

RESUELVE PRESENTACIÓN QUE INDICA

RESOLUCIÓN EXENTA N° 330

Santiago, 30 JUN 2014

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; en 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; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 48, de 14 de marzo de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente que nombra a don Cristian Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente de manera transitoria y provisional; en el expediente administrativo sancionatorio rol D-12-2013; y, en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de Toma de Razón;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1° El Ministerio de Obras Públicas, Rol Único Tributario N° 61.202.000-0, es titular del proyecto "Construcción y Mejoramiento Ruta D-705, Sector Illapel-Aucó-Los Pozos, IV Región", calificado favorablemente mediante Resolución Exenta N° 042, de 22 de febrero de 2002, de la Comisión Regional del Medio Ambiente, Región de Coquimbo ("RCA N° 042/2002");

2° El proyecto se localiza entre los paralelos 31°31'-31°21' de Latitud Sur y los meridianos 71°06'-71°16' de Longitud Oeste y consiste en la construcción de parte del camino que une la ciudad de Illapel con Combarbalá. El camino se inicia en la ciudad de Illapel, extendiéndose por la Ruta D-705 (camino Illapel-Combarbalá) hasta la localidad de Aucó, donde se interna a lo largo de un camino secundario por la quebrada Molino, atravesando la Reserva Nacional "Las Chinchillas", luego continúa por la Quebrada Cocolú para continuar posteriormente por la Quebrada La Cortadera y finalizar en el cruce con la ruta D-71 (camino Canela Alta-Combarbalá) en el sector de Los Pozos, con una longitud total de aproximadamente 44,0 km. El nuevo trazado proyectado se desarrolla de sur a norte y al oeste de la ruta D-705;

3° Con fecha 2 de abril de 2013, mediante el Ord. N° CE 0111, la Secretaria de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 59 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, remitió a esta Superintendencia la denuncia efectuada a través del Ord N° 1979 por el SAG de la misma región, señalando que en ella se constata que existe, a la fecha, un incumplimiento por parte del Ministerio de Obras Públicas de una de las medidas que se llevarían a cabo con el objeto de minimizar o eliminar los impactos negativos señalados en la RCA N° 042/2002 del proyecto identificado anteriormente, específicamente del considerando 5.1.3.7, letra f), apartado b), agregando que se constata, además, que la medida

señalada tampoco se ha modificado o dejado sin efecto y que, por tratarse de un hecho de carácter continuado, se remiten los antecedentes a objeto de que esta Superintendencia del Medio Ambiente efectúe la tramitación que en derecho corresponda;

4° Mediante la Resolución Exenta N° 328, de 11 de abril de 2013, de esta Superintendencia, se requirió a MOP información referente al cumplimiento del Considerando N° 5.1.3.7., letra f), "Medidas Adicionales", apartado b) de la RCA N° 042/2013, y se instruyó el plazo, forma y modo de presentación de los antecedentes solicitados al Ministerio de Obras Públicas, otorgándose para ello un plazo de 10 días hábiles, contado desde la correspondiente notificación;

5° Luego, mediante el Ord N° 1159, de 9 de mayo de 2013, la Subsecretaria de Obras Públicas (s), señaló, en fecha posterior a lo instruido, que para responder en forma adecuada y satisfactoriamente a lo solicitado se requiere de un plazo de 20 días hábiles adicionales para la entrega de los antecedentes;

6° Mediante Memorándum N° 145, de 24 de junio de 2013, de la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios, se procedió a designar a la Fiscal Instructora Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y la Fiscal Instructora Suplente;

7° Con fecha 26 de julio de 2013, mediante el Ord. U.I.P.S. N° 460 se negó la solicitud de ampliación de plazo presentada por el Ministerio de Obras Públicas, toda vez que se solicitó una vez vencido el plazo original otorgado por la citada Resolución Exenta N° 328. Asimismo, habían transcurrido más de dos meses sin recibir respuesta alguna al requerimiento de información de esta Superintendencia.

8° Con fecha 13 de agosto de 2013, mediante Ordinario U.I.P.S. N° 552, la Superintendencia del Medio Ambiente dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Expediente Rol N° D-012-2013, con la correspondiente formulación de cargos en contra del Ministerio de Obras Públicas ("MOP"), en virtud de los siguientes hechos, actos u omisiones que se estimaron constitutivos de dos infracciones que fueron calificadas, provisionalmente, como leve y grave, respectivamente:

- A. En relación con medidas que se llevarían a cabo con el objeto de minimizar o eliminar los impactos negativos de la ejecución del proyecto.

La falta de la implementación de la medida señalada en el considerando 5.1.3.7 letra f), apartado b), de la RCA 042/2002, que establece:

"A continuación se proponen diferentes medidas que se llevarán a cabo con el objeto de minimizar o eliminar los impactos negativos de la ejecución del proyecto de mejoramiento vial en el sector Illapel-Aucó-Los Pozos.

(...)

Medidas adicionales:

(...)

b) Como forma de compensar los impactos ambientales de la construcción y operación del camino

sobre los objetivos de la Reserva, el titular proporcionará en el mediano plazo los recursos para aumentar el tamaño de ésta en una zona aledaña con presencia de colonias de chinchillas (preferentemente quebrada de Curicó). Esta compensación implica una superficie de 100 hectáreas (se buscarán los mecanismos factibles para la Dirección de Vialidad con el fin de anexar esta superficie a la reserva).

Respecto a los plazos de adquisición de las 100 há, el titular entregará a CONAMA dentro de un plazo de 90 días posteriores a la notificación oficial de la Resolución de Calificación Ambiental de este proyecto, un plan que contemple los plazos y actividades que desarrollará el M.O.P. con el objeto de adquirir las 100 hectáreas”.

B. Respecto al requerimiento de información.

La falta de entrega de los antecedentes solicitados mediante la Resolución Exenta N° 328, de 11 de abril de 2013, de la Superintendencia del Medio Ambiente;

9° Con fecha 3 de septiembre de 2013, Mariana Concha Mathiesen, en su calidad de Directora General de Obras Públicas, presentó un escrito que, en lo principal, solicitó aprobación del programa de cumplimiento respecto de la infracción que indicó; en el primer otrosí, en subsidio, expuso descargos; y, en el segundo otrosí, acompañó documentos. Asimismo, el mismo día 3 de septiembre de 2013, Mariana Concha Mathiesen, en su calidad de Directora General de Obras Públicas, presentó otro escrito que, en lo principal, solicitó que se corrija el procedimiento administrativo; en el primer otrosí, en subsidio, solicitó que se invalide el acto administrativo que se indicó; y, en el segundo otrosí, acreditó personería y acompañó documento;

10° Mediante Ord. U.I.P.S N° 696, de 25 de septiembre de 2013, se solicitó que, previo a proveer los escritos de fecha 3 de septiembre de 2013 indicados en el considerando anterior, se acreditara la calidad de doña Mariana Concha Mathiesen como representante legal del Ministerio de Obras Públicas;

