

PROCEDIMIENTO : Reclamación
MATERIA : Reclamación Art. 17 N° 3 Ley 20.600, en relación con Art. 56 de la LOSMA.
RECLAMANTE : Nova Austral S.A.
RUT : 96.892.540-7
REPRESENTANTE : Andrés Cuevas Cárdenas
RUT : 15.379.973-9
PATROCINANTE Y APODERADO : Aldo Molinari Valdés
RUT : 10.820.420-6
APODERADO : Manuel José Barros Lecaros
RUT : 16.097.038-3
APODERADO : Julio Recordon Hartung
RUT : 15.830.702-2
RECLAMADO : Superintendencia del Medio Ambiente
RUT : 61.979.950-K
REPRESENTANTE : Cristóbal de la Maza Guzmán
RUT : 13.765.976-K

EN LO PRINCIPAL: Deduce reclamación del Art. 17 N° 3 de la Ley 20.600 en contra de resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita forma de notificación que indica; **TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

ILUSTRE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Andrés Cuevas Cárdenas, abogado, en representación convencional, según se acreditará, de **NOVA AUSTRAL S.A.** (“Nova Austral”), Rol Único Tributario N° 96.892.540-7, ambos con domicilio para estos efectos en Hernando de Magallanes 0990, comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y la Antártica Chilena, al Ilustre Tercer Tribunal Ambiental respetuosamente digo:

Dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”), y del número 3 de los Arts. 17 y 18 de la Ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales (“LTA”), deduzco reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N° 1968 de fecha 6 de septiembre de 2021 (“Res. 1968/2021”) y notificada a esta parte con esa misma fecha, la que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio

Rol N° D-100-2019 (el “Procedimiento Administrativo Sancionatorio”), dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), la que se encuentra debidamente representada por su Superintendente, don Cristóbal de la Maza Guzmán, ingeniero civil, ambos domiciliados en calle Teatinos 280, pisos 8 y 9, comuna de Santiago, Región Metropolitana.

Solicitamos a este Ilustre Tribunal Ambiental se sirva tener por presentada la reclamación y, en su mérito y conforme a lo dispuesto por el Art. 30 de la LTA acogerla, ordenando que la Res. 1968/2021 sea dejada sin efecto, ya sea en todo o en parte, por tratarse de una resolución que ha sido pronunciada en contravención a la legislación vigente y que causa un serio perjuicio a mi representada.

En efecto, como SS Ilustre podrá comprobar, mediante la Res. 1968/2021 la SMA impuso a mi representada cinco multas por un total de 1.941,2 Unidades Tributarias Anuales (“UTA”). La Res. 1968/2021, que impone esta cuantiosa multa, se dicta luego de más de dos años de iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, lo que implica que se trata de un acto ilegal por cuanto se verificó un decaimiento del Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

Por otra parte, la SMA realiza un cálculo de multas abiertamente ilegal, ignorando sus propias Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales y sin explicar el raciocinio que le permitió fijar el valor de las multas.

Finalmente, mediante la Res. 1968/2021 se atribuye a mi representada la responsabilidad de cumplir con obligaciones que no se encuentran establecidas ni en la normativa aplicable ni en los permisos ambientales que autorizan la actividad de Nova Austral. Todo ello, como se explicará a continuación, constituye una grave infracción de los principios de imparcialidad y juridicidad y de las disposiciones legales que los regulan y contienen.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

1.1. La presente reclamación cumple con todos los requisitos legales de admisibilidad.

Como este Ilustre Tribunal podrá comprobar, la presente reclamación cumple con todos los requisitos legales de admisibilidad. En efecto, la misma ha sido deducida de acuerdo con lo establecido en el Art. 56 de la LOSMA, atendidas las ilegalidades manifiestas de que adolece la Res. 1968/2021 que por este acto se recurre, y es de competencia de este Ilustre Tribunal conforme con lo dispuesto en el Art. 17 N° 3 de la LTA en relación con el Art. 5 de la LTA letra c, toda vez que las infracciones que dieron lugar a la formulación de cargos, contenida en la

Resolución Exenta N° 1/Rol D-100-2019 (la “Formulación de Cargos”), fueron originadas en el área de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Por su parte y tal como consta de los antecedentes del Procedimiento Administrativo Sancionatorio, la Res. 1968/2021 fue notificada a esta parte con fecha 6 de septiembre de 2021, por lo tanto, la reclamación ha sido interpuesta dentro de plazo.

