estimar la capacidad económica de la empresa, puesto que es necesario considerar no sólo los ingresos por venta. Lo anterior es de suma relevancia puesto que una empresa puede tener altos ingresos por venta pero también tener altos costos de administración, financieros y costos de producción, lo que determine un resultado operacional bajo en comparación a los ingresos por venta. Por este motivo, la **capacidad económica de una empresa no puede ser determinada considerando de forma aislada sólo los ingresos por venta. Dentro de los estados financieros de las empresas, se encuentra el Estado de Resultados**, dentro del cual se consideran los ingresos por venta y costos asociados, además de todos los ingresos y gastos y costos de la operación, de todo lo cual surge el resultado operacional. En consecuencia, reiteramos, **no se puede considerar en forma aislada sólo el ingreso por venta que consiste en las compras de bienes o servicios** ofrecidos por la empresa respectiva.

En este sentido, cabe tener presente ciertos considerandos señalados en la sentencia Rol N ° 174-2018 dictada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental del país en la causa caratulada “*Eco Maule S.A. contra Superintendencia del Medio Ambiente*”, en particular lo mencionado sobre la capacidad económica del infractor y la determinación de la cuantía de la sanción:

*“iii) Utilización de tamaño económico en este contexto-*

*Nonagésimo noveno.*

*(...) **De este modo, el análisis de la capacidad económica de la empresa no está completo sino hasta cuándo se ha revisado con detalle, además de los ingresos, sus costos y gastos, de modo de organizar y comprender las decisiones acerca de los factores productivos, esto es todos los elementos utilizados en la producción de bienes y servicios, a fin de optimizar el resultado de intercambio** (cfr. *Ibíd.*, p. 103-206).*

*(...) Centésimo segundo. Luego, resulta claro para este Tribunal que la consideración de un indicador de tamaño económico obtenido sólo por la declaración tributaria de los ingresos por ventas puede ser indiciaria, pero resulta insuficiente para comprender completamente la capacidad económica del infractor. En tal sentido, puede revisarse los ejemplos que ilustran la incorporación de otros conceptos, además de los ingresos como los costos operativos, gastos generales, depreciación, intereses, impuestos, utilidad, flujo de efectivo, entre otros (cfr BREALEY y otros, op. Cit., p. 140, 167, 272-278), para lograr una comprensión cabal o, a lo menos más completa de la capacidad económica de una empresa.”<sup>9</sup>*

En relación con lo anterior, no se puede sólo tener en consideración la declaración tributaria realizada por el titular, sino que también se debe considerar **los ingresos, costos y gastos propios de la actividad económica**. Para que se considerase lo anterior, el titular presentó dentro de este procedimiento sancionatorio el documento denominado “Carta conductora” presentado con fecha 23 de noviembre del año 2017 en este expediente, se puede apreciar que se acompañaron como documento en el numeral 7) de dicha presentación.

En virtud de este documento, se pueden apreciar los estados de resultado, donde se verifica que el resultado operacional **estos fueron de M\$ 2.863.616 para el año 2015 y de M\$ 3.021.777 para el año 2016, respectivamente y no de M\$ 15.801.706 como señala la resolución sancionatoria**<sup>10</sup>, toda vez que ésta sola considera el resultado de ventas anuales y no la consideración de los ingresos, costos y gastos como señala en considerando centésimo antes señalado, tal como se aprecia en el documento ya aludido. Por lo demás, el estado resultado tampoco refleja el estado de caja o liquidez de la empresa, todas cuestiones que debieron ser considerados y por lo mismo es que en caso de que la **Superintendencia estime que faltan antecedentes para determinar la capacidad de pago, requerirá los antecedentes necesarios** pero no podría sin más, aplicar el factor de incremento sin contar con dichos antecedentes.