11° En relación con lo anterior, con fecha 2 de octubre de 2013, Mariana Concha Mathiesen, en su calidad de Directora General de Obras Públicas, presentó escrito que, en lo principal, señaló se cumplía lo ordenado; en el primer otrosí, solicitó se dejara sin efecto el apercibimiento que indica; y, en el segundo otrosí, acompañó documentos;

12° Con fecha 14 de octubre de 2013, mediante el Memorándum U.I.P.S. N° 283, se solicitó a la División de Fiscalización la revisión del programa de cumplimiento presentado ante esta Superintendencia por el Ministerio de Obras Públicas;

13° Mediante el Ord. U.I.P.S N° 780, de 15 de octubre de 2013, se proveyó el escrito señalado en el considerando 5° de la presente resolución, de la siguiente manera: en lo principal, se tuvo por cumplido lo ordenado; en relación al primer

otrosí, se resolvió estar a lo resuelto en lo principal; y, en relación al segundo otrosí, se tuvieron por acompañados los documentos respectivos;

14° Mediante el Memorándum N° 770, de 21 de octubre de 2013, la División de Fiscalización envió la respuesta al citado Memorándum U.I.P.S. N° 283, indicando lo siguiente: (i) en relación a los reportes e informes en general: que si bien se señalaban en el documento los plazos de ejecución para cada una de las 8 acciones a realizar, no se señalaba la fecha propuesta para la entrega de los Reportes Finales y que se proponía modificar los reportes finales por reportes periódicos entregados al término de cada acción e incluir un reporte final consolidado, que diera cuenta de la ejecución de todas las actividades consignadas en el programa de cumplimiento, informe que debiera ser entregado una vez concluida la acción N° 8; (ii) en relación a los supuestos y propuestas alternativas: se observó que no se propusieron acciones alternativas en caso de que alguna de las metas no pudiese ser cumplida, lo que cobraba importancia toda vez que las 8 acciones propuestas constituían una secuencia de hechos, dependiendo cada uno de la acción anterior; (iii) en relación a la duración total del programa de cumplimiento: se consideró que el programa de cumplimiento era demasiado extenso, durando al menos 30 meses; (iv) en relación a los terrenos a adquirir: se señaló que en el programa de cumplimiento propuesto no se hacía referencia alguna a las condiciones ecológicas básicas de los sitios a adquirir, para ser considerados como apropiados para ser anexados al ecosistema en comento, como tampoco se hacía referencia alguna a su disposición espacial, lo que resulta de la mayor importancia considerando que la Reserva Nacional Las Chinchillas es la única Unidad de Conservación bajo el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado orientado a la protección de la Chinchilla lanígera, roedor histicognato endémico de Chile, catalogado como especie "en peligro" según el Decreto Supremo N° 5, de 1998, del Ministerio de Agricultura; (v) finalmente, se concluyó que la propuesta de programa de cumplimiento no permitía su adecuada fiscalización ni se orientaba hacia el restablecimiento de los objetivos planteados en el instrumento de gestión ambiental comprometido;

15° Con fecha 25 de octubre de 2013, mediante el Memorándum U.I.P.S. N° 300, se derivaron los antecedentes asociados al programa de cumplimiento al Jefe de la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios con el objeto de que éste evaluara y resolviera su aprobación o rechazo;

16° Posteriormente, con fecha 29 de octubre de 2013, mediante Ordinario U.I.P.S. N° 854, se rechazó el programa de cumplimiento presentado por el Ministerio de Obras Públicas, considerando que éste no dio cumplimiento a las exigencias establecidas en la normativa aplicable. En concreto, el programa de cumplimiento no cumplía con el criterio de integridad, al referirse sólo a uno de los hechos infraccionales y sólo a uno de los tipos infraccionales cometidos y, además, al señalar como efectos negativos solamente aquéllos que fueron considerados en la evaluación ambiental, hace más de 10 años. Por otra parte, en el antedicho Ord. U.I.P.S. N° 854 se señaló que el referido programa de cumplimiento no cumplía con el criterio de eficacia, ya que no se hacía referencia alguna a las condiciones ecológicas básicas y, asimismo, carecía de acciones y metas que asegurasen contener o reducir los efectos negativos. Finalmente, esta Superintendencia estimó que el mencionado programa de cumplimiento podía ser considerado dilatorio, ya que su duración de 30 meses no resultaba suficientemente justificada. En razón de lo anterior, se derivaron los antecedentes a la Fiscal Instructora para que continuara con la instrucción del procedimiento sancionatorio;

17° Con fecha 2 de Diciembre de 2013, la Fiscal Instructora del procedimiento sancionatorio elevó a este Superintendente el Dictamen que propuso una sanción de 664 UTA por los incumplimientos a las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA N° 042/2002, infracción que fue calificada como leve, y de 92 UTA por el

incumplimiento del Requerimiento de información solicitado mediante la Resolución Exenta N° 328, de 11 de abril de 2013, infracción que fue calificada como grave;

18° Con fecha 16 de diciembre de 2013, esta Superintendencia dictó la Resolución Exenta N° 1444 ("resolución recurrida"), que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-12-2013, aplicando al Ministerio de Obras Públicas una sanción de 1.858 Unidades Tributarias Anuales por el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en el considerando 5.1.3.7, letra f), apartado b), de la RCA N° 042/2002, infracción que fue clasificada como grave en virtud de lo dispuesto en la letra e), del numeral 2, del artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"). Asimismo, se absolvió al titular por el incumplimiento del requerimiento de información solicitado en la Resolución Exenta N° 328, de 11 de abril de 2013, de la Superintendencia del Medio Ambiente;

19° Con fecha 24 de diciembre de 2013, Mariana Concha Mathiesen, en su calidad de Directora General de Obras Públicas y representante legal del Ministerio de Obras Públicas, dedujo ante esta Superintendencia un recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 1444 ("recurso de reposición"), precedentemente individualizada, solicitando absolver al MOP de todos los cargos, en virtud de los siguientes argumentos:

- i. La reclasificación jurídica de los hechos no se ajusta a derecho, toda vez que el numeral 2, letra e), del artículo 36 de la LOSMA, se refiere al incumplimiento de medidas de mitigación, en circunstancias que la medida que se reprocha incumplida es de compensación.
- ii. Existe falta de congruencia entre el cargo formulado y la sanción impuesta, pues en el Ordinario U.I.P.S. N° 552, de 13 de agosto de 2013, se calificó el incumplimiento de la RCA N° 042/2002 como una infracción leve, mientras que en la Resolución Exenta N° 1444, de 16 de diciembre de 2013, se clasificó el mismo hecho infraccional como grave.
- iii. Las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA no habrían sido correctamente ponderadas para la determinación de la sanción específica a aplicar.
- iv. La presentación de un programa de cumplimiento no implica reconocimiento de responsabilidad.
- v. El MOP realizó las gestiones que le eran exigibles para dar cumplimiento al considerando 5.1.3.7, letra f), apartado b), de la RCA N° 042/2002;

