

RESUELVE PRESENTACIONES QUE INDICA

RESOLUCIÓN EXENTA N°2198

SANTIAGO, 4 de noviembre de 2020

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 adelante, "LOSMA"); la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación; la Res. Ex. RA 119123-129-2019, que nombra cargo de alta dirección pública, nivel 2° a Emanuel Ibarra como Fiscal Titular de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 1076, de 26 de junio de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-067-2017; y, la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes generales

1. Mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-067-2017, de 29 de agosto de 2017, de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio ROL D-067-2017, con la formulación de cargos a Sociedad de Ingeniería, Construcción y Maquinaria SpA, (en adelante, "SICOMAQ", "la empresa", o "la titular", indistintamente), titular del proyecto "Obras de Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas", ubicado en la comuna de Corral, Región de Los Ríos, y calificado ambientalmente favorable por la Resolución Exenta N° 66, de 1° de agosto de 2012, de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos (en adelante "RCA N° 66/2012"), por los siguientes hechos infraccionales:

1. No aplicar medidas de resguardo del Monumento Histórico Fuerte San Sebastián de la Cruz, que se expresa en las siguientes acciones u omisiones:

a) Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1, según se constata, por un lado, en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio, ambos de 2017 y, por otro, según se indicó en el informe de junio de 2017, anexo 3, cargado al sistema de seguimiento SMA por la empresa.

b) Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno, según se constata en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio de 2017.

c) No contar con supervisión permanente de arqueólogo, según se constata en la inspección de 6 de abril de 2017.

2. Hallazgo y recolección de elementos arqueológicos indicados en la tabla N°2 de la presente resolución, sin haber notificado al Consejo de Monumentos Nacionales, manteniendo éstos en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas, según se constató por un lado en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio de 2017, y por otro, en los informes cargados por la empresa al sistema de seguimiento SMA.

3. Incumplimiento de medidas de carácter patrimonial, que debían realizarse de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, establecidas en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, en particular las siguientes:

a.- Traslado del rasgo 4 previo a la construcción del enrocado de la pasarela 2, Tramo 4 del Proyecto.

b.- Recuperación selectiva del Componente 3, según se indicó en el anexo C de la Declaración de Impacto Ambiental.

c.- Excavación estratigráfica en sector de construcción de gradas en Playa La Argolla.

d.- Cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés.

e.- Documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

4. Inicio de obras en el MH y ZT sin haber tramitado previamente los PAS sectoriales correspondientes a los artículos 75, 76, 77 del D.S. N°95/2001 MINSEGPRES (actuales 131, 132 y 133 del D.S. N°40/2012 MMA) según se constató, por un lado, en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio, ambas de 2017, y por otro, en los informes cargados por la empresa al sistema de seguimiento SMA.

2. Por medio de la Res. Ex. N° 1605, de 18 de noviembre de 2019, se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-067-2017 (en adelante, "Res. Ex. N° 1605/2019" o "resolución sancionatoria", indistintamente),

sancionando a la titular con una multa de cuatrocientas tres unidades tributarias anuales (403 UTA), respecto a los cuatro hechos infraccionales señalados con anterioridad, los cuales corresponden a aquellos establecidos en los artículos 35 literales a) de la LOSMA, en cuanto corresponden a incumplimientos de condiciones, normas y medidas establecidas en Resolución de Calificación Ambiental. Específicamente, la infracción N°1, fue sancionada con una multa de 141 UTA; la infracción N°2, con una sanción de 223 UTA; infracción N°3, con una sanción de 34 UTA; y finalmente, la infracción N°4, con una sanción de 5 UTA.

3. En cuanto a la notificación de la Res. Ex. N° 1605/2019, ésta se practicó por carta certificada según da cuenta el número de seguimiento de Correos de Chile 1180851705374, en virtud del artículo 46 de la Ley N° 19.880.

4. Con fecha 13 de diciembre de 2019, Cecilia Urbina Benavides, en representación de la titular, presentó un escrito, por el cual en lo principal dedujo recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 1605/2019, fundado en los antecedentes de hecho y de derecho que en él se indican; en el primer otrosí, acompañó documentos; y en el segundo otrosí, solicitó reserva de información de los anexos 2.A y 2.B de la presentación de 12 de junio y también la reserva de información de los estados financieros de los años 2016 a 2018, acompañados el 16 de octubre de 2019. En el Anexo 1.A, se acompañaron los siguientes antecedentes: Plano estructural "Perfiles Transversales Playa La Argolla y Muro San Juan"; Plano de Diseño "Planta General de Arquitectura Perfiles Generales Tramo 3 Playa La Argolla; Plano Estructural "Planta Estructura y Fundación Pasarela 1; Especificaciones Técnicas Especiales de la Licitación del Proyecto; Registro fotográfico del Fuerte Corral (imágenes previas al proyecto). En el Anexo 1.B, se acompañó Copia de anotación en el libro de obras de proyecto, de 28 de febrero de 2017. En el Anexo 1.C, se presentó Copia de los registros de asistencia a la obra de la arqueóloga, de los meses de enero, febrero y marzo de 2017. En el anexo 2.A, se acompaña el Estado de Resultados Acumulado noviembre de 2018. Informe Contabilidad grupo SICOMAQ. Finalmente, en el Anexo 2.B, se presentó Libro de Obra "Protección Costera para el Fuerte Corral y Plaza de Armas"; y Libro de Obra de "Construcción Protecciones Costeras ex isla el Alacrán, Arica; ambas de la empresa SICOMAQ.

5. Mediante la Res. Ex. N° 160 de 28 de enero de 2020, esta Superintendencia solicitó los Estados Financieros (Estado de Situación, Estado de Resultados, Flujo de Efectivo y Notas a los Estados Financieros) al 31 de diciembre de 2019, o al último mes que se disponga, que no sea previo a septiembre de 2019, con el objeto de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en la medida en que la información entregada con anterioridad por SICOMAQ, carecía de dicho antecedente.

6. Con fecha 4 de febrero de 2020, la titular ingresó un escrito, solicitando un aumento del plazo otorgado, en virtud de la necesidad de recopilar antecedentes para dar por cumplida la solicitud de información antes indicada.

7. Mediante la Res. Ex. N° 229, de 5 de febrero de 2020, esta Superintendencia concedió un nuevo plazo de dos días hábiles, para presentar la información solicitada mediante la Res. Ex. N° 160/2020.

8. Con fecha 6 de febrero de 2020, la titular dio respuesta al requerimiento de información, cumpliendo lo ordenado y solicitando reserva de información de todos los antecedentes presentados. En su presentación, acompañó en Anexo 1, el Balance General a noviembre de 2019 de la empresa; en Anexo 2, acompañó el Estado de Resultados acumulado al mes de noviembre de 2019, de la empresa. En Anexo 3, acompañó el Estado de flujo de Efectivo, del período enero a noviembre de 2019.

9. El 12 de junio de 2020, la empresa presentó un nuevo escrito de téngase presente, acompañando documentos y solicitando reserva de información, en particular, de los estados financieros. Los documentos presentados son los siguientes: Ord. 239/2020, de 27 de marzo de 2020 de la Dirección General de Obras Públicas que aprobó instructivo sobre medidas de prevención de contagio por COVID-19; Estado de resultado acumulado al mes de marzo de 2020; Balance general del trimestre enero 2020 a marzo de 2020; Convenio Ad Referéndum N°1 entre SICOMAQ y la Dirección de Vialidad de la Región de los Lagos; Convenio Ad Referéndum entre SICOMAQ y la Dirección de Vialidad de la Región de los Lagos respecto al proyecto Construcción Terminal Portuario Chaitén; Resolución del MOP, mediante el cual se regulariza y aprueba convenio referido previamente; Res. Ex. N° 9154/2929 de Seremi de Salud de Los Lagos; Carta solicitud de paralización de obras; Certificado de liquidación de préstamo; Renovación de pagarés en pesos; Certificado del detalle de deuda, de 10 de junio de 2020; Modificación del pagaré no reajutable.

II. Admisibilidad del recurso de reposición interpuesto por el recurrente

10. SICOMAQ en su presentación indica estar dentro de plazo legal para interponer el recurso. Al respecto, el plazo contemplado para interponer un recurso de reposición en contra de una resolución emanada de la Superintendencia se encuentra regulado en el artículo 55 de la LOSMA: *"(...) En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución (...)".*

11. De esa forma, ya que la resolución impugnada se entendió notificada con fecha 10 de diciembre de 2019, y el recurso fue presentado con fecha 13 de diciembre de 2019, este Superintendente estima que el recurso interpuesto por la titular se encuentra presentado dentro de plazo, en tanto el plazo fatal para su presentación vencía el día 17 de diciembre de 2019.

12. Por tanto, presentado el recurso dentro de plazo legal, corresponde pronunciarse, a continuación, respecto de las alegaciones formuladas por la empresa.

III. Análisis de las alegaciones formuladas respecto a la configuración de las infracciones N° 1 y N°4.

Alegaciones referidas a la configuración de la infracción N°1

13. A continuación, serán ponderadas las alegaciones presentadas por la empresa, siguiendo la división en los sub-hechos de la infracción N°1.

Letra a) Infracción N°1

14. Respecto a la letra a)¹ "(...) la SMA entiende que SICOMAQ habría modificado voluntariamente el diseño original del Proyecto (en cuanto a la ubicación de los pilotes que soportarían la Pasarela N°1) y que de dicha modificación se habría seguido la afectación de la zapata del muro MH (...)".

15. SICOMAQ señala tres consideraciones, i) las excavaciones con maquinaria retroexcavadora en el exterior del túnel de acceso al Fuerte Corral no supusieron una modificación del diseño original del proyecto, ni una intervención a zonas no consideradas por el proyecto; ii) la realización de excavaciones con métodos diferentes a los inicialmente previstos; y, iii) la no consideración de recomendaciones efectuadas en forma previa a la intervención por una empresa especialista en arqueología.

16. Respecto al punto i), la Empresa sostiene que no modificó la ubicación original de los pilotes que soportarían la pasarela N°1 en zonas no consideradas en el proyecto original (numeral 2.4.3.2. de la DIA del Proyecto), ni tampoco modificó la distancia al muro de los pilotes que soportarían la pasarela N°1 del proyecto original. Así, indica que los pilotes metálicos N°14 y 15 se ubicarían en el exterior del muro y existiría entre éstos y el borde de acceso al túnel del fuerte una distancia de 1,36 metros, medida desde el borde de acceso del túnel al eje del pilote. Según sus dichos, siempre se consideró realizar excavaciones en el sector exterior del túnel de acceso del Monumento Histórico (en adelante, "MH", indistintamente) a una distancia aproximada de 50 a 60 centímetros con el fin de instalar los pilotes metálicos que soportarían la pasarela N°1.