#### **4.4. Sobre la determinación del beneficio económico del infractor**

En relación a esta circunstancia, la Superintendencia determinó el beneficio económico conforme se hizo en otro procedimiento sancionatorio, sin embargo, se incurrió en un error involuntario respecto de la base de cálculo del monto del beneficio económico que en la resolución utilizada para estos efectos se estimó.

En relación al beneficio económico, se considera por esta Superintendencia respecto de la infracción N°1, el costo evitado por medio del **costo relativo a la correcta disposición y limpieza de los residuos que se encontraban en la guanera 4**, mantener los acopios de

---

<sup>9</sup> Segundo Tribunal Ambiental, 29 de abril de 2020, C ° 99 A 102, caratulada “Eco Maule S.A. contra Superintendencia del Medio Ambiente”.

<sup>10</sup> Considerando 204, de la Resolución Sancionatoria N ° 241.

guano por más de 15 días y dejar restos de guano dispersos en las instalaciones mezcladas con agua apozada en el sector de regadío perimetral.

Respecto de la infracción N°2, la Superintendencia señala que el costo evitado **se encuentra asociado al incumplimiento del monitoreo anual e aguas infiltradas** provenientes de la fosa séptica durante los años 2014, 2015, y 2016 para dar cumplimiento a los parámetros según la NCh 1.333.

En este caso concreto, en la resolución original y la impugnada se estimó que el beneficio obtenido es de 8,1 y 1,2 UTA, respectivamente, de acuerdo a la aplicación de la fórmula utilizada por la SMA (referida en la pp. de las Bases Metodológicas)

En concreto, como se indicó, ha tenido aplicación el primer supuesto, netamente por la omisión a la operación imputada de la cual nacen los cargos, vale decir, la no remoción del guano de conformidad a lo señalado en el cargo número 1, y la no realización de los monitoreos de conformidad a lo señalado en el cargo número 2, para lo cual se debe analizar el escenario de cumplimiento y el escenario de incumplimiento, determinando en el caso en concreto, los costos o inversiones necesarios para cumplir con la norma.

En este sentido, al no realizarse finalmente la conducta cuya omisión es imputable mediante la sanción respectiva, aplicaría el supuesto relativo al “*beneficio de costos evitados*”, para lo cual se hace necesario determinar los costos de la inversión necesaria que hubiese implicado el cumplimiento.

Para este caso, esta Superintendencia a fin de determinar el beneficio económico obtenido por el cargo N ° 1, consideró en el párrafo 123° de la resolución original y en el párrafo 27° como referencia para la ponderación de las circunstancias del artículo 40° de la LOSMA, el procedimiento sancionatorio asociado al proyecto “Piscicultura La Esperanza” (Rol D-041-2015), indicándose en el considerando 93° de dicha resolución:

*“En el caso del Cargo N°4, se estima que el beneficio estaría asociado al haber evitado el costo de transporte y destino final de los residuos visualizados en la inspección ambiental del día 17 de enero de 2013, lo anterior considerando que no existe documentación en el procedimiento sancionatorio que pruebe que la empresa haya destinado a un lugar autorizado los residuos vistos el día de la inspección. Así, y considerando que no existen antecedentes que indiquen un volumen determinado de residuos, se estimará la necesidad de sólo un viaje de transporte de residuos, asociado a un camión de tamaño pequeño, cuyo viaje puede costar aproximadamente \$300.000. Lo anterior implica un beneficio de 0,7 UTA.”*

Sin embargo, en la resolución sancionatoria original aplicada a mi representada, se señaló que respecto al Cargo N ° 1, análogo al Cargo N°4 al que se refiere la resolución anterior, el costo del incumplimiento por disponer residuos en áreas no evaluadas en el proyecto, **es de 1,3 UTA**

**por operación**, la que debiéndose realizar al menos 2 veces al año, y verificándose estos incumplimientos durante 4 años desde el año 2014, correspondería al monto de 10,4 UTA<sup>11</sup>.