II. Análisis sobre la presentación del MOP de fecha

24 de diciembre de 2013

i. La clasificación de la infracción de la RCA N° 042/2002:

20° En su recurso de reposición, el MOP señala que la Resolución Exenta N° 1444 no se ajusta a derecho al recalificar la infracción a la letra f), apartado b), de la RCA N° 042/2002, como una infracción grave, según lo dispuesto en el numeral 2, letra e), del artículo 36 de la LOSMA, en circunstancias que la Fiscal Instructora del procedimiento sancionatorio calificó los mismos hechos como leves en la formulación de cargos de fecha 13 de agosto de 2013. Considera que esa reformulación vulnera el “principio de congruencia”, afectando el derecho a defensa, y que interpreta indebidamente el artículo 36, numeral 2, letra f), al extender su aplicación tanto a las medidas de mitigación como a las de compensación y reparación. De esta manera, uno de los puntos principales sobre los que MOP levanta su recurso consiste en refutar la calificación jurídica de la infracción asociada al incumplimiento de la medida de compensación comprometida;

21° Al respecto, se debe tener presente que, para dar lugar a la circunstancia del artículo 36, N° 2, letra e), de la LOSMA, la Resolución sancionatoria tuvo que considerar que existía un “incumplimiento grave” de la medida de compensación a que se refiere la RCA N° 42/2002. Para tal efecto, desestimó los argumentos presentados por MOP en su escrito de descargos, en relación a las gestiones realizadas por ese Servicio para dar cumplimiento a la medida de compensación comprometida. El principal motivo por el que estas alegaciones fueron desestimadas, es que durante la tramitación del procedimiento sancionatorio no se acompañaron antecedentes que permitieran tenerlas por demostradas, según consta en el considerando 49.2.2 de la resolución recurrida. Sin embargo, en el primer otrosí del recurso de reposición de autos, MOP acompaña 25 documentos para sustentar la efectividad de las gestiones que habría realizado a lo largo del tiempo, documentos que este Superintendente pasará a ponderar para evaluar la legalidad de la Resolución Exenta N° 1444 sobre el punto.

22° Tanto en su escrito de descargos, como en el recurso de reposición, MOP ha señalado que realizó una serie de gestiones con el fin de dar cumplimiento a la medida de compensación comprometida. En resumen, estas gestiones habrían consistido en:

1. Análisis de tres alternativas para la anexión de los terrenos a la Reserva Nacional. Consultas a la Unidad Jurídica de la Dirección de Vialidad y a la Fiscalía del MOP, que en primera instancia descartaron la posibilidad de una expropiación, que era una de las alternativas planteadas.
2. Reuniones con comuneros de la Hacienda Illapel (terreno que resultaría más favorable para el cumplimiento de la medida), con el fin de evaluar su adquisición. El número de comuneros (más de 122) habrían frustrado el éxito de estas gestiones.
3. Comunicaciones con CONAF para cambiar la medida ante la dificultad de su implementación.
4. Mesas de trabajo con CONAF y SEA de Coquimbo.
5. Solicitud de reinterpretación a la Fiscalía de MOP, que ahora sí considera que es posible una expropiación.

23° Por su parte, a partir de los documentos acompañados por el MOP en el segundo otrosí de su recurso, es posible constatar que:

1. En el año 2002, MOP remite a CONAMA de Coquimbo el "Plan para la obtención de las 100 Ha". En dicho Plan se observa que, efectivamente, el MOP planteó 3 alternativas para la adquisición de los terrenos: 1) Incorporar tierras fiscales previamente visadas por CONAF, para lo cual se haría un Convenio con el Ministerio de Bienes Nacionales y CONAF; 2) realizar un comodato con la comunidad dueña de los terrenos en las áreas de interés; y 3) expropiación. En esa oportunidad, MOP agregó que a diciembre de 2002 se encontrarían realizadas las medidas propuestas, señalando, en relación a la medida de anexar 100 hectáreas a la Reserva Nacional, que se necesitaría "un plazo posiblemente mayor" (página 2 del documento).
2. Durante el año 2003, MOP hizo presente a la Directora de la CONAMA IV Región de la época que, por un "error de interpretación", se había considerado que las 100 has serían adquiridas en diciembre de 2003, en circunstancias que, según cálculos estimativos hechos en ese año, la medida podría concretarse con el presupuesto del año 2005. También durante 2003, CONAF manifiesta a la Corema de la Región de Coquimbo su opinión favorable a la extensión de los plazos para la adquisición de las 100 hectáreas, agregando que "si bien correspondía que esta medida se concretara este año, creemos que para tomar una buena decisión respecto a la ubicación de los sitios a anexar es necesario contar con los datos que se generen durante el primer año de trabajo del biólogo respecto a la calidad de las colonias actualmente existentes, especialmente si se considera que, de acuerdo a los resultados del análisis del conjunto de la información producida entre 1974 y 1996, las colonias han experimentado desplazamientos de diversa extensión respecto de sus ubicaciones pasadas" (Ord. N° 446, de 23 de diciembre de 2003).
3. Durante el año 2004, la Directora Regional de la CONAMA de Coquimbo le hace presente al Director General de Obras Públicas que considera necesaria la presentación de un cronograma definitivo con las acciones a desarrollar para la adquisición final de las 100 Há, lo cual debiera ocurrir en 2005, según lo señalado por CONAF IV Región en relación a la necesidad de determinar las actuales ubicaciones de las colonias de chinchillas. Asimismo, a través del Ord. N°4681, de 25 de marzo de 2004, el Director Nacional de Vialidad le expone al Director Regional de CONAF las gestiones realizadas para adquirir los terrenos y las dificultades encontradas para tal efecto, producto del gran grupo de propietarios de los terrenos ubicados en la Hacienda Illapel, que era el lugar autorizado por CONAF en ese momento (son dueños de los terrenos 122 personas, de las cuales 42 habían fallecido a esa fecha, dejando cada una sucesión de 10 personas en promedio), así como por la especulación que se habría producido sobre los precios de esos terrenos (con cada inicio de negociaciones, subían los precios). Por tal motivo, se señala que se emprendieron nuevas gestiones, realizando una consulta formal a la Fiscalía del MOP para conocer otras posibilidades de acción. Con fecha 22 de abril de 2004, a través del Ord. N° 1086, el Fiscal del Ministerio de Obras Públicas le comunicó al Jefe de la Unidad de Desarrollo Territorial de la Dirección de Vialidad del MOP que dentro de la esfera de competencia de ese Servicio, "no existen facultades relacionadas con la conservación de la fauna silvestre, ni en general, con la adquisición de bienes raíces para materias diversas de la construcción de obras públicas." Agrega que "no está permitido expropiar, comprar ni arrendar con o sin compromiso de compra, bienes raíces para ser anexados a una Reserva Nacional". Concluye que la única alternativa viable es que el Ministerio de Bienes Nacionales traspase o destine terrenos fiscales a la CONAF. Si no es posible esta alternativa, el Fiscal del MOP recomendó solicitar a la COREMA que se reestudien las medidas de compensación