Finalmente, y de acuerdo con el Art. 18 N° 3 de la LTA, mi representada es directamente afectada por la Res. 1968/2021 por cuanto ésta le impuso multas por un total de 1.941,2 UTA, siendo manifiesta su legitimación activa.

1.2. Antecedentes de la presente reclamación.

1.2.A. Antecedentes del proyecto.

El centro de engorda de salmónidos Aracena 19 (el “CES” o el “Proyecto”) de titularidad de Nova Austral fue calificado ambientalmente de manera favorable como parte del proyecto “Centro de cultivo Isla Capitán Aracena-Seno Lyell N° PERT: 207121024”, mediante la Resolución Exenta N° 76 de fecha 28 de diciembre de 2010 de la Comisión de Evaluación de la XII Región de Magallanes y la Antártica Chilena (“RCA 76/2010”).

El Proyecto aprobado mediante la RCA 76/2010 consiste en la instalación de un centro de engorda de salmónidos ubicado en el Seno Lyell, Isla Capitán Aracena, comuna de Punta Arenas.

1.2.B. Formulación de Cargos.

Con fecha 16 de marzo de 2017, la SMA recibió un informe de denuncia del Director Regional de Pesca y Acuicultura de la Región de Magallanes y Antártica Chilena (“SERNAPESCA”), generado luego de una inspección ambiental al CES realizada con fecha 8 de febrero de 2017.

Posteriormente, con fecha 28 de agosto de 2017, la SMA realizó una actividad de inspección ambiental al Proyecto (la “Fiscalización de la SMA”), en donde se requirió a Nova Austral la remisión de determinados antecedentes y se constataron ciertos hechos.

En base a lo anterior, mediante la Formulación de Cargos, la SMA formuló cinco cargos a Nova Austral (conjuntamente, los “Cargos”):

- *“Inadecuado manejo de las mortalidades generadas en el CES en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018, manifestada en las discrepancias numéricas existentes entre la mortalidad extraída desde las jaulas del CES Aracena 19 y las sometidas al sistema de ensilaje.” (el “Cargo N° 1”)*
- *“Inadecuado manejo de residuos sólidos, lo que se expresa en: 1. El acopio de basura asimilable a domiciliaria se acumulan en maxisacos de transporte de alimento de salmones. 2. Maxisacos de transporte de alimento de salmones se mantiene en el CES luego de su uso. 3. Acopio de materiales en desuso (escombros) en plataforma, la cual no se fue evaluada ni autorizada ambientalmente.; 4. Acopio de balsas dadas de baja desde otros CES, lo cual no fue evaluado ni autorizado ambientalmente.” (el “Cargo N° 2”)*
- *“Pretil de plataforma de ensilaje presenta una abertura a nivel de base de 15x7 centímetros.” (el “Cargo N° 3”)*
- *“Incumplimiento de medidas preventivas (realización de actividades y contar con determinados equipos establecidos en los Planes de Contingencia, consistentes en: 1. No disponer en el CES del equipo necesario para la implementación del Plan de Contingencias de Floraciones Algales Nocivas (FAN). 2. No disponer en el CES de redes de enmalle necesarias para la implementación del Plan de Contingencia para escape masivo de peces. 3. No realizar verificación semestral del estado de los módulos del CES Aracena 19. 4. No contar con certificados anuales sobre las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y de fondeos, del CES Aracena 19.” (el “Cargo N° 4”)*
- *“El titular no remitió copia digitalizada de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente al ciclo productivo 2016-2018.” (el “Cargo N° 5”)*

En la Formulación de Cargos se calificaron las supuestas infracciones del Cargo N° 1, del Cargo N° 2, del Cargo N° 3 y del Cargo N° 4 como leves, en atención a lo dispuesto en el numeral 3 del Art. 36 de la LOSMA; mientras que la supuesta infracción del Cargo N° 5 fue calificada como gravísima, por estimarse que concurrían en el caso las circunstancias descritas en los literales d) y e) del Art. 36 N° 1 de la indicada ley.