En razón de lo anterior, se puede apreciar que, en el caso citado por la Superintendencia para efectos de computar esta circunstancia, se determina un beneficio económico de **0,7 UTA y no 1,3 UTA**, como se señala en la resolución sancionatoria original y esta resolución impugnada, siendo por tanto improcedente la aplicación de esta base de cálculo para efectos de ponderar la presente circunstancia, la cual se debiese disminuir **a un total de 5,6 UTA. En la Resolución asociada a la Piscicultura Esperanza no existe un cargo al que se asocie un costo de infracción mayor a 0,9 UTA** y respecto del cargo asociado a limpieza de residuos en que se consideró que debieron ser trasladados, el costo asociado fue de 0,7 UTA, conforme se indica en la transcripción anterior, por lo cual no se comprende de dónde se obtuvo la base de cálculo de 1,3 UTA.

Lo anterior es sin perjuicio de que, además, los costos asociados a la infracción del Cargo N°4 respecto a la Piscicultura Esperanza no se condice plenamente con las actividades que no se realizaron por mi representada y a las que se asocia el incumplimiento.

En segundo lugar, en cuanto al **valor de los monitoreos** que se hubieren realizado en un escenario de cumplimiento (hecho infraccional N°2), la Superintendencia, a fin de poder determinar cuánto fue el ahorro económico de no realizar dichos monitoreos comprometidos en las RCAs, realizó una estimación de costos en base a cotizaciones públicas del año 2015, de laboratorios de análisis de RILES, estimándose que dichos costos ascienden a **1,5 UTA**.

Respecto de esto último, cabe destacar que, dicha resolución sancionatoria **no señala como arribó a dicho valor**, sino que sólo indica, en el considerando 26, que se consideraron cotizaciones públicas de laboratorios de análisis de Riles y que los incumplimientos fueron verificados durante tres años (años 2014, 2015 y 2016).

Pues bien, de acuerdo a todo lo anterior, se establece en la resolución impugnada, en la tabla N°1, que el costo evitado para el caso de la infracción N°1 es de 10.4 UTA y para la infracción N°2 de 1,2 UTA, indicando que en base a la metodología de la Superintendencia (la que no se explica) **el beneficio económico obtenido sería de 8.1 UTA y 1,2 UTA para las infracciones N°1 y N°2, respectivamente.**

En este contexto, no se explicó cómo la Superintendencia calcula el beneficio económico, no consta que se hubiese aplicado el Anexo 5 de las Bases Metodológicas en que se precisa cómo calcular el beneficio económico obtenido, sin que se explique **en la resolución impugnada como se hace uso de la fórmula referida en el Anexo N°5**, sin que se pueda conocer y menos comprender cómo fue calculado dicho beneficio económico. Esto último deja en indefensión a mi representada, considerando que, para efectos de poder ejercer los derechos de impugnación

---

<sup>11</sup> Este valor correspondería, conforme indica la SMA, al producto entre el costo de una limpieza (1,3 UTA), la cantidad de limpiezas a realizar anualmente (2 por año) y la cantidad de años del incumplimiento (4 años).

de que **goza requiere** entender la manera en que fue calculada la sanción, lo cual no puede realizarse. Sobre esto último nos referiremos en el acápite siguiente.

#### 4.5. **No es posible comprender cómo se han calculado los incrementos para la determinación de la sanción**

De la resolución impugnada no ha sido comprensible para mi representada (ni lo debiese ser para cualquier otra persona que lea la resolución impugnada) lo siguiente:

- i) **Porqué se asignó 43 de puntaje al aplicar la circunstancia de importancia del sistema jurídico de protección ambiental.** A nuestro juicio, el puntaje debía ser el establecido para la categoría baja de importancia del sistema jurídico de protección ambiental infringido, o bien, aún cuando la categoría fuese media, debía aplicarse el punta mínimo del rango de puntajes establecido para dicha categoría, ya que no existió daño ni riesgo de peligro de afectación al medio ambiente ni a la salud de las personas, no verificándose ninguno de los supuestos establecidos para la categoría media, conforme lo ha señalado esta misma Superintendencia.
- ii) **Cómo se determinaron los porcentajes de incremento y disminución de multa.**

No se comprende porqué se asignó un porcentaje de 25% como incremento al monto de la sanción por la circunstancia de intencionalidad en la infracción. Al respecto, no discrepamos en relación a la aplicación de dicha circunstancia, sin embargo, no se comprende porqué el porcentaje asignado es de 25%.