17. Prosigue la empresa, indicando que los informes de junio de 2017, en particular Anexo 3, e informe de seguimiento de abril de 2017 habrían hecho creer a la autoridad que se intervino un área no considerada por el proyecto. No obstante, lo que en realidad ocurrió, es que se corrigió la ubicación espacial definida en coordenadas para no contravenir el diseño del proyecto ni intervenir la estructura del muro del MH, siguiendo el principio de intervención mínima.

18. Respecto a los métodos, punto ii), SICOMAQ señala que la RCA N°66/2012 no consideró ninguna prohibición o restricción a los métodos de excavación, no obstante, la decisión de efectuar las excavaciones utilizando

¹ a) **Alteración del muro del MH producto de la instalación de los pilotes para la construcción de la pasarela N°1, según se constata, por un lado, en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio, ambos de 2017 y, por otro, según se indicó en el informe de junio de 2017, anexo 3, cargado al sistema de seguimiento SMA por la empresa.**

maquinaria fue determinado por el mismo MOP en las “Especificaciones Técnicas Especiales de la Licitación del proyecto”.

19. La empresa, sostiene también respecto a iii), que la recomendación de mantener un *buffer* de un metro respecto del muro no se había realizado a la época en que se produjo excavación que afectó al muro del MH.

20. Finalmente, SICOMAQ indica respecto a este punto que la afectación parcial de las fundaciones del MH el día 20 de marzo de 2017, es consecuencia, en gran parte, de la información imprecisa de la línea de base, la que no puede ser imputada a SICOMAQ.

21. Para probar los dichos sostenidos, acompañó prueba en el anexo N°1.A, correspondientes a: 1) Plano Estructural “Perfiles Transversales Playa la Argolla y Muro San Juan” Plano OM 03, 22 de 46; 2) Plano de Diseño “Planta General de Arquitectura Perfiles Generales Tramo 3 Playa La Argolla”, Plano AR N° 05, 10 de 46; 3) Plano Estructural “Planta Estructura y Fundaciones Pasarela 1”, Plano OM N° 13, 33 de 46; 4) Especificaciones Técnicas Especiales de la Licitación del Proyecto DOP N° 5734; y, 5) Registro fotográfico del Fuerte Corral (imágenes anteriores al proyecto).

22. Respecto al punto i), cabe indicar, que los detalles del diseño del proyecto no quedaron completamente determinados en la RCA, y precisamente, existió, tal como lo reconoce la propia empresa, en sus descargos y en la presente sede de reposición, información incompleta. La diferencia, es que ello si resulta atribuible a SICOMAQ, quien es titular del proyecto, más aún, considerando que dicha obra se efectuó en un MH, por lo que el deber de cuidado es mayor a cualquier proyecto ubicado en cualquier lugar. Así, tal como se ponderó en el considerando 53 de la resolución sancionatoria, durante la evaluación ambiental no se especificó la distancia a la que se ubicarían los pilotes en relación al Muro. Respecto a los planos acompañados en esta sede, identificados en los numerales 1 a 3 del considerando precedente, éstos son de fecha posterior a la RCA N°66/2012, es decir, posteriores a la determinación de las obligaciones ambientales del proyecto, por lo que, si bien de ellos puede desprenderse una distancia a la que se construiría la pasarela N°1 respecto del muro, la obligación que precedía dicha determinación y a la que debió atender la empresa era a que debía extremarse el cuidado en la instalación de los pilotes, aspecto que no ocurrió en los hechos.

23. Asimismo, en el considerando 54 de la resolución sancionatoria, se hizo referencia al Anexo C de la DIA del proyecto, la que determinó la necesidad de realizar en el sector de Playa Argolla “(...) excavaciones ampliadas con miras a despejar y documentar las fundaciones de la cortina”; el mismo anexo se refirió a la necesidad de implementar medidas de control como la fijación de una franja de seguridad o *buffer*(...)”, precisamente porque dicho sector, “(...) representa un área de alta sensibilidad arqueológica [en que] sondeos subsuperficiales revelaron depósitos culturales continuos a lo largo de la terraza que alcanzan sobre un metro de potencia y expusieron las fundaciones de la cortina (...)”. De este modo, si bien, las especificaciones del lugar en que se debían instalar los pilotes no fue un aspecto que quedó completamente zanjado, no cabe ninguna duda que dicho lugar requería de

un estándar de cuidado más alto, precisamente por la posibilidad de afectarlo, lo que finalmente ocurrió.

24. Lo anterior, se relaciona con el punto iii), dado que si bien, las recomendaciones del Ord N°4788 fueron posteriores a la época de afectación del muro, en las mismas especificaciones técnicas acompañadas por la empresa en el numeral 4) del considerando 21 de la presente resolución, se indica como un requerimiento para la Playa La Argolla, la necesidad de *“(...) Implementar medidas de control como la fijación de una franja de seguridad o buffer apropiado a los restos estructurantes identificados y monitoreo arqueológico permanente (...)”* que si bien no se refieren específicamente a la recomendación de mantener un metro desde el muro, si son aspectos que nuevamente resaltan, incluso de manera previa al inicio de la ejecución del proyecto, el estándar de cuidado que la empresa debía respetar en dicho lugar.

25. La alegación del punto ii) tampoco puede prosperar, dado que en el ítem N° 1.1.2 referido a las excavaciones a realizarse en Playa La Argolla, en ningún caso se refiere a un método específico a utilizarse para la realización de las excavaciones, como una máquina retroexcavadora, sino que únicamente, se señala de manera general que *“(...) las obras que al menos requieren de excavaciones son las correspondientes a las que se muestran en los planos del proyecto (...)”*. Las excavaciones no sólo pueden realizarse con maquinaria pesada, también existen métodos de excavación manuales. Adicionalmente, la propia empresa reconoce en el informe de seguimiento de abril de 2017, que existen y que puede utilizar técnicas menos invasivas para el hincado de pilotes.

Letra b) Infracción N°1

26. Respecto a la letra b)² de la infracción, la titular argumenta que la omisión obedeció a una orden de la inspección fiscal del MOP, en que el 28 de febrero de 2017, se ordenó a SICOMAQ no ejecutar el retiro de las cuñas *“(...) a fin de analizar con tiempo la conveniencia de su retiro (...)”*. Al respecto, la empresa sostiene que si bien es la titular de la RCA N°66/2012, esta fue contratada por el MOP, el dueño y responsable final de las obras. Para probar sus dichos, acompañó una copia de anotación del libro de obras del proyecto, de 28 de febrero de 2017.

27. La obligación de remover las cuñas inestables previo a las obras de excavación y relleno quedó establecida en la evaluación ambiental para la seguridad tanto del personal como para los futuros visitantes del MH, y en cambio, tal como se sostuvo en el considerando 71 de la resolución recurrida, dicho aspecto no fue respetado. El argumento esgrimido por la empresa en la presente sede no puede prosperar, porque si bien, es efectivo que SICOMAQ fue contratada por el MOP, ello no implica que pueda obviar obligaciones establecidas en la evaluación ambiental atendiendo a instrucciones de una visita a terreno, como consta de la prueba acompañada. SICOMAQ es el titular de la RCA N° 66/2012, por lo que es responsable de su cumplimiento en los términos establecidos, así lo

² **b) Omisión de remoción de las cuñas TNJC y TEJC, previo al inicio de las obras de excavación y relleno, según se constata en las inspecciones de 6 de abril y 19 de julio de 2017.**

establece el inciso final del artículo 24 de la Ley N° 19.300 “(...) *El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva (...)*”.

Letra c) Infracción N°1

28. En tercer lugar, respecto a la letra c)³ de la infracción, SICOMAQ sostiene que “(...) *no resulta razonable que vuestra Superintendencia tenga por acreditada la no presencia de la arqueóloga en las dos actividades excavaciones individualizadas, por la sola circunstancia de quedar consignado en un acta de fiscalización que tuvo días después de los hechos constitutivos de las supuestas infracciones (...)*”. De este modo, en el acta, se indicó “(...) *la arqueóloga monitora no habría estado presente al momento del hallazgo (...)*”. Ello, porque las actas sólo pueden dar por acreditados hechos que hayan sido constatados directamente por los funcionarios fiscalizadores, y no puede constatar ocurrencia o no ocurrencia de hechos acaecidos en días previos a las actividades de fiscalización y en las que no estuvo presente. De este modo, la empresa aduce que el hecho que la arqueóloga haya firmado el acta no puede en ningún caso equipararse a confesión, dado que no se indica quien realizó la afirmación. Para probar la presencia de la arqueóloga todos los días de marzo de 2017, SICOMAQ acompañó copia de los registros de asistencia a la obra de la arqueóloga, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2017.

29. La obligación de contar con monitoreo arqueológico permanente quedó determinada en el Anexo C de la DIA del proyecto aprobado por la RCA N°66/2012, según la propia propuesta de la empresa. El hecho de no contar con arqueóloga el día 20 de marzo de 2017, habría sido constatado por el Consejo de Monumentos Nacionales (“CMN”) en inspección realizada el 6 de abril de 2017. Así, en el considerando 3.7 del Ord. N° 2686, de 12 de junio de 2017, se indicó que “(...) *Durante las labores de fiscalización se pudo constatar la inexistencia de un monitoreo arqueológico permanente en tierra como en agua (...)*”. En los descargos del procedimiento sancionatorio, SICOMAQ presentó argumentos tendientes a desvirtuar el sub hecho c), argumentos que fueron ponderados en los considerandos 85 al 102 de la resolución recurrida. La empresa cuestionó el concepto de “permanente”, entendiéndolo que no implicaba la presencia continua e ininterrumpida de la arqueóloga en las faenas. SICOMAQ, reconoció que la arqueóloga se ausentó de manera temporal (debido a períodos de descanso); y que los servicios prestados por la arqueóloga no garantizaban su presencia permanente en la obra sino sólo cada vez que ella fuera requerida producto de una contingencia. Luego, en la presente sede, la empresa presenta prueba, consistente en los registros de asistencia de la arqueóloga durante el mes de marzo de 2017, fecha en que ocurrió la afectación del muro. Los antecedentes correspondientes al libro de asistencia de la arqueóloga no habían sido acompañados por la titular previamente. Este Superintendente, considera que dicha prueba es de baja fiabilidad, la que podría fácilmente ser alterada. Adicionalmente, resulta curioso que sea acompañada recién en sede de reposición y no en sede sancionatoria.