1.2.C. Presentación por parte de Nova Austral del Programa de cumplimiento y posterior rechazo del mismo por parte de la SMA.

Dado que se cumplían todos los requisitos para que Nova Austral pudiera ejercer su derecho legal de presentar un programa de cumplimiento (el “PDC”), con fecha 30 de agosto de 2019 se sostuvo una primera reunión de asistencia al cumplimiento, entre la SMA y Nova Austral, para abordar los lineamientos del PDC.

Con fecha 10 de septiembre de 2019, Nova Austral presentó a la SMA la primera versión del PDC, tras lo cual la SMA realizó una serie de observaciones a esta primera versión del PDC, lo que fue notificado a la Compañía el 25 de noviembre de 2019.

Luego de una segunda reunión de asistencia al cumplimiento, sostenida con fecha 4 de diciembre de 2019, Nova Austral presentó a la SMA, con fecha 6 de diciembre de 2019, una segunda versión del PDC, en que se incorporaron las observaciones realizadas por la SMA y las indicaciones abordadas en la segunda reunión de asistencia al cumplimiento.

Con fecha 28 de enero de 2020, Nova Austral fue notificada de las observaciones efectuadas por la SMA a la segunda versión del PDC, luego de lo cual se sostuvo una tercera reunión de asistencia al cumplimiento y, con fecha 18 de febrero de 2020, Nova Austral presentó una tercera versión del PDC, en la que se incorporaron las observaciones realizadas por la SMA y las indicaciones abordadas en la tercera reunión de asistencia al cumplimiento.

Mediante Resolución Exenta N° 7/ Rol D-100-2019 de fecha 20 de mayo de 2020 (la “Res. 7/2020”), notificada a esta parte mediante correo electrónico de fecha 8 de junio de 2020, la SMA rechazó el PDC. Nova Austral interpuso un recurso de reposición y, en subsidio, un recurso jerárquico, en contra de la Res. 7/2020 fundados en que esta decisión:

- (i) Infringió los principios y objetivos que rigen a los instrumentos de incentivo al cumplimiento y mezcló los análisis de integridad, eficacia y verificabilidad, lo condujo a la confusión de la fundamentación respecto de éstos.
- (ii) Estableció requisitos al PDC que se encuentran al margen de la legalidad, particularmente, exigiendo análisis de los potenciales riesgos e hipótesis posibles ante los efectos de las supuestas infracciones, lo que excede lo establecido en la normativa vigente, y sin ponderar debidamente un completo análisis técnico, preparado por especialistas y acompañado al PDC, sobre los efectos negativos que se pudieron o no generar, lo que es lo realmente establecido en la normativa aplicable.
- (iii) Desconoció sus actos propios y vulneró el principio de buena fe y de la confianza legítima, al objetar plazos de ejecución de acciones que el PDC incorporó precisamente porque la propia SMA, en resolución anterior, así lo sugirió.
- (iv) Argumentó que la pronta terminación del ciclo productivo del CES impediría la ejecución de las acciones del PDC, siendo que: (a) Nova Austral presentó el PDC cuando era perfectamente posible y razonable ejecutarlo completa y satisfactoriamente dentro del ciclo productivo en desarrollo; (b) prácticamente los

últimos cuatro de meses la SMA los ocupó para resolver la última versión del PDC presentado por Nova Austral; (c) de las 19 acciones que conforman el PDC, ocho se encuentran ejecutadas, ocho se encuentran en ejecución y sólo en tres casos no se ha iniciado su ejecución, y respecto de las acciones pendientes Nova Austral propuso que, de ser necesario, fueran ejecutadas en otros centros de producción de Nova Austral; y (d) el término del ciclo productivo corresponde a un hecho involuntario de Nova Austral, que no le puede ser imputable y que es, por lo demás, exigido por la legislación y regulación sectorial.