Tampoco se comprende porqué se asignó un porcentaje de sólo 5% al factor de disminución de irreprochable conducta anterior y porqué se asignó un porcentaje de sólo 10% al factor de disminución de cooperación eficaz.

De esta manera, no queda claro el motivo por el cual para las infracciones N°1 y N°2 **el porcentaje de incremento por intencionalidad** asciende a 25% y no es un porcentaje menor y porqué el porcentaje de disminución de la infracción es bastante menor, de sólo 5% y 10% para la irreprochable conducta anterior y cooperación eficaz, siendo ambas en su conjunto, inferiores al porcentaje de incremento de la multa de 25%, advirtiéndose una desproporcionalidad que no es justificada. Lo anterior, más aún considerando que la Superintendencia **reconoce que no existió daño ni peligro de daño ni al medioambiente ni a la salud de las personas**, sin que se hubiese podido constatar lo contrario.

- iii) **Cómo se calculó el factor de incremento asociado al beneficio económico obtenido.** Se indica cuál es la base de cálculo para aquello pero no queda clara la aplicación de fórmulas o metodología utilizada para determinar el monto de incremento en la sanción.

Por consiguiente, se solicita se pueda clarificar lo anterior y realizar las modificaciones pertinentes en relación a lo señalado, todo lo cual implicaría la reducción de la multa impuesta.

Como es sabido, en virtud del principio pro administrado, debe comunicarse la información por la autoridad, de manera tal que sea entendida por el administrado, pues de lo contrario quedaría en indefensión, vulnerándose la garantía fundamental del artículo 19 N°3 de nuestra Constitución y a lo dispuesto en el recientemente vigente Acuerdo de Escazú, sobre el “Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”, que precisamente establece que en el artículo 6 N°1 dispone:

*“Cada Parte garantizará, en la medida de los recursos disponibles, que las autoridades competentes generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y **comprensible**, y que actualicen periódicamente esta información y alienten la desagregación y descentralización de la información ambiental a nivel subnacional y local. Cada Parte deberá fortalecer la coordinación entre las diferentes autoridades del Estado”* (énfasis agregado).

Fuera lo anterior, dicho acuerdo establece en una serie de disposiciones en que se indica que la Administración deberá proporcionar la información en términos comprensibles para el administrado, lo cual en este caso, respetuosamente señalamos que no ha ocurrido.

Lo señalado es acorde, además, con lo que ya había ordenado el Segundo Tribunal Ambiental cuando dejó sin efecto la resolución original de esta Superintendencia y ordena ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, refiriéndose a la falta de motivación y disponiendo lo siguiente:

*“**Trigésimo quinto.** Que, considerando que la resolución reclamada efectivamente no señala los puntajes asignados tanto al valor de seriedad, como a los factores de incremento o disminución, se concluye que ésta adolece de un vicio de legalidad por falta de motivación. Este vicio, conforme a lo razonado en los considerandos precedentes, resulta esencial debido a que en esta sanción el componente de afectación y, en particular, el valor de seriedad es el principal factor en su determinación. Asimismo, esta falta de motivación ha tenido un perjuicio para **el reclamante, ya que se ha visto impedido de ejercer adecuadamente su defensa al desconocer el puntaje asignado al valor de seriedad y a los factores de incremento o disminución**, así como las razones que justifican la asignación, a la vez que se impide un adecuado control jurisdiccional de este acto administrativo, no resultando posible determinar si la sanción es proporcional a las infracciones. **En consecuencia, corresponde acoger la alegación de la parte reclamante y así se declarará en lo resolutivo.** (...)*



## Conclusiones

*Quincuagésimo tercero. Que, conforme se ha razonado en la parte considerativa la Resolución Exenta N ° 241/2018 adolece de un vicio de legalidad por falta de motivación, **al no explicitar el puntaje asignado a los factores valor de seriedad y de incremento o disminución, por lo que será sin efecto en forma parcial como se indica en lo resolutivo.*** (énfasis agregado).