³ c) *No contar con supervisión permanente de arqueólogo, según se constata en la inspección de 6 de abril de 2017.*

30. No obstante lo anterior, resulta necesario reconsiderar el medio de prueba mediante el cual se sostuvo el presente incumplimiento. De este modo, la ausencia de la arqueóloga se constató en la inspección de 6 de abril de 2017, por el CMN, aspecto que quedó plasmado en el numeral 3.7 del Ord. N° 2686 de 12 de junio de 2017. No obstante, la afectación del muro ocurrió el día 20 de marzo de 2017, por lo que no resulta factible que sea acreditada en una inspección posterior un hecho acontecido en el pasado, dado que ello no es posible de ser apreciado por los sentidos de los fiscalizadores que acudieron a la inspección.

31. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 19.880 establece el principio de la no formalización, específicamente señala en el inciso cuarto que “(...) La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ella no se afectaren intereses de terceros.”. En el mismo sentido, el artículo 59 de la misma ley, señala refiriéndose al recurso de reposición señala que “(...) La resolución que acoja el recurso podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado”. Por ende, este Superintendente, considerando todos los argumentos previamente mencionados, ha llegado a la convicción que el presente sub hecho c) debe ser absuelto y en consecuencia, la sanción aplicada de la infracción N°1 será reducida, así se procederá en el resuelvo I de la presente resolución.

Alegaciones referidas a la configuración de la infracción N°4

32. Respecto a la configuración de la infracción, la empresa sostiene que la SMA consideró que el responsable de obtener los PAS es SICOMAQ y no el MOP. Para sostener su argumentación, distingue entre permisos mixtos y ambientales. Los PAS ambientales se obtiene sólo con la concurrencia de RCA en cambio los PAS mixtos, son aquellos que deben tramitarse ante el órgano correspondiente. Para poder realizar dicha tramitación y obtención de dichos permisos, se requiere ser titular del proyecto, según el artículo 108 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), D.S. N°40/2012 del Ministerio de Medio Ambiente.

33. Precisa que la titularidad de una RCA no es una calificación que depende de una situación de hecho sino de una determinada declaración y calificación jurídica en que el órgano administrativo declare el cambio de titularidad. La empresa sostiene que las comunicaciones entre SICOMAQ y el MOP darían cuenta de las intenciones y debida diligencia para la obtención de permisos que debía tramitar el MOP. La Resolución Sancionatoria no habría motivado la justificación de cambio de criterio respecto al procedimiento Rol D-003-2014, y que para poder cambiar de criterio se debe respetar el principio de igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad, en el sentido de por qué se consideró a la empresa como titular antes de que se efectuara el cambio de titularidad por el SEA. Finalmente, indica que esta infracción habría restado obligaciones al MOP que fue titular de la RCA N°66/2012 por más de cuatro años.

34. Al respecto, esta Superintendencia advierte que las alegaciones sostenidas por SICOMAQ en la presente sede no distan de aquellas

presentadas en sus descargos y que fueron ponderadas latamente en los considerandos 209 al 221 de la resolución recurrida. No acompaña tampoco nuevos medios probatorios que aquellos acompañados en su oportunidad. Considerando lo anterior, es que se deben tener por reproducidos los argumentos sostenidos en los considerandos indicados de la resolución sancionatoria.

IV. Alegaciones referidas a la clasificación de gravedad de las infracciones N°1, N°2 y N°3

Infracción N°1

35. La infracción N°1 fue clasificada como una infracción grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 N°2, letra e) de la LOSMA. La empresa presenta argumentos respecto a los sub-hechos a), b) y c) de la Infracción N°1, solicitando reclasificar la infracción a leve.

Sub-hecho a)

36. SICOMAQ sostiene que no existe una medida infringida, y que aún en caso de existir dicho incumplimiento no sería grave ni tampoco los hechos en que se funda el reproche principal serían efectivos.

37. En primer lugar, la empresa señala que *“(…) no existió incumplimiento de una medida específica destinada a eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto (…)”*, en este sentido, la mínima intervención del MH es un principio que debía orientar la ejecución de las obras, pero *“(…) no una medida concreta y particular destinada a eliminar o minimizar uno o más efectos adversos del proyecto (…)”*. Dicho principio, se plasmó, según señala SICOMAQ, en algunas medidas concretas como la prohibición de aplicar tratamiento innecesario o peligroso a la estructura del Fuerte, distancias mínimas con estructuras antiguas, entre otros. Según comprende la empresa, en aquellos casos en que no se establecieron medidas específicas, el principio solo implica una regla de actuación, que caso a caso deberá determinarse las posibilidades que causen menor intervención al MH. Tal sería el caso en cuestión, dado que no se previó ninguna medida concreta para evitar que durante las labores de excavación se afectara la integridad del MH, la única limitación concreta, se habría basado en información errada de que la zapata del muro se encontraba a 1 metro de profundidad.

38. La empresa señala que no se cumple el requisito de la centralidad de la medida, dado que se estimó en la resolución recurrida que esta deriva del carácter de MH que tiene el Fuerte Corral, no obstante, si todas las medidas destinadas a proteger la integridad del MH son centrales, ninguna de ellas tendrá el carácter de central. Así, para la determinación de la centralidad de la medida se deben considerar el resto de las medidas dispuestas en la RCA para hacerse cargo del efecto. Sostiene que en la resolución sancionatoria, no se realiza un análisis comparativo entre las medidas ni tampoco se identifica cuál sería la medida que se ha infringido. Así, SICOMAQ recalca que en la evaluación ambiental no se estableció prohibición o restricción de utilizar maquinaria para las excavaciones ni tampoco se excluyó el área exterior del túnel para la instalación de los pilotes de la Pasarela N°1,

tampoco sería efectivo que los pilotes que soportarían la Pasarela N°1, se ubicarían en el exterior del túnel y a una distancia de 1,36 metros.

39. Respecto al grado de implementación de la medida, sólo se justificaría un “grado importante de no implementación de la medida”. Dado que la empresa habría decidido intervenir un sector cercano al MH (no previsto originalmente) con métodos intensivos.

40. En primer lugar, cabe indicar, que SICOMAQ reconoció el carácter de medidas en sus descargos, y que la argumentación que presenta en esta sede difiere de aquellos argumentos ya ponderados en la resolución sancionatoria. Tampoco adjunta evidencia probatoria diversa, sino que sólo cambia la línea argumentativa.

41. El proyecto calificado ambientalmente favorable por la RCA N°66/2012 fue presentado como una DIA, lo que involucra un reconocimiento por parte del titular, que este no generaría aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N°19.300. Lo anterior, implica que no se contemplaron medidas de mitigación o compensación ambiental. No obstante lo anterior, tal como ha reconocido el Tercer Tribunal Ambiental en el caso Rol R-28-2019, en el considerando trigésimo primero haciendo referencia a la Excm. Corte Suprema, en sentencia de 5 de marzo de 2018, Rol N° 11.485- 2017 “(...) *“Así, es importante recalcar que las medidas comprometidas en una RCA, buscan mitigar, compensar o reparar el impacto ambiental vinculado a un proyecto, si proviene de un EIA o, en caso de estar contenidas en una DIA, aquellas buscarán hacerse cargo del efecto ambiental que se considera de menor entidad, **orientándose además a prevenir la ocurrencia de uno de mayor envergadura**, siendo ésta la razón por la que se comprometen seguimientos de variables medioambientales que permitan verificar que la prognosis respecto de la inexistencia de impactos mayores se mantiene en el tiempo (...)*” (énfasis agregado).

42. Particularmente, en el presente caso, en el considerando 5.6 de la RCA, se estableció que “(...) *el diseño del proyecto no afectará el Monumento, ni los hallazgos registrados en el estudio patrimonial subacuático, como tampoco afectará sitios con valor Histórico (...)*” Así, en virtud de dicha condición, es que se estimó que el “(...) *el proyecto no alterará monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (...)*”. De este modo, respecto a la letra a) de la infracción N°1, el efecto de mayor envergadura que busca evitarse es precisamente, la no afectación del Monumento Histórico, su no alteración; así fue ponderado en la resolución sancionatoria, en el considerando 237. Dicho aspecto, central, es aquel que se perseguía ojalá eliminar o al menos minimizar con la evaluación ambiental, y por el contrario, que la construcción que efectuase la empresa tuviese el menor efecto posible en el MH. Finalmente, a modo de conclusión, cabe agregar, que contrario a lo que sostiene la empresa, para analizar la centralidad de una medida, no es un requisito la comparación de dicha medida con otras dispuestas en la RCA.

Sub-hecho b)

43. Respecto a la centralidad, se refiere a la finalidad que perseguiría, la de garantizar la seguridad de las personas (trabajadores y futuros usuarios) y la estabilidad del farellón en que se asienta el Fuerte, sin mayores motivos. Al respecto, replica los argumentos indicados para el sub-hecho a) respecto a la necesidad de indicar una medida en específico.

44. En cuanto a la permanencia, se reitera lo señalado en los argumentos en contra de la configuración, en el sentido que la no ejecución, y la permanencia de la acción se deberían a una orden emanada del MOP de no ejecución de la remoción para analizar con tiempo la conveniencia de su retiro. Este último aspecto ya fue abordado por el considerando 27 de la presente resolución.

45. La centralidad de la remoción de las cuñas fue explicada en los considerandos 241 y 242 de la resolución sancionatoria, la que cumple una doble finalidad, en primer lugar, se relaciona con la estabilidad del farellón que sustenta el Monumento y segundo lugar, se contempló para la protección de la seguridad de los trabajadores y visitantes. La empresa al no retirar las cuñas, no atendió a la medida que se estableció en la evaluación ambiental, esto es, evitar que los sectores en que se ubican las cuñas TNJC y TEJC colapsaran y con ello se viera afectada una parte del farellón del muro; pero además, y este aspecto si se relaciona con las actividades que ocasionaría SICOMAQ, dado que las cuñas debían retirarse de manera previa al inicio de las obras de excavación y relleno, dado que ello podría ser riesgoso para los trabajadores en el corto plazo; así como en el largo plazo lo sería para los visitantes que asistan al lugar. En este sentido, la remoción de las cuñas se relaciona con el aspecto ponderado en el considerando 41 de la presente resolución, esto es, la prevención de la ocurrencia de un efecto de mayor envergadura.

Sub-hecho c)

46. Se reitera el mismo argumento relativo a la centralidad de la medida de los sub-hechos previos, dado que no se realizó un análisis comparativo entre la medida infringida y otras medidas. Adicionalmente, la relevancia de la infracción de la medida debido a que se habría intervenido un área no prevista en la evaluación no es efectivo, tal como ya se indicó.