propuestas. A través del Ord. N° 10054, de 30 de junio de 2004, el Director Nacional de Vialidad informa al Director Regional de CONAMA IV Región sobre la respuesta entregada por el Fiscal de MOP, haciendo presente que la solución propuesta por él tiene el inconveniente de que no existen terrenos fiscales que cumplan con los requisitos establecidos por CONAF para las 100 hectáreas, de manera que MOP prepararía un “recurso de reconsideración” de la RCA. A su vez, se consigna que, hasta el momento y según lo señalado por el Biólogo contratado para tal efecto, no se han presentado impactos significativos sobre el componente fauna, pues éstos “no muestran un patrón definido que permita validar la hipótesis acerca de la evitación de la carpeta [camino pavimentado] por parte de los animales y por tanto el papel de ésta como barrera biogeográfica”.

4. Durante 2005, el Director de CONAF IV Región le informó al Director de Vialidad IV Región, que “las gestiones realizadas por funcionarios de esta Corporación [en orden a obtener la anexión de las 100 hectáreas] fueron infructuosas, habiendo recibido por parte del representante legal de la Comunidad de Parceleros de Hacienda Illapel Ltda., carta fechada el 5 de abril, donde se nos comunica que por mayoría absoluta acordaron no acceder a la petición expresada por CONAF, en orden a obtener una cesión en comodato de 100 ha., a cambio de algunas acciones de mejoramiento de infraestructura vial u opciones anexas”. En virtud de lo anterior, con fecha 1 de julio de 2005, el Director General de Obras Públicas del MOP presenta al Director Regional de la CONAMA una solicitud de Modificación de la RCA N°042/2002. En relación a la anexión de las 100 hectáreas a la Reserva Nacional, el MOP señala que “teniendo en vista las diversas dificultades que se han presentado para dar cumplimiento a esta exigencia, y siendo éstas de conocimiento de CONAMA y CONAF IV Región, se han sostenido conversaciones con esta última, para que en forma conjunta y coordinada se determinen los mecanismos más efectivos para la materialización de dicha medida. En este contexto, se han desarrollado diversas gestiones tendientes a la anexión de terrenos de las comunidades aledañas a la Reserva, sin que hasta la fecha, sin embargo, se haya podido establecer un acuerdo formal con ellas”.
5. El 13 de agosto de 2006, el Director General de Obras Públicas del MOP le solicita a la Directora Regional de CONAMA “considerar un plazo mínimo de dos años, para disponer de los antecedentes necesarios que permitan resolver sobre los objetivos y alcances de la referida medida [anexión de 100 hectáreas]”. Asimismo, agrega que “para los fines citados y a partir del 4 de julio de 2006, se ha encomendado al especialista Sr. Pablo Espejo, el monitoreo de fauna con los estudios de campo que permitan determinar los patrones de localización y desplazamiento actual de las colonias de chinchillas”. Ante la observación del Director Regional de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, que solicitó un nuevo cronograma de actividades a partir de los monitoreos de fauna que se realizarían desde el 4 de julio de 2006, la Dirección General de Obras Públicas contestó, con fecha 20 de septiembre de 2007, que “tal como se acordara entre CONAF IV Región y la Dirección de Vialidad Nacional, esta medida de compensación, se analizará una vez se conozcan los antecedentes y resultados del Monitoreo de Fauna, de tal manera que este estudio permita entregar antecedentes fidedignos y científicos de donde se encuentran localizadas las colonias de Chinchillas, y en qué medida el camino ha generado un impacto significativo sobre ellas”.
6. Con fecha 17 de octubre de 2008, la Directora General de Obras Públicas solicita al Director de CONAMA Región de Coquimbo que se pronuncie sobre las modificaciones y medidas complementarias propuestas en relación a la RCA N° 42. Acompaña una minuta en que, en relación al cumplimiento de la medida de compensación de anexar 100 hectáreas a la Reserva Nacional y en consideración a las dificultades de su implementación, propone su

reemplazo por el reforzamiento de la señalización informativa del lugar, la instalación de reductores de velocidad y la colocación de un nuevo atraveso de fauna, ducto o cajón. En respuesta a esta presentación, se remiten al titular las observaciones de CONAF y el SAG. El primero de estos servicios, a través del Ord. N° 16/2009, señala que para hacer posible una modificación a la medida de compensación, deben considerarse, al menos, las siguientes acciones: a) Prolongar la participación de un Biólogo para el monitoreo y estudios de biología de la conservación de la especie; b) excluir efectivamente la fauna doméstica de la Reserva; c) mejorar y aumentar los atravesos superficiales de fauna en el tramo que cruza la Reserva y su zona de influencia; d) instalar bandas sonoras de advertencia para disminuir la velocidad de los vehículos; y e) mejorar y complementar la señalética ubicada en la zona. El SAG, por su parte, solicita una reunión directa con el titular para analizar la conveniencia de las modificaciones propuestas. Con fecha 27 de abril de 2009, tras haber analizado los pronunciamientos de CONAF y el SAG, la Directora General de Obras Públicas le informa al Director de la CONAMA Región de Coquimbo que se analizará la factibilidad técnica de las acciones propuestas, anunciando la necesidad de información complementaria para tal efecto. CONAF, a su vez, contesta a este pronunciamiento señalando, entre otras cosas, que es necesario que el proponente defina y establezca una propuesta concreta que pueda ser resuelta ante COREMA, teniendo presente que “los temas que son tratados y consultados corresponden, en general, a propuestas y soluciones que ya se han planteado, discutido y analizado en diferentes reuniones, correos electrónicos y conversaciones telefónicas” con representantes del titular.