Luego, el Tribunal Ambiental resuelve:

*“Acoger parcialmente la reclamación deducida en contra de la Resolución Exenta N ° 241, de 26 de febrero de 2018, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, solo en cuanto se anula lo dispuesto en el capítulo VIII en lo relativo a la consideración de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para la determinación de la sanción específica, de su parte considerativa y el resuelto primero de su parte resolutive, debiendo el Superintendente dictar una nueva resolución, en la que, manteniendo la tipificación y calificación de las infracciones, **fundamente** conforme a lo señalado en el capítulo II de esta sentencia, la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA.”*

De esta manera, cuando el Tribunal Ambiental deja sin efecto la resolución lo que busca no es solamente que se expliciten los puntajes sino que, además, **que exista motivación**, lo que en este caso no puede advertirse de la nueva resolución sancionatoria.

## 5. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto previamente, se solicita modificar la resolución impugnada, disponiendo una disminución de los montos de las sanciones para las infracciones N°1 y N°2, dado los siguientes fundamentos:

- 5.1. Respecto a la infracción N°1, **se debería reducir el puntaje establecido al aplicar la importancia del sistema jurídico protegido**, considerando que la categoría de la importancia es baja y no media. Aún cuando se estime que es media, igualmente correspondería aplicar el puntaje del menor segmento, lo que sería inferior a 43, puesto que no se cumple con los supuestos de la categoría media respecto a la existencia de efectos al medio ambiente ni riesgo no significativo a la salud de las personas. Lo anterior implicaría disminuir el monto de la sanción por dicha infracción.
- 5.2. Para las infracciones N°1 y N°2 **se solicita clarificar porqué el porcentaje de incremento por intencionalidad** en la infracción asciende a 25% y no es un porcentaje menor y porqué el porcentaje de disminución de la infracción es de sólo 5% y 10% para la irreprochable conducta anterior y cooperación eficaz, siendo ambas, inferiores al porcentaje de incremento de la multa y modificarlo en un sentido

más equitativo de manera que entre ambos sumen un 25% siendo equiparable al porcentaje de incremento de sanción.

Lo anterior, más aún considerando que la Superintendencia **reconoce que no existió daño ni peligro de daño ni al medioambiente ni a la salud de las personas**, sin que se hubiese podido constatar lo contrario.