47. Respecto al grado de implementación, SICOMAQ indica que en la resolución sancionatoria únicamente se señaló que tendría un grado de no ejecución relevante pero no se analiza por qué sería relevante la medida. La empresa sostiene que incluso en caso de determinarse incumplida la medida, el incumplimiento sería menor dado que previo a abril de 2017 la medida se había implementado por al menos 5 meses con presencia permanente de la arqueóloga, según se aprecia de los registros de asistencia.

48. Al respecto, según lo resuelto en los considerandos 30 y 31 de la presente resolución, no se ponderarán los argumentos relativos a la clasificación de gravedad, debido a que la infracción no se ha configurado en lo relativo al sub hecho c).

Infracción N°2

49. SICOMAQ, reitera los argumentos esgrimidos en los descargos, sosteniendo que la falta de notificación al CMN, no puede ser imputada como grave. Ello, dado que el fundamento normativo radica en la Ley N° 17.288, que únicamente es referenciada en la DIA y luego en la RCA N°66/2012. El incumplimiento entonces sería a la normativa sectorial, específicamente al artículo 26 de dicha ley y no de una medida específica de la RCA para hacerse cargo de un efecto del proyecto. Esta es una ley de aplicación general, que fue replicada en la RCA.

50. Adicionalmente, la empresa sostiene que el Plan ISIMAR, no formó parte de la evaluación ambiental, sino que se dictó casi 3 años después de la RCA N° 66/2012 y que al igual que la DIA y la RCA, replican obligaciones generales. Asimismo, ni este ni lo contenido en el Anexo 3 de la DIA fueron mencionados como incumplidos para fundamentar el cargo, en la formulación de cargos, ni en la reformulación, sino que en éstas únicamente se mencionaron los apartados 4.1 letra e) de la RCA 66/2012 y capítulo 4.2.6 de la DIA del Proyecto en general y no como medidas específicas. Por ende, SICOMAQ estima que los considerandos 249, 250 y 251 de la Resolución Sancionatoria no pueden ser tenidos en consideración.

51. Posteriormente, la empresa sustenta su argumentación en la limitación que implica para la autoridad la formulación de cargos, la que debe contener la pretensión punitiva, y los cargos limitarían la competencia respecto a los hechos, formas y circunstancias que determinan la eventual responsabilidad, en virtud del principio de congruencia. Señala que en este caso, existieron “nuevas imputaciones” las que sólo pudo conocer en la Resolución Sancionatoria.

52. Respecto a la alegación relativa a la centralidad de la medida, cabe remitirse al considerando 254 de la resolución sancionatoria, que señala “(...) En concreto, el aviso al CMN a fin de este determinara la forma de proceder frente a los mismos, resultaba del todo relevante para resguardar el testimonio arqueológico, como la información y la documentación contextual generada a partir de los hallazgos no previstos (...)”. Adicionalmente, es relevante lo ya señalado en el considerando 41 de la presente resolución.

53. En cuanto al incumplimiento propiamente tal, este no se trataría, como SICOMAQ indica, de incumplimiento de normativa sectorial. Si bien la RCA y DIA, hacen referencia a la Ley de Monumentos, la RCA del proyecto, no reproduce exactamente la normativa de la Ley de Monumentos, sino que indica que la notificación debe hacerse por escrito al CMN, a diferencia de dicha Ley, que no establece la forma de notificar. El organismo también es diverso, señalándose al Gobernador Provincial, en este sentido, no es posible sostener que la RCA haya meramente replicado la normativa sectorial, sino que estableció un deber específico para el proyecto, una medida, que fue incumplida por parte de la empresa.

54. Ahora bien, el incumplimiento del deber de notificar al CMN por parte de la empresa, según establece el considerando 4.1.e) de la RCA N° 66/2012 y el considerando 4.2.6 de la DIA del proyecto, trajo como consecuencia que el material recolectado se mantuviese en condiciones inadecuadas y/o no autorizadas. Esto es

precisamente lo que se persigue evitar con la normativa ambiental aplicable al proyecto, por el contrario, debió propenderse a la protección del patrimonio histórico cultural del Estado, considerando la opinión del organismo facultado para ello, el CMN. La medida de aviso resulta central, considerando la alta probabilidad de que la empresa se viera en la situación de encontrar hallazgos no previstos en la evaluación ambiental, respecto de éstos, lo único que podía plantearse, era la comunicación al organismo competente, el que debía generar las autorizaciones y verificar el adecuado mantenimiento de los hallazgos de modo de no perder estos su contextualización; y no haber generado la intervención y recolección de la manera en que se realizó.

55. Las alegaciones relativas al plan ISIMAR y Anexo 3 de la DIA no pueden prosperar, dado que estas, tal como reconoce la empresa, no forman parte de la configuración de la infracción, en ningún caso se trata de “nuevas imputaciones”, sino que fueron ponderados como antecedentes relevantes, a la hora de ponderar la gravedad. Ambos antecedentes, se relacionan con los hallazgos no previstos, presentados por la propia empresa y validados por el CMN. Respecto a los considerandos 249, 250 y 251, que SICOMAQ señala que no podrían ser considerados, solo cabe desestimar dicha alegación dado que en éstos únicamente se ponderan antecedentes de modo de darle contexto a la medida incumplida. En particular, el considerando 249 de la resolución sancionatoria sitúa los procesos de ocupación del MH. El considerando 250, se refiere al Anexo C de la DIA, indicando recomendaciones, específicamente, sirve para contextualizar el componente subacuático y los hallazgos no previstos. En dicho considerando prácticamente se replica la ya mencionada obligación contenida en el considerando 4.2.6 de la DIA del proyecto. Finalmente, el considerando 251, cita el Plan ISIMAR, nuevamente, para contextualizar la clasificación de gravedad.

Infracción N°3

56. SICOMAQ indica que para determinar la centralidad de las medidas infringidas, es necesario revisar el análisis del levantamiento arqueológico y analizar si efectivamente las medidas en referencia constituyen un elemento central para la protección del Patrimonio Cultural Sub Acuático (PCS). Agrega, que luego de efectuar la inspección arqueológica, se optó por modificar el *layout* del proyecto para minimizar la intervención sobre PCS y esta sería la principal medida que considera la ejecución del proyecto para proteger los hallazgos arqueológicos detectados en la línea de base, por ende, respecto al resto de medidas, la empresa estima que si bien son relevantes, no son centrales o esenciales para su protección, sino que, serían sólo complementarias. Luego, se refiere en detalle a cada uno de los sub hechos.

57. Respecto al **sub hecho a)**, SICOMAQ sostiene que el **traslado y depositación del rasgo 4** en un nuevo emplazamiento se relaciona a que al momento de su detección este se encontraba depositado en el fondo marino, por lo que no se hallaba necesariamente in situ, es decir, no necesariamente se encontraba en su ubicación original, ese sería el motivo y no los indicados en la Resolución Sancionatoria, en que los motivos serían porque podría generar efectos adversos sobre el PCS.

58. **Respecto al sub hecho b), recuperación selectiva del Componente 3**, tampoco sería central dado que corresponderían a hallazgos aislados que exhiben un bajo potencial científico y arqueológico, por lo que una recuperación selectiva se estableció como medida adecuada.

59. **Respecto al sub hecho d), cubrir con geotextil los restos del Muelle Francés**, la principal medida de protección fue la construcción de las obras de conformidad al *layout* de la evaluación, la medida de cubrimiento sería adicional, acotando un área acotada del hallazgo.

60. **Finalmente, respecto al sub hecho e), documentación exhaustiva de los rasgos 1, 2, 3, 4, 5 y 6**; en cuanto al componente 1, la empresa sostiene que se identificaron los rasgos 1, 2, 4, 5 y 6, la principal medida sería igualmente la modificación del *layout* del proyecto para garantizar la intervención mínima. Es más, se recomendó mantener los hallazgos sumergidos, porque en superficie podrían sufrir un proceso acelerado de corrosión. Respecto al Rasgo N°3, a propósito del Componente 2, se determina que los rieles tienen bajo valor arqueológico, por lo que podrían ser retirados tras su adecuada documentación.

61. En primer lugar, en cuanto a la alegación de la empresa referente a que la modificación del *layout* sería la principal y única medida contemplada como central en la evaluación, Al respecto, cabe indicar, que no existe controversia respecto del *layout* evaluado en sede ambiental toda vez que éste fue presentado al principio del proceso, en la DIA preparada por el titular. Por lo anterior, el análisis de las medidas debe efectuarse sobre la base del proyecto sometido a evaluación ambiental. En efecto, es en base a este proyecto que deben determinarse las medidas de protección que se sostuvieron respecto a los hallazgos, y no sobre un proyecto que se consideró de manera previa a su ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"). Lo anterior, dado que pueden existir diversas alternativas de emplazamiento de un proyecto, lo que no implica que ello sea considerado, en sí mismo, como una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad.

62. Respecto a las alegaciones de SICOMAQ, respecto a cada sub hecho, cabe remitirse a lo indicado en el considerando 265 de la resolución sancionatoria, que precisó que "(...) todos los sub-hechos infraccionales respecto de los que se logró determinar la configuración de la infracción, se relacionan con medidas que, analizadas y ponderadas en su conjunto, detentan un carácter central en la evaluación ambiental de la RCA N° 66/2012, respecto a elementos del Patrimonio Cultural Subacuático identificados durante la evaluación ambiental del proyecto (...)". Así, no corresponde en esta sede valorar en específico cada uno de los hallazgos acuáticos identificados y considerados de relevancia en la evaluación ambiental, de otro modo, no se explica su identificación y protección relativa al Patrimonio Cultural Subacuático; todos éstos son hallazgos previstos, que debían protegerse antes de la intervención de Playa La Argolla, dado que con las obras a generarse en dicho lugar podrían ser afectados.

V. **Alegaciones referidas a las circunstancias del artículo 40 LO-SMA respecto a las infracciones N°1, 2 y 3.**

Infracción N°1

63. **Aplicación letra a) daño causado o peligro ocasionado, circunstancia que se aplicó respecto de los sub-hechos a) y c).**

64. **Respecto a la letra a)** SICOMAQ aduce que no se expresó la importancia o magnitud que tuvo el daño y/o riesgo, y por ende, la forma en que fue ponderada la circunstancia para la determinación de la sanción. Agrega que la afectación en las fundaciones del muro no sería de magnitud significativa y el riesgo era preexistente, y su incremento obedece a causas no imputables a la empresa. No sería relevante porque sólo generó escoriaciones sobre ladrillos que forman parte de las fundaciones del muro y no la pérdida de piezas completas; el sector ya estaba intervenido y afectado de manera previa a las excavaciones; y la afectación, en ningún caso, comprometería el equilibrio estructural del Fuerte. La titular agrega que no generó el riesgo, sino sólo contribuyó a aumentarlo, y recalca que dado que el riesgo es mantener las fundaciones expuestas al agua, la causa de la paralización dispuesta por el CMN retrasó la adopción de medidas, incrementando el riesgo.