7. Con fecha 7 de diciembre de 2011, a través del Ord. N° 133/2011, el Director Regional de CONAF le comunica al Director Regional de Vialidad de Coquimbo, de acuerdo a la reunión que habrían sostenido representantes de ambos servicios, los puntos relevantes a concordar para la modificación de la RCA N° 42, que están relacionados con la construcción de 20 Km de cerco para evitar la entrada de especies exóticas a la Reserva, el diseño e instalación de 6 letreros viales, en puntos que en ese documento se indican, y la contratación de un profesional con experiencia en manejo de especies para su conservación. Con fecha 20 de diciembre de 2012, el Director General de Obras Públicas le envía al Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo una Declaración de Impacto Ambiental titulada "Modificación de Medidas contenidas en RCA N° 42". Según consta en el sistema de información online del Servicio de Evaluación Ambiental, con fecha 8 de febrero de 2013, a través de la Resolución Exenta N° 54, el SEA puso término al procedimiento de evaluación ambiental por considerar que “la información proporcionada en la DIA carece de información relevante y esencial, que no permiten evaluar si las modificaciones a las medidas propuestas son equivalentes al impacto generado por la ejecución del proyecto”.
8. Con fecha 26 de julio de 2012, a través del Ord. N° 2696, el Fiscal del Ministerio de Obras Públicas contesta a una nueva solicitud de la Dirección Nacional de Vialidad sobre las alternativas disponibles para anexar las 100 hectáreas comprometidas en la RCA N° 42. En esa respuesta, el Fiscal reiteró que “no existen facultades relacionadas con la conservación de la fauna silvestre, ni está permitido expropiar, comprar ni arrendar con o sin compromiso de compra, bienes raíces para anexarlos a una Reserva Nacional”. Sin embargo, con fecha 12 de julio de 2013, mediante Ord. N° 2810, el Fiscal del Ministerio de Obras Públicas responde a una tercera solicitud hecha por la Dirección Nacional de Vialidad, en el mismo sentido que las anteriores. Esta vez, el Fiscal de MOP concluye que “el MOP a efectos de ejercer las facultades legales establecidas en el D.F.L. N° 850/1997 debe necesariamente someter a evaluación ambiental sus proyectos de infraestructura pública, en los casos que correspondan, quedando obligado a cumplir con las medidas

ambientales establecidas en las respectivas RCAs (...). Dado el carácter obligatorio de las medidas ambientales consideradas en una RCA, que en la especie consideran la anexión de una zona de 100 hectáreas a la Reserva Nacional 'Las Chinchillas', cabe concluir que dichos terrenos resultan necesarios para que la ejecución de la obra pública en cuestión, se lleva a cabo conforme a Derecho, resultando procedente su expropiación".

24° De los antecedentes precedentemente expuestos, es posible concluir que el MOP efectivamente analizó distintas alternativas para cumplir con la medida de compensación comprometida, realizó gestiones con CONAF y SEA de Coquimbo para llevarlas a cabo y propuso alternativas para el cumplimiento de los fines contemplados en ella. Estas gestiones, sin embargo, no bastan para tener por cumplida la medida del considerando 5.1.3.7, letra f), apartado b), de la RCA N° 42/2002, pero permiten descartar, para efectos de su calificación, que ésta se ha incumplido "gravemente", pues a pesar de que MOP fue poco diligente en la búsqueda de soluciones (entre otras cosas, el descarte de la expropiación es atribuible a una errada interpretación de la ley por parte del propio Servicio, y la DIA presentada ante el SEA para modificar la RCA N° 42 no pudo prosperar por falta de información relevante que debía ser puesta a disposición por el proponente), el proyecto enfrentó dificultades objetivas para cumplir con la anexión de 100 hectáreas a la Reserva Nacional, que contribuyeron a retrasar, hasta hoy, su cumplimiento.

25° Junto con lo anterior, el modo en que se encuentra redactada la medida de compensación en la RCA N° 42/2002, pone un énfasis especial en los medios necesarios para alcanzar la anexión de las 100 hectáreas. Esta circunstancia impide que, en presencia de gestiones realizadas para tal efecto (aun cuando no resultaron ser las adecuadas), el incumplimiento de la medida pueda ser calificado como grave, pues existió en el titular una disposición real, aunque poco diligente, para llevarlas a cabo.

26° En virtud de lo anterior, este Superintendente estima que los antecedentes aportados por el titular en su recurso de reposición impiden tener por demostrado que la medida se haya incumplido gravemente, por lo que se procederá, en la parte resolutive del presente acto, a recalificar la infracción.

27° Sin perjuicio de esta recalificación, este Superintendente estima oportuno hacer presente que, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, las "medidas" a que se refiere la letra e), numeral 2, del artículo 36 de la LOSMA, no se identifican necesariamente con aquellas contenidas en los artículos 57 y siguientes del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En efecto, el legislador no ha hecho distinción alguna en la clasificación de la infracción de la letra e), numeral 2, del artículo 36, y no existen razones lógicas que justifiquen la intención que el recurrente atribuye a la ley en orden a excluir de la calificación de "grave" el incumplimiento de medidas de reparación o compensación, que tienen una importancia equivalente a las medidas de mitigación para efectos de gestionar los impactos ambientales de un proyecto o actividad. Dicho de otro modo, carece de sentido suponer que sólo el incumplimiento de medidas de mitigación se encuentra regulado como infracción grave, mientras que el incumplimiento de medidas de reparación o compensación tiene el tratamiento residual de las infracciones clasificadas como leves. El texto expreso de la norma señalada exige únicamente que sea una medida que tiene como fin "eliminar o minimizar efectos adversos", objetivo que cumple tanto una medida de mitigación como una medida de compensación, por lo que no procede la restricción expuesta por el recurrente (que, además, excluiría injustificadamente a los proyectos evaluados mediante Declaración de Impacto Ambiental). En razón de lo anterior, por "medidas para eliminar o minimizar" los efectos adversos de un proyecto o actividad, debe entenderse todas aquellas medidas que cumplen, en sentido amplio, con aquella finalidad. Remitirse, como hace el titular, exclusivamente a las medidas de mitigación según la definición

contenida en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, excluyendo a las medidas de reparación y compensación, no solo es un método de interpretación defectuoso (que invierte la jerarquía normativa para establecer el sentido y alcance de una ley desde un reglamento), sino que además carece de sentido, según se señaló, atendida la racionalidad del sistema sancionatorio ambiental.

ii. Las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA:

28° En el recurso de reposición de autos, el recurrente cuestiona la ponderación de las circunstancias usadas por la Superintendencia para determinar la sanción concreta a aplicar. Específicamente, señala lo siguiente:

a) Artículo 40, letra a), la importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

29° Señala el recurrente que “la falta de implementación de una medida de compensación orientada a la generación de un efecto positivo y alternativo sólo provocará que dicho efecto no se presente, lo cual en ningún caso puede considerarse como un ‘peligro o daño ambiental’”, pues “resulta imposible que la implementación de una medida de compensación consistente en anexar 100 há. a un área protegida genere un daño ambiental o un peligro al medio ambiente”;

28° Este punto de vista debe ser rechazado, pues supone dos cosas enteramente ajenas a la circunstancia del artículo 40 que aquí se comenta: por un lado, que el daño o peligro a cuya importancia se refiere ese artículo es distinto del daño o peligro de la infracción que le sirve de base; y, por otro, que la falta de implementación de una medida de compensación no genera ningún daño o peligro ambiental;