- 5.3. Para las infracciones N°1 y N°2 **se solicita aplicar el factor de disminución de aplicación de medidas correctivas efectivas**, toda vez que aquellas fueron implementadas por mi representada, acompañándose antecedentes que dan cuenta de lo relacionado con medidas para el manejo de guano, así como después se comenzó a cumplir con los monitoreos establecidos en la RCA. Por lo demás, como se ha indicado para un caso análogo, no se puede imputar al infractor la no verificación de que las medidas fuesen efectivas por parte de la Superintendencia que es la llamada a aquello. En este caso, se han proporcionado medios de prueba y no sería equitativo que no se considerasen si la Superintendencia tampoco pudo asistir a terreno a verificarlo.
- 5.4. Para las infracciones N°1 y N°2 se solicita aplicar el **factor de disminución asociado a la capacidad económica de la empresa**, ya que no se consideraron los costos sino que sólo los ingresos para determinar dicha capacidad económica, en circunstancias de que más que determinar el tamaño de la empresa conforme al criterio del Servicio de Impuestos Internos, lo que se está determinando es su capacidad de pago, siendo esta notoriamente muy inferior a lo que estimó la Superintendencia y que se condice con los valores de una empresa pequeña, procediendo, por ende, la aplicación de este factor de disminución. Al respecto, las Bases Metodológicas indican que se debe considerar tanto el tamaño de la empresa como su capacidad económica y en este caso, se consideró únicamente el tamaño acorde a la clasificación del Servicio de Impuestos Internos. Por lo demás, el estado resultado tampoco refleja el estado de caja o liquidez de la empresa, todas cuestiones que debieron ser considerados y por lo mismo es que en caso de que la **Superintendencia estime que faltan antecedentes para determinar la capacidad de pago, requerirá los antecedentes** necesarios pero no podría sin más, aplicar el factor de incremento sin contar con dichos antecedentes.
- 5.5. Para la infracción N°1 se solicita modificar la **base de cálculo del beneficio económico obtenido**, de 10,5 UTA a 5,6 UTA (reduciendo el costo evitado por año de 1,3 UTA a 0,7 UTA, que es el costo evitado en el procedimiento sancionatorio que esta Superintendencia utiliza de base), lo cual determinaría disminuir el monto de la sanción de dicha infracción.

- 5.6. Para las infracciones N°1 y N°2 se solicita clarificar cómo fue determinado el **beneficio económico obtenido** por la empresa y en caso de que corresponda, modificarlo.

**POR TANTO,**

Solicito a UD., tener por interpuesto dentro de plazo recurso de reposición e contra de la resolución antes individualizada, acogerlo y disponer su modificación en el siguiente sentido:

- i. Declarar como baja la categoría del sistema jurídico de protección ambiental, asignando un puntaje menor del establecido para la infracción N°1.
- ii. Modificar lo referente al beneficio económico obtenido, lo cual determinará una reducción de la multa impuesta al disminuir la base de cálculo que ha fijado esta Superintendencia.
- iii. Modificar lo referente a la capacidad económica, considerando los costos y no sólo los ingresos para efectos de aplicar la circunstancia para la determinación de la multa, lo que implicaría no aplicar esta circunstancia para el aumento del monto de la multa.
- iv. Justificar el porcentaje de 25% para la aplicación de la circunstancia de intencionalidad y en caso que corresponda, reducir dicho porcentaje.
- v. En definitiva, reducir el monto de la multa de acuerdo a lo indicado en los puntos i, ii, iii precedentes y eventualmente, punto iv.

<b>1. ANTECEDENTES SOBRE LAS INFRACCIONES RESPECTO A LAS CUALES SE HA DETERMINADO LA APLICACIÓN DE SANCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>2. ANTECEDENTES SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA QUE FUERON APLICADAS POR LA SUPERINTENDENCIA PARA LA DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA SANCIÓN.....</b>	<b>2</b>
2.1.    Beneficio económico obtenido .....	2
2.2.    Componente afectación .....	2
2.2.1.    Seriedad .....	2
2.2.2.    Factores de incremento .....	3
2.2.3.    Factores de disminución .....	3
<b>3. Ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA implica mantener (reformatio in pejus) o reducir la multa ya impuesta .....</b>	<b>4</b>
<b>4. RECONSIDERACIÓN DE LA MANERA EN QUE SE HA APLICADO LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA PARA EFECTOS DEL INCREMENTO DE LA MULTA .....</b>	<b>5</b>
4.1.    Sobre la aplicación del valor de seriedad en relación a la importancia del sistema jurídico de protección ambiental .....	5
4.2.    Sobre la no consideración de la circunstancia de aplicación de medidas correctivas para la determinación de la sanción .....	13
4.3.    Sobre la determinación de la capacidad económica del infractor .....	18
4.4.    Sobre la determinación del beneficio económico del infractor .....	20
4.5.    No es posible comprender cómo se han calculado los incrementos para la determinación de la sanción.....	23
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>25</b>