65. **Sub hecho c),** SICOMAQ aclara que la zona en que se realizó la excavación para la instalación de los pilotes metálicos de la Pasarela N°1 no se trata de una zona no evaluada ambientalmente. En segundo lugar, expone que la arqueóloga contratada para el monitoreo arqueológico terrestre se encontraba permanentemente en la obra, al igual que durante la realización de excavación sub-acuática la empresa ARKA.

66. **Aplicación letra i) vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.** La empresa argumenta que la SMA estimó que la vulneración es importante respecto de todos los cargos, sólo por el hecho de representar infracciones a una resolución de calificación ambiental, respecto a lo que disiente dado que la RCA es un instrumento que contiene numerosas normas, condiciones o exigencias de diversa importancia, lo que implica afectar con una seriedad distinta el sistema jurídico de protección ambiental.

67. Así, se considera que el Cargo N°1 ha vulnerado el sistema jurídico de protección ambiental de carácter alto, debido a la relevancia de las medidas incumplidas; la generación de una afectación efectiva al MH y; generación de condiciones de riesgo para el mismo. No obstante, tal como se ha indicado, no se ha expresado motivo que permita sostener que las medidas infringidas son relevantes o de especial importancia. De este modo, la SMA no ha justificado de modo alguno esta circunstancia como algo distinto de la calificación de gravedad o circunstancia de importancia del daño o peligro ocasionado.

68. **Respecto a la letra a) en el sub hecho a) de la infracción N°1,** cabe indicar, que todas las alegaciones de la empresa se abordan en los considerandos 298 al 309 de la resolución sancionatoria. Así, se concluyó respecto al riesgo "(...) *es posible sostener que se ha producido una afectación a las fundaciones del Monumento*

Histórico, en el sector de acceso al túnel, en una superficie en planta de 1,5 m², y hasta una profundidad de 1,2 m, consistente en excoriaciones que han implicado fractura y pérdida de partes (lo que es consistente con los restos de ladrillos anaranjados encontrados al momento de la inspección ambiental del CMN), **generando además un riesgo para el patrimonio cultural en atención a la remoción de la capa superficial que cubría las mismas lo que posibilitó el contacto de superficies porosas de la estructura, con el agua que inundó esta zona luego de la excavación realizada**. Con todo, se debe relevar que se encuentra suficientemente acreditado en el procedimiento, que no existe un compromiso estructural del Monumento Histórico, con ocasión de la infracción, en atención a que la zona afectada no recibe una carga vertical directa ni tiene incidencia en la estabilidad del túnel (...)" (énfasis agregado).

69. Respecto a que la paralización del CMN habría retrasado la adopción de medidas incrementando el riesgo, es una alegación que no puede prosperar, dado que en este caso fueron adoptadas por esta SMA medidas provisionales mediante las Resoluciones Exentas N° 998 de fecha 07 de septiembre, y la N° 1348 de fecha 08 de noviembre, ambas del año 2017, tendientes a evitar un daño inminente al medio ambiente, específicamente, medidas de corrección, seguridad y control de la letra a) del artículo 48 de la LOSMA, consistentes en: sacar el agua de mar contenida en la excavación y rellenar con arena para proteger de la humedad; protección con maxisacos de arena de modo de impedir la entrada de la marea a la excavación; y cubrir con geotextil de modo de proteger de la humedad; así como el monitoreo de las mismas. Medidas que fueron efectivamente cumplidas por la empresa según se declaró en la Res. Ex. N° 1012 de, de 15 de julio de 2019.

70. En cuanto al **sub hecho c)** de la infracción N°1, las alegaciones presentadas no serán ponderadas en atención a lo resuelto en los considerandos 30 y 31 de la presente resolución.

71. Respecto a lo sostenido para la ponderación de la **letra i)**, vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, cabe indicar que si bien es cierto que se indicó de manera general que aplicaba respecto de todas las infracciones del caso en el considerando 350, luego, la resolución sancionatoria se refiere a cada una de las infracciones, por lo que no hace una aplicación genérica como pretende sostener la empresa. Cabe agregar, que ello es coherente con la Bases Metodológicas, en que se indica que "(...) Dado que se trata de una circunstancia que se refiere a la importancia de la norma infringida y las características de su incumplimiento, concurre necesariamente en todos los casos en los cuales la infracción es configurada (...)".

72. En el considerando 355 de la resolución sancionatoria, se expuso que la vulneración de carácter medio alto considerada, dice relación con la afectación concreta en el Monumento Histórico, además de las condiciones de riesgo, expuestas en los ya indicados considerandos 298 al 309. Cabe recordar, que la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental es una circunstancia que permite determinar específicamente la sanción aplicable, específicamente relacionado a la seriedad de la infracción. La afectación del muro, en este caso, es de la mas alta seriedad, considerando que toda la evaluación ambiental del proyecto en cuestión perseguía la protección y resguardo del patrimonio cultural. De este modo, se incumplió el fin preventivo de la evaluación ambiental al afectarse el MH.

Infracción N°2

73. La empresa señala, respecto a la **letra a) del artículo 40 LOSMA**, que si bien el riesgo sobre los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 existe, éste de ningún modo puede calificarse de alta entidad dado que la propia resolución sancionatoria reconoció que éste era reversible, y consecuentemente el riesgo sería de baja entidad. Lo mismo indica respecto de los 298 hallazgos de carácter mueble recuperados, se reconoce el riesgo, no obstante, este no puede ser considerado de alta entidad, dado que muchos de dichos hallazgos eran basuras secundarias sin relevancia arqueológica alta, altamente erosionados y baja potencialidad sedimentológica. Adicionalmente, SICOMAQ señala que tomará medidas para inferir su contexto, también estaba estudiando propuestas especializadas de manejo y conservación, sin descartar la existencia de técnicas alternativas para recuperar el contexto que se reputa perdido, por lo que el riesgo concreto no se ha materializado.

74. **Respecto a la aplicación de la letra i) del artículo 40 LOSMA**, la empresa indica que sólo se ha reiterado y ponderado por segunda vez los argumentos de la clasificación de gravedad, incurriendo en infracción del principio *non bis in idem*, y no estaría justificada la consideración como algo diverso a la clasificación, por lo que no debería ser considerada.

75. **Respecto a la aplicación de la letra d),** la empresa sostiene que, tal como se indicó en la resolución sancionatoria no corresponde a un sujeto calificado, no obstante, ello, en el considerando 374 de la misma resolución se indicó que la empresa tenía un alto nivel de comprensión de la obligación ambiental. SICOMAQ agrega que en materia sancionatoria se requiere que existe dolo, en los términos de una voluntad deliberada más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas, lo que implica indagar en la voluntad interna del autor. De esta manera SICOMAQ sostiene que para poder aplicar esta circunstancia, la SMA debió satisfacer el elemento volitivo más allá de toda duda razonable. Ello, porque la empresa contó de manera permanente en sus instalaciones un profesional para efectuar el resguardo de los descubrimientos arqueológicos, además implementó el programa de supervisión arqueológica. Sostiene que nunca tuvo la intención de ocultar los hallazgos arqueológicos a alguna autoridad, dado que se informó de éstos a través de los informes de seguimiento ambiental.

76. Respecto a la **letra a)**, cabe indicar que las alegaciones no difieren de las ya realizadas en el procedimiento sancionatorio, las que han sido ponderadas en los considerandos 319 al 330. Específicamente respecto al riesgo de los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 este se sostiene en base a la opinión del organismo experto CMN al señalar éste "(...) *el sellado de los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3, se habría realizado sin una adecuada metodología para un óptimo levantamiento de información de manera previa, lo que habría ocasionado la pérdida irre recuperable de información contextual del sitio arqueológico y del valor científico que el mismo conlleva (...)*" (énfasis agregado), según se indicó en el considerando 320 de la resolución sancionatoria.

77. En cuanto a la aplicación de la **letra d)**, cabe señalar que la característica de sujeto calificado no es un requisito para la ponderación de la intencionalidad. La característica de sujeto calificado se analiza considerando la experiencia en el giro, el conocimiento de las exigencias en materia de cumplimiento de estándares medioambientales de la legislación, atendiendo a aspectos como la organización sofisticada. Tal como expuso la resolución sancionatoria en el considerando 368, la empresa no tiene dicho carácter, principalmente porque no tiene experiencia acabada en el SEIA, dado que sólo cuenta con la RCA N°66/2012. Lo anterior, no resulta contradictorio con el conocimiento acabado que un infractor pueda tener respecto a una exigencia. Así fue ponderado en los considerandos 367 al 375 de la resolución sancionatoria. SICOMAQ no es un sujeto calificado, no obstante, la prueba indiciaria que consta en el procedimiento sancionatorio permite sostener que actuó con intencionalidad, especialmente el informe ISIMAR, la habilitación y utilización de bodega para almacenar los hallazgos, las acciones voluntarias respecto de los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3; entre otros. Por ende, todo ello, permite sostener el nivel de comprensión que la empresa poseía de dicha obligación ambiental, a pesar de no ser un experto en el SEIA.

78. La aplicación de la circunstancia de la letra d) no requiere como sostiene la empresa de indagar en la voluntad del infractor. Sino que precisamente, la prueba indiciaria, es la que permite llegar a ésta mediante juicios de inferencia, tal como lo indicó el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia del caso Pampa Camarones, considerando quincuagésimo octavo *“(...) uno de los problemas fundamentales que se presenta respecto del dolo, es la dificultad para acreditarlo, debido a que su configuración requiere averiguar determinadas circunstancias de carácter subjetivas. Por esta razón, la Excelentísima Corte Suprema ha explicitado que "el medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son las ciencias empíricas, ni la confesión autoinculpatoria del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados 'juicios de inferencia' (Ragües y Vallés, op. cit., pág. 238) (...).”*

79. Ahora bien, este Superintendente, estima prudente reconsiderar, de oficio, la ponderación de esta circunstancia respecto de aquella analizada en la resolución sancionatoria, atenuándola, en atención a la permanente presentación de planes de seguimiento y reportes ambientales presentados por parte de SICOMAQ respecto al componente arqueológico. Para ello, se tendrá en cuenta lo indicado en los considerandos 116 y 255 de la resolución sancionatoria, ponderando nuevamente la circunstancia de intencionalidad tal como señala el resuelvo I de la presente resolución.