30° Respecto al primer presupuesto, la sola redacción de la letra a) del artículo 40 deja en evidencia que esa circunstancia busca evaluar, para la determinación específica de la sanción a aplicar, cuál ha sido la importancia del daño o peligro ocasionado *con motivo de la infracción*. Nada hay en la circunstancia que lleve a pensar que deba tratarse de un daño o peligro distinto y ajeno a ella. Esto es así, además, pues el sistema administrativo ambiental está configurado para regular a través de instrumentos de gestión ambiental los riesgos asociados a un proyecto o actividad, de manera que a cada riesgo identificado se asocia una condición, norma o medida especialmente diseñada para controlarlo o compensarlo. Por lo tanto, con sede en la letra a) del artículo 40, no se trata de evaluar la importancia de riesgos ajenos a la infracción, sino de aquellos que se buscaba evitar precisamente a través de la correspondiente norma, condición o medida;

31° Respecto al segundo presupuesto del recurrente, no es efectivo que la falta de implementación de una medida de compensación no genere ningún daño o peligro ambiental. Precisamente, la medida de compensación incumplida tiene por objeto generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso producido en la Reserva Nacional afectada, hábitat de la Chinchilla Larígena, con el fin de que, equilibrados los efectos positivos y negativos del proyecto, los riesgos de afectación al medio ambiente identificados sean los mínimos posibles. Por lo tanto, el sólo hecho de no haber implementado dicha medida implica que no se ha podido generar el efecto alternativo positivo buscado, que la afectación del hábitat de la Chinchilla Larígena no se ha contrarrestado de ningún modo, y que por eso, a lo menos, se ha puesto en riesgo a dicha especie. Por su parte, la

importancia de dicho peligro se encuentra acreditada por el tipo de efectos que se pretendían evitar, así como por la afectación de una especie catalogada como “En Peligro”;

32° Por todo lo anterior, las alegaciones del recurrente en este punto serán rechazadas;

b) Artículo 40, letra c), el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

33° La resolución recurrida determinó que con motivo del incumplimiento del considerando N° 5.1.3.7 letra f) apartado b) de la RCA N° 042/2002, el MOP obtuvo un beneficio económico, asociado a costos retrasados, correspondiente a la suma de 224 UTA, la que fue considerada en el monto final de la multa aplicada;

34° Al respecto, señala el recurrente que al tratarse el MOP de un órgano centralizado de la Administración del Estado, carece de patrimonio propio, sin que la ley le confiriera como finalidad la realización de actos que le permitan obtener beneficios económicos. Agrega que para ese órgano del Estado no tiene lógica alguna el ahorro, puesto que los fondos comprometidos para dar cumplimiento a la medida de compensación de la RCA estarían considerados dentro de una partida presupuestaria determinada y, en caso alguno, su no ejecución trae aparejados beneficios tales como el ahorro;

35° Analizados los argumentos esgrimidos por el recurrente y los antecedentes que obran en el expediente sancionatorio, este Superintendente estima que en el presente caso no concurren razones que justifiquen la aplicación del criterio del beneficio económico para agravar la sanción a imponer al MOP.

36° En efecto, y tal como ha sido el criterio asentado de esta Superintendencia, el beneficio económico es una circunstancia que busca incorporar en la aplicación de la sanción el lucro obtenido como consecuencia directa o indirecta de la infracción, para así evitar que su comisión pueda resultar económicamente más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas;

37° La marcada finalidad disuasiva de la institución impide apreciarla en el presente caso, pues tratándose de organismos públicos centralizados que actúan a través del Fisco, sobre la base de presupuestos preestablecidos, que se aprovechan en cumplimiento de una función pública, y cuya ejecución alternativa no implica ventaja económica alguna para sus integrantes ni para el órgano como tal, no es posible afirmar que obtengan un provecho apreciable en dinero que haga más lucrativa la inejecución de la respectiva condición o medida. Es cierto que en muchos casos el MOP puede hacer uso alternativo del dinero ahorrado por la infracción, lo que normalmente bastaría para que se presente la circunstancia que aquí se analiza, pero ese eventual uso alternativo no se ejecuta en provecho pecuniario del órgano público, que carece de patrimonio propio, sino en ejercicio de una función pública.

38° En virtud de lo anterior, se acogen los argumentos esgrimidos por el recurrente en relación con este punto, y se procederá, en la parte resolutive de este acto, a rebajar el monto de la sanción;

c) Artículo 40, letra d), la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de

participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

39° El MOP señala que la resolución recurrida no toma en cuenta todas las gestiones realizadas por ese organismo para dar cumplimiento a la RCA N° 042/2002. En ese sentido, alega haber actuado siempre con la convicción de estar dando cumplimiento a sus exigencias;

40° Las alegaciones sobre este punto serán rechazadas, en la medida que la circunstancia de la letra d) del artículo 40, en lo relativo a la intencionalidad, se verifica cada vez que el infractor conoce los alcances de su incumplimiento, realizándolo de manera voluntaria, en ausencia de circunstancias que permitan presumir su ignorancia o su condicionamiento. No es requisito, como parece suponer el recurrente, que, junto con lo anterior, se verifique además una disposición subjetiva especial consistente en una intención inescrupulosa o antijurídica;

41° Cabe señalar que el ordenamiento jurídico ambiental impone un estándar especial de cuidado y, por lo tanto, el regulado ambiental que ha sido evaluado conforme a la Ley N° 19.300, en principio, carece de circunstancias extraordinarias que justifiquen el desconocimiento de las obligaciones dictadas conforme a ella. En el presente caso, no se advierte la concurrencia de ninguna de las circunstancias que afectan el conocimiento o la voluntad de realización del hecho infraccional. Antes bien, y como consta de las mismas gestiones que el MOP alega haber realizado para alcanzar el cumplimiento, durante toda la vigencia de la RCA el titular ha conocido plenamente la situación de incumplimiento en que se encuentra, razón por la cual se rechazan las alegaciones efectuadas en este punto;

d) Artículo 40, letra e), la conducta anterior del infractor.

42° La Resolución recurrida toma en cuenta dos sanciones aplicadas al titular y que constan en el sistema electrónico del Servicio de Evaluación Ambiental para considerar esta circunstancia: la primera de ellas es de fecha 4 de abril de 2008 y la segunda es del 27 de mayo de 2013;

43° Al respecto, la recurrente estima que se debieron ponderar otras circunstancias que hubieran llevado a rechazar *la conducta anterior* al determinar el monto de la multa a aplicar. En particular, estima que se debió tomar en cuenta que el MOP es el órgano público con mayor cantidad de proyectos en ejecución, contando con cerca de 280 resoluciones de calificación ambiental;

44° Este Superintendente estima que no es relevante la intensidad de la carga ambiental a que se encuentra sujeto un órgano o titular de proyecto para impedir que se consideren sus infracciones anteriores al graduar la pena. El ordenamiento jurídico ambiental busca controlar riesgos cuya realización se pretende evitar con total prescindencia del número de obras, actividades o proyectos cuya ejecución anterior o simultánea multiplique las obligaciones a que se encuentra sujeto el titular. Es de su responsabilidad dar cumplimiento a todas y cada una de ellas, de manera que lo alegado por el recurrente en este punto no puede prosperar.

e) Artículo 40, letra f), la capacidad económica del infractor.