- (v) Exigió que ciertos medios de verificación se hubieran constatado en el propio PDC, sin dar mayor razón de ello, a pesar de tratarse de una cuestión esencialmente discrecional y de resultar perfectamente posible –y lo más recurrente– evaluar la verificación de las acciones mediante los reportes de cumplimiento comprometidos en el PDC, los que se presentarían durante la ejecución del mismo (por lo que es en ese momento cuando podrían ser objetados), y no antes de que éste se apruebe.
- (vi) Desconoció que Nova Austral durante todo el presente procedimiento sancionatorio ha actuado conforme a los principios de buena fe y colaboración.
- (vii) Adolece de manifiesta ilegalidad y arbitrariedad, privando a Nova Austral de su legítimo derecho de ser beneficiaria de un programa de cumplimiento y dejándole en la indefensión.

1.2.D. Descargos presentados por Nova Austral.

Con fecha 17 de junio de 2020 y dado el rechazo del PDC, Nova Austral presentó oportunamente sus descargos en contra de la Formulación de Cargos (los “Descargos”), en los que explicó que los Cargos responden a hechos de menor entidad y que en todos ellos se pudo acreditar, primero, que no produjeron daño ambiental ni pudieron afectar la salud de persona alguna y, segundo, que Nova Austral adoptó una serie de medidas específicas dirigidas a evitar que cada uno de ellos, de manera particular, vuelva a ocurrir.

Respecto al Cargo N° 1, en los Descargos se explicó, por una parte, que existen diferencias en las mortalidades que son resaltadas por la SMA como una “inconsistencia” sin serlo. En efecto, se señaló, entre otras, que la SMA comparaba el peso estimado de los peces muertos registrado en las bitácoras de ensilaje con el peso que ese mismo número de peces sume considerando el peso promedio de los peces vivos. Naturalmente, los peces que sobreviven tienen mayor peso promedio que aquellos, más débiles, que mueren.

También se indicó que las discrepancias numéricas relativas a mortalidad no habían redundado en un manejo inadecuado de ésta, por cuanto la totalidad de la mortalidad extraída de las jaulas había sido ensilada y retirada del centro.

En cuanto al Cargo N° 2, en los Descargos se explicó que se trataba de situaciones puntuales en las que, por un periodo acotado de tiempo, ciertos residuos asimilables a domiciliarios, algunos escombros, ciertos materiales en desuso y balsas dadas de baja, se encontraron fuera del lugar en que debían estar y fueron rápidamente removidos a un sitio autorizado. Adicionalmente, se explicó que se trataba de una cantidad menor de residuos sólidos, en relación con lo autorizado ambientalmente para el CES y que no representa riesgo alguno al medio ambiente y/o a la salud de las personas.

En relación con el Cargo N° 3, en los Descargos se señaló que el pretil en cuestión se encontraba en perfecto estado, debidamente autorizado y que había sufrido una abertura que fue rápidamente reparada y que esta abertura no pudo impactar al medio ambiente por cuanto difícilmente pudo ocasionar el vertimiento o filtración de amasil al mar (dado el estanque de IBC en que éste se almacena), pero, en el improbable caso de que ello hubiere ocurrido, el amasil se habría diluido rápidamente sin generar impacto. Todo lo anterior se constató técnicamente. Además, se indicó que la plataforma que contenía el pretil había sido completamente reemplazada por una nueva.

En cuanto al Cargo N° 4, en los Descargos se señaló que si bien efectivamente faltaban ciertos equipos para implementar algunos de los planes de contingencia, en el CES sí se disponía de otros equipos que hubiesen permitido hacerse cargo de potenciales contingencias en caso de haber ocurrido. Con todo, de acuerdo con el análisis técnico que se acompañó, se indicó también que la falta de los referidos equipos no pudo generar algún impacto ambiental y/o a la salud de las personas. Además, se acreditó que la presunta falta de ciertas revisiones de los módulos no es tal puesto que éstas sí habían sido realizadas.

Finalmente, el Cargo N° 5 se refiere al presunto incumplimiento del requerimiento de información efectuado por la SMA a Nova Austral mediante la Resolución Exenta D.S.C. N° 1132 (el “Requerimiento de Agosto de 2019”). En este caso, la no remisión de la bitácora de mortalidades sometidas a ensilaje en el centro durante el ciclo productivo 2016–2018 (la “Bitácora 2016–2018”), habiendo sido ésta requerida por la SMA, constituiría una infracción de carácter gravísima por dirigirse a ocultar antecedentes con el fin de encubrir una infracción gravísima y habría impedido deliberadamente la fiscalización de la SMA, encubierto una infracción y evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA.