80. Respecto a los argumentos de la aplicación de la **letra i)**, las alegaciones relativas a una eventual vulneración al principio de *non bis in ídem* no pueden prosperar, dado que carece de sentido en atención a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en que no se produce un doble juzgamiento o se aplica una doble sanción. Adicionalmente, para la concurrencia de dicho principio, se requiere, tal como lo ha señalado el Ilustre Primer Tribunal Ambiental en la sentencia de 1° de julio de 2019, que resolvió la causa Rol R-15-2019, en su considerando nonagésimo *“(...) la concurrencia de tres elementos, a saber: i) identidad de sujeto, ii) identidad de hechos e, iii) identidad de fundamentos jurídicos. Así, se ha indicado que la igualdad de sujeto dice relación con la persona natural o jurídica que ha ejecutado el hecho o no realizar una determinada actividad o acción,*

por lo cual se le sanciona; la identidad de hecho se refiere a la configuración de una acción u omisión susceptible de ser encasillada en una descripción legal típica; y la identidad punitiva busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico (...). Considerando que no se está ante dos juzgamientos o sanciones aplicadas en paralelo, es que no corresponde analizar en detalle los requisitos de aplicación del principio.

81. La aplicación de la circunstancia fue ponderada en los considerandos 356 y 357 de la resolución sancionatoria, dando énfasis en la persistencia y extensión de la infracción, lo que permite comprender la seriedad de la infracción.

Infracción N°3

82. **Respecto a la aplicación de la letra a) de la LOSMA, la empresa indica en relación al sub hecho a)** que el Rasgo 4 estaba descontextualizado en forma previa al año 2010, por lo que el riesgo asociado a su desplazamiento o cambio de posición se habría materializado años antes del inicio del proyecto ejecutado por SICOMAQ. Y en caso de aceptar un riesgo, este no es ponderado en la resolución sancionatoria. Respecto al **sub hecho b)**, debido al bajo potencial arqueológico y científico del Componente 3, es que el riesgo no puede ser de alta entidad. Respecto al **sub hecho d)**, la resolución sancionatoria no fundamenta la importancia que sería atribuido para la aplicación de la infracción.

83. **Respecto a la letra i) del artículo 40 de la LOSMA**, a la que se atribuye un carácter medio bajo, SICOMAQ sostiene que solo se reiteran por segunda vez los argumentos para justificar la clasificación de gravedad, incurriendo en una infracción al principio del *non bis in idem*.

84. En cuanto a lo señalado para **la letra a), del sub hecho a)**, cabe indicar que contrario a lo que esgrime la empresa, el riesgo respecto al Rasgo 4 se menciona en el considerando 333 de la resolución sancionatoria, al indicar que *“(...) ha quedado acreditado en este procedimiento que las obras de enrocado de la pasarela 2, se comenzaron a desarrollar con anterioridad al traslado controlado del Rasgo 4, lo que habría generado un desplazamiento y cambio de posición (invertido), con lo que se generó una situación de riesgo para el mismo, en cuanto las actividades de enrocado fueron desarrolladas con maquinaria pesada y depositando rocas con un tamaño que pudieron haber producido algún grado de afectación del mismo (...)”* (énfasis agregado).

85. Lo mismo ocurre respecto al **sub hecho b)**, en que se le pondera en el considerando 336 *“(...) En atención lo anterior, es posible sostener que se ha originado una condición de riesgo al patrimonio cultural por no haberse procedido a la recuperación selectiva, a través de una recolección sistemática del componente, impidiendo desarrollar análisis arqueológicos a su respecto. Sin perjuicio de lo anterior, la propia evaluación ambiental, identificó que dichos elementos detentaban un bajo potencial arqueológico y científico, teniendo en consideración, entre otros aspectos, el estado en que se encontraban: hallazgos aislados de material arqueológico artefactual o restos discretos de estructuras desintegradas, con depositación de carácter superficial y baja densidad. En razón de lo expresado, dicha condición de riesgo, será considerada en relación al presente sub-hecho*

infraccional (...) (énfasis agregado); lo que permite clarificar que dicho riesgo en ningún caso se trató de uno de alta entidad.

86. En la misma línea, respecto al **sub hecho de la letra d)**, el riesgo se ponderó en el considerando 339, “(...) *En razón de lo anterior, se advierte la generación de un riesgo concreto para los restos del Muelle Francés, en cuanto se ejecutaron una serie de obras (excavaciones, instalación de pilotes, etc.) en el sector en que se emplazan los mismos, sin cubrir con geotextil que permitieran la reversibilidad de la afectación. Con todo, no existen antecedentes de una afectación a la materialidad de los restos del Muelle Francés, por lo que se tendrá en consideración respecto a este sub-hecho infraccional, solo la condición de riesgo precedentemente indicada. (...)*” (énfasis agregado); lo anterior, permite concluir que el riesgo tampoco se consideró de alta entidad respecto del sub hecho de la letra d) de la Infracción N°1.

87. Finalmente, respecto a las alegaciones de la aplicación del principio de non bis in ídem respecto a la infracción N°3, cabe remitirse a lo ya indicado en el considerando 80 de la presente resolución.

VI. Alegaciones referidas a su capacidad económica y supuesta transgresión al principio de proporcionalidad, sin considerar la capacidad de pago.

88. La alegación de la empresa se relaciona con la aplicación de la **letra f) del artículo 40 LOSMA**. SICOMAQ sostiene que se vulneró el principio de proporcionalidad al aplicarse sólo el criterio de “tamaño de empresa”, omitiendo la “capacidad de pago”.

89. SICOMAQ sostiene que la capacidad económica del literal f) incluye la capacidad de pago, y esta se define en base a la situación financiera específica del infractor al momento de determinarse la multa.

90. La empresa sostiene que la resolución sancionatoria consideró que no se presentaron antecedentes para analizar la capacidad de pago, a pesar de que la empresa acompañó los estados financieros correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018, los que darían cuenta de una situación financiera que dificultan hacer frente a las sanciones impuestas. Así, las ganancias de los años 2015 al 2017, estas fueron disminuyendo, reduciéndose a \$485.941.966 pesos chilenos; escenario de pérdidas que se ha mantenido el año 2019, según información de Estado de Resultados Acumulado, noviembre de 2019, acompañado junto a la reposición. Asimismo, la deuda de patrimonio aumentó en 78% entre diciembre de 2018 a noviembre de 2019, con el agravante que se trata de deuda de corto plazo, lo que disminuye la liquidez de la empresa. Esto tendría como causa principal la pérdida acumulada del Proyecto. SICOMAQ solicita considerar los resultados de los estados financieros que fueron debidamente acompañados en el procedimiento sancionatorio y los antecedentes financieros presentados en la reposición para la determinación de la capacidad económica de la empresa, disminuyendo con ello el monto de las sanciones aplicadas.

91. Posteriormente, SICOMAQ presentó alegaciones en su escrito de 12 de junio de 2020. En dichas alegaciones presenta aspectos generales sobre la capacidad de pago como elemento para considerar la determinación de sanciones ambientales. Luego expone el contexto financiero actual de la empresa, atendiendo la situación del país. Respecto a este último aspecto, indica que la situación de SICOMAQ se ha visto más agravada en la actualidad tanto por eventos (manifestaciones, cortes de transporte público y vías de tránsito, saqueos, entre otros) además de la pandemia COVID-19. Esto ha impedido el desarrollo de obras en los términos previstos en los contratos, lo que habría modificado las fechas de entrega y pagos asociados. Agrega, que para asegurar la continuidad operacional de la empresa, se ha obligado a finiquitar a 545 personas en el periodo marzo-abril y 92 pactos de suspensión de contratos de trabajo; también, se redujeron en un 30% los sueldos de la empresa superiores a un millón de pesos.

92. SICOMAQ, también presenta antecedentes relativos al Of. Ord. 239/2020 de 27 de marzo de 2020, mediante el cual MOP señaló que el deber de los Inspectores Fiscales de Obras consiste en evitar la paralización de los contratos, si ello no fuese posible entonces, la paralización de las obras sólo podrá ser solicitada por la empresa contratista, la que se encuentra obligada a declarar que renuncia expresamente a la indemnización de perjuicios a la que pudiera tener derecho. Este aspecto resultaría forzoso para la empresa dado que el incumplimiento de los plazos parciales estipulados en el programa oficial de ejecución de obras trae aparejada la imposición de multas o término anticipado de los contratos. De este modo, dicho oficio obligaría a la empresa a solicitar la paralización de las obras asumiendo la totalidad del costo que implica, sin posibilidad de re pactar los contratos para el reajuste del pago por obra, por lo que se le estaría traspasando el soporte de los gastos generales en que se incurra durante el tiempo que se extienda la paralización. Asimismo, la empresa expone las obras que están paralizadas, ubicación de las mismas y los motivos de la paralización.

93. Respecto a la situación financiera, expone que *“(...) como se puede observar en el estado financiero correspondiente al mes de marzo, las pérdidas acumuladas a dicho mes ascienden a \$-184.909.285. Esto implica que se arrastra la desmejorada situación financiera de la empresa desde el año 2019. Ahora bien, si se analiza la situación específica del mes de marzo el estado financiero es aún más crítico, pues, sólo considerando dicho mes las pérdidas acumuladas ascienden a \$-590.197.879 (...)”*. Los sobre costos, impedirían a la empresa obtener un flujo de caja suficiente para responder a corto plazo. Luego, la empresa finaliza acompañando un listado de los créditos cuyos pagos debían efectuarse en el corto plazo.

94. A continuación, serán ponderados los antecedentes presentados por la empresa en el escrito de reposición y posteriores, de modo de abordar la circunstancia asociada a la capacidad de pago. Para lo anterior, se considerará que la multa de la infracción N°1 se redujo de 141 UTA a un total de 113 UTA, y que la multa correspondiente a la infracción N°2, se redujo de 223 a 203 UTA. Las infracciones N°3 y N°4, se mantuvieron en 34 y 5 UTA, respectivamente. De este modo, el total de la sanción aplicable asciende a 355 UTA.

95. En primer lugar, cabe señalar que la capacidad de pago corresponde a una circunstancia ponderada de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor, quién debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación financiera que le dificulta en gran medida, o le imposibilita, hacer frente a la multa⁴. En consecuencia, para la evaluación de la capacidad de pago del infractor por parte de esta Superintendencia y una eventual reducción de la multa por este motivo, no resulta suficiente el solo hecho de contar con información financiera durante el procedimiento sancionatorio. Asimismo, es importante señalar que en la ponderación de una eventual reducción de la multa por motivo de la capacidad de pago del infractor, esta Superintendencia debe considerar no solamente aspectos puramente económicos o financieros, sino también la seriedad de las infracciones y los efectos que estas generaron o pudieron generar, la intencionalidad en la comisión de las infracciones, entre otras circunstancias que concurran en el caso. La deficiente capacidad de pago del infractor no puede ser fundamento para imponer una sanción que no cumpla su fin preventivo, pues la respuesta sancionatoria debe generar un efecto disuasivo, de manera de prevenir futuros incumplimientos ambientales⁵.