45° Señala el recurrente que el MOP es “un Servicio Centralizado que carece de un patrimonio propio, con lo cual malamente la SMA podría ponderar capacidad económica de un órgano que carece de ella”;

46° La capacidad económica es una circunstancia que tiene por objeto develar la relación que puede existir entre el patrimonio del infractor y la multa a imponer, de manera tal de evitar infracciones ruinosas o meramente simbólicas, según las capacidades económicas del titular. En el presente caso, y como se señaló en la resolución recurrida, la capacidad económica del MOP, constituida por las posibilidades de su presupuesto, permite presumir que cuenta con los medios necesarios para hacer frente a la sanción que le corresponda, razón por la cual las alegaciones del recurrente a este respecto serán rechazadas;

f) Artículo 40, letra h), el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida por el Estado.

47° En este punto, el recurrente reitera lo señalado con motivo de la circunstancia de la letra a) del artículo 40, en el sentido que, tratándose de una medida de compensación, no correspondería apreciar un “detrimento o vulneración” pues su inejecución no genera nuevos daños o peligros;

48° Al respecto, este Superintendente reitera los motivos expresados en los considerandos 28° y siguientes de esta resolución, rechazando por lo tanto las alegaciones hechas por el recurrente en este punto;

iii. La presentación de un programa de cumplimiento.

49° El recurrente considera que ha sido arbitraria la forma en que la SMA ha dado por acreditados los hechos en el procedimiento sancionatorio, pues la resolución recurrida, en su considerando 60°, señala que “el hecho infraccional relacionado con el incumplimiento del considerando N° 5.1.3.7 de la RCA N° 042/2002, también se encuentra reconocido expresamente por el infractor al presentar el programa de cumplimiento respectivo”. A juicio del recurrente, la presentación de un programa de cumplimiento no implica necesariamente el reconocimiento de responsabilidad, sino sólo la intención de ejecutar un plan de acciones y metas para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental. Agrega que, existiendo hechos controvertidos a partir de la presentación en subsidio de descargos, no resulta atendible que la SMA determine que existe un reconocimiento de responsabilidad por parte del MOP, pues no existiría acto alguno en que conste dicha declaración;

50° Este Superintendente comparte el punto de vista del recurrente en el sentido que la presentación de un programa de cumplimiento, por sí misma, no puede bastar para tener por demostrada la responsabilidad de un infractor. Sin embargo, a diferencia de lo que supone el recurrente, la resolución recurrida tuvo por acreditados los hechos en virtud de las constataciones hechas por funcionarios de la Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero de la Región de Coquimbo, por lo informado en Ord. N° CE 0111, de 2 de abril de 2011, por la Directora Regional (PT) del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo, y por la ausencia de toda prueba en contrario que permitiera desvirtuar los hechos constatados. La naturaleza del incumplimiento en que ha incurrido el MOP, que consiste en la no implementación de la medida de anexar las 100 hectáreas a que lo obliga la RCA N° 042/2002, permite, en uso de la sana crítica, tener por demostrados los hechos que constan en esos

antecedentes, sin atentar contra los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados;

51° Junto con lo anterior, la resolución recurrida considera también las afirmaciones efectuadas por el infractor en la presentación de su programa de cumplimiento, para mostrar con claridad la situación de incumplimiento en que se encuentra. En rigor, para acreditar los hechos hubiera bastado con los antecedentes señalados en el considerando anterior, de manera que aun sin la referencia al programa de cumplimiento la infracción se hubiera tenido por demostrada. Con todo, la referencia al programa de cumplimiento como antecedente que permite acreditar el hecho infraccional no puede entenderse como una vulneración al debido proceso, según afirma el recurrente, pues se trata de una presentación formal, que consta en el proceso y, como tal, se encuentra plenamente amparada por el artículo 51 de la LOSMA, que establece perentoriamente en su inciso primero que:

“Los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”.

52° A mayor abundamiento, el pronunciamiento sobre la aceptación o rechazo de un programa de cumplimiento corresponde al Jefe de la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios de la Superintendencia, con la opinión técnica del Jefe de la División de Fiscalización, según consta, en el presente caso, en el Ord. U.I.P.S. N° 854, de 29 de octubre de 2013, mientras que la instrucción del procedimiento sancionatorio recae en un Fiscal Instructor que, una vez rechazado el programa, continúa conociendo del procedimiento sin que le haya correspondido pronunciamiento alguno sobre su contenido para los efectos de la aceptación o rechazo. De este modo, existiendo una clara división de funciones, no puede producirse la afectación al debido proceso que alega el recurrente, pues nada impide (antes bien, la ley es deliberadamente abierta al respecto) que una vez analizada la aceptación o rechazo del programa por parte del Jefe de la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios y del Jefe de la División de Fiscalización, el Fiscal Instructor lo considere para los efectos que sólo a él le competen: proponer la sanción o absolución del infractor al Superintendente;

53° Por último, la LOSMA es clara en el sentido que sólo la aceptación del programa de cumplimiento produce el efecto de suspender el procedimiento sancionatorio, impidiendo que su contenido sea usado para la imposición de una sanción. Tal efecto, como es lógico, no se extiende al rechazo. En efecto, el inciso quinto del artículo 42 señala que:

“Aprobado un programa de cumplimiento por la Superintendencia, el procedimiento sancionatorio se suspenderá”.

54° Dicho de otro modo, es el infractor el que asume el riesgo de rechazo del programa que presenta, y a él le compete presentar un programa que cumpla los requisitos necesarios para su aprobación, para lo cual cuenta con toda la asistencia que para estos efectos pone a disposición de los regulados esta Superintendencia. Si el programa es rechazado, el procedimiento sigue adelante y nada impide que todos los antecedentes presentados sean tomados en cuenta para la imposición de una sanción: sólo la presentación de un programa satisfactorio le permite beneficiarse con la suspensión, impidiendo que su contenido sea tomado en cuenta para una sanción. No es el caso en que se encuentra el MOP;

55° Por todo lo anterior, las alegaciones del recurrente en este punto serán rechazadas;

iv. Las gestiones del MOP para el cumplimiento.