96. Para la ponderación de la capacidad de pago de la empresa, según lo solicita en su recurso de reposición, fue necesario contar con información adicional a la acompañada durante el procedimiento sancionatorio y la presentada junto al recurso de reposición. Esta información fue requerida y proporcionada parcialmente por SICOMAQ en respuesta al requerimiento de información pertinente efectuado por la SMA⁶. Posteriormente, la empresa acompañó antecedentes adicionales a través de un escrito presentado en el mes de junio de 2020.

97. En ese contexto, para la ponderación de la capacidad de pago de la empresa, se tuvieron a la vista los antecedentes que se indican a continuación:

- a) Estados Financieros (Estado de Situación Financiera, Estado de Resultados, Estado de Cambios en el Patrimonio, Estado de Flujos de Efectivo y Notas a los Estados Financieros) al 31 de diciembre de los años 2015, 2016, 2017 y 2018.
- b) Balances Tributarios al 31 de diciembre de los años 2016, 2017, 2018, al 30 de noviembre de 2019 y al 31 de marzo de 2020.
- c) Estado de Resultados acumulado al 30 de noviembre de 2019 y al 31 de marzo de 2020.
- d) Estado de Flujo de Efectivo a noviembre de 2019.
- e) Otros antecedentes atinentes al impacto de la contingencia sanitaria en las actividades de la empresa: documentos relativos a contratos y pasivos de la empresa, así como también resoluciones y oficios emitidos por organismos de gobierno en el marco de la pandemia.

⁴ Al respecto, véase “Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, actualización 2017”, páginas 44 y 74. Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/publicaciones/>

⁵ “Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, actualización 2017”, páginas 74 y 75.

⁶ El requerimiento de información realizado solicitó a la empresa la presentación de los Estados Financieros (Estado de Situación, Estado de Resultados, Flujo de Efectivo y Notas a los estados financieros al 31 de diciembre de 2019, o al último mes que se disponga, que no sea previo a septiembre de 2019). La empresa acompañó como respuesta un Balance Tributario, un Estado de Resultados con desagregación de partidas y un Estado de Flujo de Efectivo, todos estos al mes de noviembre de 2019.

98. A partir de la información que se tuvo a la vista, con el objeto de evaluar la capacidad de pago de la multa impuesta, de **355 UTA** - equivalente a **214.584.720⁷**-, se efectuó un análisis de la situación financiera de la empresa principalmente en base a los Estados Financieros correspondientes a los años 2015 a 2018 y, en el caso de los años 2019 y 2020, en base a los Estados de Resultados y los Balances Tributarios, al mes de noviembre en el caso del año 2019 y al mes de marzo en el caso del año 2020. Para el año 2019, dado que la información corresponde al mes de noviembre, para estimar el valor anual de las cifras al 31 de diciembre, se consideraron las partidas del Estado de Resultados con una proyección de tipo lineal⁸. De esta forma es posible efectuar un correcto análisis, así como también evaluar la evolución de las cifras respecto de años anteriores. Para el caso del año 2020 esto no es posible, dada la particular coyuntura económica y la incertidumbre generada por la actual pandemia, lo que hace improcedente efectuar una proyección que asuma que la situación del primer trimestre del año se mantendría en meses futuros.

99. Cabe señalar que la información de los Estados Financieros de los años 2015 a 2018 no resulta directamente comparable con la información proporcionada para los años 2019 y 2020. El Estado de Resultados proporcionado con la información de 2019 y 2020 tiene una extensa desagregación de partidas, a diferencia del Estado de Resultados contenido en los Estados Financieros de años anteriores, ante lo cual, para efectos comparativos y de análisis, se agruparon referencialmente las partidas del Estado de Resultados a noviembre de 2019 de forma similar a las partidas utilizadas en los Estados de Resultados de años anteriores. De igual manera, los Balances Tributarios a noviembre de 2019 y marzo de 2020 contienen una desagregación de las partidas de activos, pasivos y patrimonio, las que fueron agrupadas de forma referencial para efectos de su análisis y comparación con las cifras contenidas en el Estado de Situación proporcionado para años anteriores. En relación a lo anterior, cabe señalar que en el escrito presentado en el mes de junio de 2020, la empresa tuvo la oportunidad de haber entregado los Estados Financieros al 31 de diciembre del año 2019 para efectos de completar los antecedentes faltantes de dicho año y así proporcionar información suficiente y comparable con años anteriores, cuestión que no hizo.

100. En base a la información disponible se realizó, en primer lugar, un análisis en base al método de ratios financieros⁹, el cual permite obtener una visión respecto de la liquidez y la solvencia de la empresa, dos aspectos determinantes en la capacidad de pago.

101. Se observa que la empresa presenta indicadores de liquidez bastante positivos en los años 2017 y 2018, con una reducción de su indicador en el año 2019. El ratio razón circulante -activos circulantes sobre pasivos circulantes- al 31 de diciembre de los años 2017 y 2018 es de 2,09 y 2,38 respectivamente, lo que indica que

⁷ Al valor de la UTA del mes de octubre de 2020, de \$604.464.

⁸ A diferencia de las cifras de activos, pasivos y patrimonio, que dan cuenta de sus montos en una fecha puntual determinada, las cifras del Estado de Resultados se expresan en forma acumulativa durante un periodo de tiempo.

⁹ El análisis en base a ratios financieros es una de las bases que sustenta el modelo utilizado por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos para la evaluación de la capacidad de pago una multa impuesta por la agencia, denominado modelo ABEL. Véase Reitze, Arnold. Environmental Law Institute Washington, D.C. 2005. "Stationary Source Air Pollution Law", pág 279. Véase también US-EPA. 2003. "Abel User's Manual", pág. 5, Capítulo 4. Disponible en <http://seneca-economics.com/ABEL%20USER'S%20MANUAL.pdf>. [Última consulta: 09 de octubre de 2020].

la empresa contaba con activos liquidables en el corto plazo que superaban con creces el monto necesario para cubrir sus obligaciones de corto plazo con terceros. Al 30 de noviembre del año 2019, si bien se observa una disminución en el ratio de liquidez -con un ratio razón circulante estimado de 1,02- se observa que a esa fecha la empresa igualmente contaba con activos de corto plazo suficientes para cubrir sus obligaciones de corto plazo. A marzo del año 2020 se observa una mejora del indicador de liquidez, con un ratio razón circulante estimado de 1,49, por lo que no existen indicios de falta de liquidez a dicha fecha.

102. Respecto del nivel de endeudamiento de la empresa, a partir de los indicadores de solvencia se observa un nivel de endeudamiento moderado en los últimos tres años, con un aumento en las obligaciones con terceros respecto de su patrimonio el año 2019, en relación a los años anteriores. El ratio deuda sobre patrimonio al 31 de diciembre de 2017 fue de 0,56 y el ratio de deuda sobre activos fue de 0,36, dando cuenta de un moderado nivel de apalancamiento de la empresa para la financiación de sus activos. Al 31 de diciembre de 2018 estos indicadores disminuyen, con un ratio de deuda sobre patrimonio de 0,38 y de deuda sobre activos de 0,28, dando cuenta de un nivel de endeudamiento menor al año anterior. Al mes de noviembre del año 2019, de acuerdo a lo señalado por la empresa en su escrito de reposición, el ratio de deuda sobre patrimonio aumenta un 78%, llegando a 0,67. Sin embargo, este indica aún un nivel moderado de apalancamiento para el financiamiento de los activos, el cual además no es particularmente elevado para la industria en que se inserta¹⁰. Situación similar se observa al 31 de marzo de 2020, con un ratio de deuda sobre patrimonio estimado de 0,78.

103. A partir de la información contenida en los Estados de Resultados del periodo 2015 a 2019, la cual permite observar el desempeño operativo de la empresa, se advierte que esta presenta resultados operacionales positivos¹¹ durante todo el periodo, con una importante reducción en el año 2018 respecto del año anterior, la cual se habría producido por una reducción de un 15% en los ingresos operacionales en dicho año. En el año 2019, en cambio, se observa un repunte importante, por motivo de un aumento en un 30% de los ingresos de operación respecto del año anterior¹², alcanzando un resultado operacional que supera ampliamente los obtenidos en los años precedentes, con monto proyectado anual por sobre los \$8.500.000.000¹³, que representa un 20% de los ingresos por venta proyectados en el año 2019. En cambio, a partir de la información contenida en el

¹⁰ Los ratios observados en empresas del mismo rubro que reportaron a la Comisión para el Mercado Financiero en 2018, están en el rango de 1,4 a 3,3 para el ratio deuda sobre patrimonio, y entre 0,6 y 0,8 para el ratio deuda sobre activos.

¹¹ No considera la depreciación del activo fijo por no tratarse de un gasto desembolsable, sino que una representación contable que incorpora el menor valor del activo fijo para fines tributarios. En base a la observación de las partidas de los Estados de Resultados contenidos en los Estados Financieros de los años 2015 a 2018, las partidas del Estado de Resultados a noviembre de 2019 y lo contenido en las notas N°12 a los Estados Financieros de los años 2017 y 2018 y la nota N°11 a los Estados Financieros del año 2016, se infiere que los resultados operacionales obtenidos a partir de los Estados financieros de los años 2015 a 2018 contienen la depreciación del activo fijo. Por este motivo, a los resultados operacionales de cada año (diferencia entre los ingresos de actividades ordinarias y los costos de ventas más gastos de administración), se le adicionó el monto de la depreciación del ejercicio en cada año. En base a lo anterior se observan resultados operacionales de \$2.953.431.398, \$3.243.689.066 y \$266.617.336 para los años 2016, 2017 y 2018 respectivamente.

¹² Considera monto de ingresos de operación proyectados a diciembre de 2019, a partir del monto observado hasta noviembre de \$39.712.414.861.

¹³ Estimado en base a resultado operacional al 30 de noviembre de 2019, de \$7.809.341.999 sin considerar la depreciación del activo fijo.

Estado de Resultados a marzo de 2020, se advierte un resultado operacional negativo de \$710.043.072 al día 31 de dicho mes.