56° El MOP alega haber realizado todos los esfuerzos para dar cumplimiento al Considerando N° 5.1.3.7. letra f) apartado b) de la RCA N° 042/2002, para lo cual se remite a una serie de gestiones que, según se analizó en los considerandos 20° y siguientes de esta resolución, fueron llevadas a cabo entre los años 2002 y 2013 ante la CONAMA de Coquimbo, COREMA Coquimbo y CONAF Coquimbo, entre otros organismos, con el objeto de cumplir con dicha medida;

57° Agrega que la Superintendencia debió abrir un término probatorio, aun cuando durante la tramitación del procedimiento sancionatorio no haya existido una solicitud semejante por parte del MOP, pues sería lo que correspondía si la Superintendencia no tenía pleno convencimiento sobre la veracidad de las alegaciones del infractor;

58° Respecto a las gestiones realizadas por el MOP, es claro que el argumento ha sido presentado de tal modo que impide entenderlo como una justificación al incumplimiento, sin perjuicio de que permita descartar que éste ha sido "grave", según se expuso precedentemente. En efecto, si lo que buscaba el recurrente era mostrar que, a pesar de obrar con la debida diligencia, ha sido imposible el cumplimiento de la medida, debió acreditar la presencia de los requisitos que exige el *caso fortuito o fuerza mayor*, como circunstancia que exime de responsabilidad, y no esperar que fueran deducidos con la sola enunciación de una lista de dificultades o contingencias. En efecto, nunca puede bastar la presencia de estas dificultades para eximir del cumplimiento de obligaciones ambientales;

59° Por otro lado, al presentarse contingencias que puedan retrasar o dificultar el cumplimiento de una condición, norma o medida, es responsabilidad del titular gestionar las eventuales modificaciones a la respectiva RCA ante el Servicio de Evaluación Ambiental. No corresponde al regulado determinar por sí la vigencia de sus obligaciones, ni cumplirlas de un modo alternativo, ni menos suponer que su incumplimiento se encuentra justificado. Esto es todavía más patente si se toma en cuenta que entre la entrada en vigencia de las obligaciones de la RCA N° 042/2002, hasta hoy, han transcurrido casi 12 años;

60° Sobre la necesidad de abrir un término probatorio, basta decir que el artículo 50 de la LOSMA entrega al criterio del Superintendente la facultad de "*ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan*", sin que por eso los regulados se vean impedidos tanto de solicitar la apertura de un término probatorio por sí mismos, como de presentar todos los antecedentes y demás medios de prueba que estimen pertinentes, nada de lo cual ocurrió en el presente caso. De este modo, el MOP no puede pretender depositar en la Superintendencia la responsabilidad que le asiste por no haber ejercido adecuadamente, a su juicio, su derecho a defensa;

61° A mayor abundamiento, a juicio de este Superintendente, no existen en el presente caso hechos controvertidos que hayan debido ser objeto de prueba, pues toda la defensa del regulado sobre el particular consistió en mostrar las gestiones hechas por él para intentar llegar al cumplimiento, las cuales, según ya se expuso con anterioridad, no afectan la constatación de la infracción;

v. Otras alegaciones del recurrente

62° Señala el recurrente que el procedimiento administrativo sancionatorio incoado en su contra se encuentra viciado, porque la falta de notificación del Oficio Ord. U.I.P.S. N° 352/2013 le impidió presentar un programa de cumplimiento íntegro, razón por la cual fue rechazado;

63° Sobre el particular, se debe tener presente, en primer lugar, que la Superintendencia acogió los descargos presentados por el MOP en lo relativo a la notificación del Ord. U.I.P.S. N° 352/2013, absolviéndolo del cargo consistente en el incumplimiento del requerimiento de información que ese oficio contenía. En segundo lugar, que el rechazo del programa de cumplimiento, tal como consta en el Ord. U.I.P.S. N° 854, de 29 de octubre de 2013, se fundó en un análisis técnico de su contenido, en virtud del cual se verificó el incumplimiento de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad. A modo de ejemplo, el Memorandum N° 770/2013 del Jefe de la División de Fiscalización de esta Superintendencia, aconsejó rechazar el referido programa, entre otras consideraciones, porque *“no se señala la fecha propuesta para la entrega de los Reportes Finales”*; *“no se proponen acciones alternativas en cuanto alguna de las metas no pueda ser cumplida”*; *“se considera que el Plan de Cumplimiento propuesto es demasiado extenso, durando al menos 30 meses”*; *“no se hace referencia alguna a las condiciones ecológicas básicas de los sitios a adquirir, para ser considerados como apropiados para ser anexados al ecosistema en comento, como tampoco se hace referencia a su disposición espacial”*, entre otras consideraciones. De esta manera, aun si se considerara que el programa era íntegro, hubiera sido rechazado por el incumplimiento de los demás criterios que exige la regulación en esta materia. Por estas razones, se rechaza lo alegado por el regulado en este punto;

64° Por último, alega el recurrente que la falta de término probatorio afectó su derecho a un debido proceso. Al respecto, se reproducen los argumentos señalados en el considerando 60° de la presente resolución, en el sentido que en ejercicio de las facultades que le entrega el artículo 50 de la LOSMA, este Superintendente estimó que en el presente caso no existían hechos controvertidos que justificaran la apertura de un término probatorio, sin que tal diligencia haya sido solicitada en ningún momento por el recurrente;

65° En virtud de lo anteriormente expuesto, se procede a resolver el presente recurso de reposición de la siguiente manera;

RESUELVO:

PRIMERO: acoger, parcialmente, el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio de Obras Públicas en contra de la Resolución Exenta N° 1444, de 16 de diciembre de 2013, de esta Superintendencia, **dejando sin efecto** la Resolución Exenta N° 1444, **sólo en cuanto** a la calificación de la infracción y a la ponderación del beneficio económico obtenido por el titular, por lo que se procederá, en consecuencia, a sancionarle del siguiente modo:

a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en el considerando 5.1.3.7, letra f), apartado b), de la RCA N° 042/2002, constituyen una infracción a la letra a) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, que se clasifica como leve, según lo establecido en el N° 3 del artículo 36 de la misma ley. Tomando en cuenta las sanciones asignadas a la infracción en el artículo 39 de la ley ya citada, la ponderación de las circunstancias de su artículo 40, así como las

alegaciones, defensas y los demás antecedentes que obran en el expediente administrativo sancionatorio, **se establece como sanción una multa de 440 Unidades Tributarias Anuales.**

SEGUNDO: Al primer otrosí del escrito de fecha 24 de diciembre de 2013, ténganse por acompañados los documentos. Al segundo otrosí, atendido a lo resuelto en el resuelto Primero de esta resolución, no ha lugar.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



CRISTIÁN FRANZ THORUD
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (TP)


DHE/EIS/TDS

Notifíquese por carta certificada

- Dirección General de Obras Públicas, Ministerio de Obras Públicas, domiciliada para esto efectos en calle Morandé N° 59, piso 3, comuna y ciudad de Santiago.

Distribución:

- Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero, Región de Coquimbo, domiciliado para estos efectos en calle Pedro Pablo Muñoz N° 200, La Serena.

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios. Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.

Expediente Rol N° D-012-2013