104. En este contexto, es posible evaluar los argumentos de la empresa respecto a los resultados de pérdidas que esta habría presentado los últimos años. En relación a las pérdidas obtenidas como resultados del ejercicio en los años 2018 y 2019, por \$485.941.966 y \$334.245.815 respectivamente, cabe señalar que estos resultados consideran partidas que no corresponden a ingresos y costos propios de la operación, e incluso partidas que únicamente corresponden a representaciones contables no constituyentes de costos desembolsables, como la depreciación del activo fijo y las diferencias de cambio. Consideran también ingresos o gastos que no tienen relación con el giro de SICOMAQ, ingresos y costos financieros y, en el caso del año 2018, la partida de gastos por impuesto a las ganancias, la cual no corresponde necesariamente al monto de impuestos finalmente desembolsado por la empresa¹⁴. Incorporando conservadoramente la consideración de los costos financieros al resultado operacional, los cuales pudieran constituir costos en que efectivamente la empresa debe incurrir en cumplimiento de compromisos adquiridos en relación con la operación en su giro de actividad, se evidencian de igual forma resultados positivos¹⁵.

105. En el año 2020 sin embargo, al mes de marzo se aprecia una pérdida a nivel de resultado operacional, que en vista de los antecedentes proporcionados por la empresa en relación a la paralización de obras por motivo de la pandemia, es posible que se mantenga en meses posteriores. Sin embargo, como la misma SICOMAQ indica en su escrito, *“el impacto de las paralizaciones no se puede proyectar, dado lo dinámico de las restricciones y su duración”*, lo cual hace inviable efectuar cualquier tipo de proyección fidedigna de los resultados operacionales de la empresa al tercer o cuarto trimestre de este año.

106. Adicionalmente, para evaluar la capacidad de pago de la multa, es relevante observar la magnitud de aquellos activos liquidables en el corto plazo con que cuenta la empresa, los cuales pueden considerarse como susceptibles de ser destinados al pago de esta obligación. De acuerdo a la información contenida en el Balance Tributario a noviembre de 2019, las partidas equiparables a efectivo y equivalentes al efectivo, listadas bajo la glosa denominada como activo circulante disponible -que corresponden a los activos más rápidamente liquidables-, totalizan un monto de \$1.186.636.410¹⁶. Otras partidas del Balance Tributario que pueden clasificarse como activos de corto plazo, ascienden a un total de \$18.959.557.270¹⁷. Efectuando el mismo ejercicio en base al Balance Tributario al 31 de marzo del año 2020, se observa que las partidas equiparables a efectivo y equivalentes al efectivo alcanzan un total de \$1.421.819.202¹⁸. Respecto de las demás partidas del Balance

¹⁴ El cual se determina a partir del respectivo cálculo de la Renta Líquida Imponible.

¹⁵ Resultado operacional menos costos financieros resulta en \$99.051.574 en 2018 y \$8.374.892.066 como el valor proyectado al 31 de diciembre de 2019.

¹⁶ Corresponde a la suma de los montos de partidas como activo circulante disponible, denominadas como caja, bancos e inversiones de corto plazo.

¹⁷ Corresponde a la suma de los montos de partidas clasificadas como activos realizables y activos realizables existencias.

¹⁸ Corresponde a la suma de los montos de partidas clasificadas como activo circulante disponible, denominadas como caja, bancos e inversiones de corto plazo.

Tributario que pueden clasificarse como activos de corto plazo, estas ascienden a un total de \$17.090.158.035¹⁹.

107. En base a lo anterior, se observa que el monto de la multa impuesta por la SMA, de 355 UTA –equivalente a 214.584.720²⁰–, es significativamente menor al monto de los activos correspondientes a efectivo y equivalente al efectivo disponibles por la empresa al 31 de marzo de 2020, correspondiendo a un 15% de este monto. Si adicionamos el monto asociado al resto de los activos de corto plazo identificados, se tiene que la multa impuesta corresponde a tan sólo un 1% de estos. Se observa además que, al adicionar el monto de la multa a los pasivos de corto plazo, estos se incrementan sólo un 1,7%, con similar impacto a la baja en el indicador de liquidez razón circulante, que varía de 1,49 a 1,47.

108. A partir de estas cifras, es posible concluir que al 31 de marzo de 2020, SICOMAQ contaba con recursos liquidables en el corto plazo para cubrir la multa, sin que esto pudiese resultar en un detrimento significativo de su liquidez.

109. Respecto de la situación posterior al mes de marzo de 2020, partir de los antecedentes acompañados, se evidencia que las restricciones impuestas por la autoridad sanitaria durante la pandemia han tenido un impacto negativo en la situación financiera de la empresa, impidiéndole el desarrollo de obras en los términos previstos en los contratos. Sin embargo, como se señaló anteriormente, con la información disponible no es posible cuantificar la magnitud del impacto ni su alcance temporal. En particular, no existen antecedentes concretos que permitan adoptar un razonamiento contrario a la conclusión a la que se arribó anteriormente respecto de la capacidad de la empresa de pagar la multa, considerando la magnitud de esta en relación a sus activos y pasivos circulantes al 31 de marzo de 2020, así como su bajo impacto relativo en el indicador de liquidez.

110. A partir del análisis anteriormente expuesto no se colige que SICOMAQ se haya encontrado al mes de marzo de 2020 en una situación crítica de dificultades financieras, ni que la obligación de pago de una multa de multa de **355 UTA**, considerada como una obligación adicional con terceros a pagar en el corto plazo, pudiese comprometer de alguna manera su liquidez, solvencia y viabilidad futuras.

111. Se infiere asimismo que la empresa contaba al mes de marzo de 2020 con la capacidad de pago suficiente para hacer frente a la totalidad de la multa sin la necesidad de recurrir a financiamiento externo para solventarla, al contar con recursos liquidables en el corto plazo que sobrepasan con creces el monto de la multa, sin riesgo de conllevar una situación crítica de déficit de liquidez.

112. En relación a la situación de SICOMAQ en meses posteriores al mes de marzo, los antecedentes acompañados no permiten efectuar una estimación precisa y cuantificable del impacto de las restricciones impuestas por la autoridad en el marco de la contingencia sanitaria en su situación financiera, tanto a nivel de resultados, como

¹⁹ Corresponde a la suma de los montos de partidas clasificadas como activos realizables y activos realizables existencias.

²⁰ Al valor de la UTA del mes de octubre de 2020, de \$604.464.

de activos y pasivos circulantes. Por lo tanto, no es factible sustentar de forma fehaciente que su situación actual le imposibilite el pago de la multa impuesta por esta SMA, o que el pago de una multa de 355 UTA la pueda llevar a una situación crítica de déficit de liquidez que comprometiera la continuidad operacional de la empresa, o a una situación de insolvencia.

113. Lo anterior, más aún, considerando que el recurso de reposición se ha acogido de manera parcial; y adicionalmente, que existe un beneficio de reducción de 25% de la multa impuesta en caso de ser pagada dentro de los 5 primeros días desde la notificación de la presente resolución, para aquellos infractores que no interpongan reclamo de ilegalidad, según el inciso final del artículo 56 de la LOSMA.

VII. Ponderación de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia de COVID-19

114. Por otra parte, como es de público conocimiento, el país se encuentra atravesando una crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus (COVID-19). Al respecto, el Ministerio de Salud decretó alerta sanitaria por emergencia de salud pública de importancia internacional, mediante D.S. N° 4, de 5 de enero de 2020. Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote de COVID-19 como una pandemia global. Luego, el 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, mediante el D.S. N° 104, de 18 de marzo de 2020, modificado luego por el D.S. N° 106 de 19 de marzo del mismo año.

115. Es un hecho público y notorio que el manejo sanitario de la pandemia de COVID-19 ha generado restricciones a los derechos de las personas. Estas restricciones significan, en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según el tamaño económico o giro de los mismos.

116. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme al artículo 40, letra i) de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará "(...) todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción (...)". La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción aplicable al caso concreto.

117. Al respecto, para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, se tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de

Comercio, Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020, conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño, respecto de su funcionamiento bajo condiciones normales. En base a una proyección de la capacidad de funcionamiento promedio por tamaño de empresa para el periodo abril-diciembre 2020, se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan o no en una disminución de la sanción a aplicar.

118. En virtud de todo lo anteriormente expuesto, estese a lo que se resolverá por este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: ACOGER parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Cecilia Urbina Benavides, representante de Sociedad Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA, con fecha 13 de diciembre de 2019, en contra de la Res. Ex. N° 1605, de 18 de noviembre de 2019, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-067-2017, rebajándose la infracción N°1 por la absolución del sub hecho c) a un monto de 113 UTA; y rebajándose la intencionalidad de la infracción N°2, que la deja en definitiva en un monto de 203 UTA; aspectos que concurren en una rebaja de la sanción total aplicada por la Res. Ex. N° 1605/2019, **siendo esta reducida a un total de trescientos cincuenta y cinco Unidades Tributarias Anuales (355 UTA).**

SEGUNDO: ACOGER la solicitud de reserva de información solicitada en el Capítulo V del escrito de 13 de diciembre de 2019, así como de los antecedentes acompañados en los escritos de 6 de febrero y 12 de junio de 2020. Adicionalmente, se accede a la solicitud de reserva de los estados financieros del escrito presentado el 16 de octubre de 2019, no siendo publicados los antecedentes del número 7 de dicho anexo.

TERCERO: TÉNGASE PRESENTE los documentos acompañados en el primer otrosí del escrito de fechas, 13 de diciembre de 2019, 6 de febrero y 12 de junio de 2020.

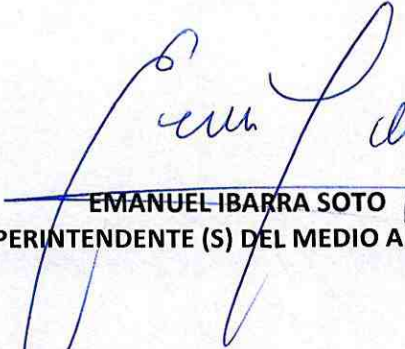
CUARTO: Recursos proceden en contra de la Res. Ex. N° 2198/2020. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, en contra de la Res. Ex. N° 2198/2020 procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del remanente del plazo de quince días hábiles, el cual fuera suspendido con ocasión de la presentación del recurso de reposición aludido, según lo establecido en los artículos 55 y 56 de la LOSMA.

²¹ Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf> [fecha última visita: 21 de mayo de 2020].

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, se le reducirá un 25% del valor de la multa. Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República. Para mayores detalles puede visitar el siguiente link: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>.

SEXTO: Notifíquese por carta certificada la presente resolución, de conformidad al inciso tercero del artículo 46 de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

ARCHÍVESE. ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y


EMANUEL IBARRA SOTO
SUPERINTENDENTE (S) DEL MEDIO AMBIENTE



PTB/CSS

Notifíquese por carta certificada:

- Cecilia Urbina Benavides. Calle Badajoz N° 45, piso N° 8, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional de Los Ríos, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Equipo Sancionatorios

Rol D-067-2017

Expediente ceropapel N°: 31.183/2019