Según mi representada explicó en los Descargos, la no remisión de la Bitácora 2016–2018 no constituye una infracción. Primero, porque Nova Austral no disponía de ésta cuando le fue requerida (y así se lo informó a la SMA, junto con remitirle el resto de los antecedentes que le fueron solicitados en el Requerimiento de Agosto de 2019). Por lo tanto, se encontraba en una imposibilidad material de cumplir con algunos de los antecedentes solicitados en el Requerimiento de Agosto de 2019. Y, segundo, porque Nova Austral no tenía –ni tiene– obligación alguna de conservar la Bitácora 2016–2018. En efecto, no hay norma legal ni reglamentaria alguna que imponga la obligación de conservar la bitácora una vez terminado el ciclo; la RCA 76/2010 tampoco establece una obligación al respecto. Debe considerarse que el ciclo productivo asociado a la Bitácora 2016–2018 había terminado hace más de un año cuando ésta le fue requerida. Si Nova Austral hubiere tenido la Bitácora 2016–2018, la habría entregado, pero si no la tenía consigo, no pudo hacerlo. Recuérdese: Nova Austral no tenía obligación alguna de tener esa bitácora en la fecha en que le fue solicitada.

En cuanto a la calificación de gravedad, al haberse constatado que no existía infracción, mi representada explicó que no resultaba oficiosa la discusión ni procedente la aplicación de las circunstancias calificantes del Artículo 36 N° 1 de la LOSMA. Con todo, Nova Austral explicó que la SMA no acreditó las razones por las que calificó de gravísima esta infracción.

1.2.E. La Res. 1968/2021.

La Res. 1968/2021 corresponde al acto administrativo mediante el cual la SMA puso término al Procedimiento Administrativo Sancionatorio, luego de más de dos años de iniciado. La decisión contenida en la Res. 1968/2020 se refiere a la imposición de sanciones respecto de cada uno de los Cargos y la confirmación de la calificación de gravedad prevista en la Formulación de Cargos.

A pesar de haberse extendido por más de dos años el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, la SMA dejó una gran cantidad de argumentos y pruebas relevantes rendidas por Nova Austral sin considerar ni ponderar y, de hecho, impuso multas cuantiosísimas respecto de cargos que responden a hechos de menor entidad y en los que Nova Austral pudo acreditar con claridad, primero, que no produjeron daño ambiental ni pudieron afectar la salud de persona alguna y, segundo, que ya se adoptaron medidas concretas y efectivas con el fin de evitar que vuelvan a ocurrir.

Las multas impuestas por la Res. 1968/2021 corresponden a las siguientes:

- (i) Respecto del Cargo N° 1, se aplicó una multa de 266 UTA;
- (ii) Respecto del Cargo N° 2, se aplicó una multa de 20 UTA;
- (iii) Respecto del Cargo N° 3, se aplicó una multa de 3,2 UTA;

- (iv) Respecto del Cargo N° 4, se aplicó una multa de 639 UTA; y
- (v) Respecto del Cargo N° 5, se aplicó una multa de 1.013 UTA.

II. CUESTIÓN PREVIA. EL DECAIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

2.1. La Res. 1968/2021 es ilegal pues fue emitida habiendo operado el decaimiento del procedimiento administrativo.

La resolución reclamada es ilegal dado que, por el excesivo tiempo transcurrido desde la Formulación de Cargos, se ha verificado un decaimiento del procedimiento administrativo, que ha tornado en ineficaz la sanción impuesta.

En conformidad con las normas legales que los rigen, los procedimientos administrativos se encuentran sujetos a plazos específicos, que buscan evitar su dilación indebida y que se han establecido para que los procesos se resuelvan dentro de términos específicos y razonables, de manera que exista un debido resguardo a la garantía de un procedimiento racional y justo para el administrado.

Junto con estos plazos, la ley ha establecido también ciertos principios jurídicos que rigen la actuación de la Administración y que vinculan el desarrollo de los actos procesales con el fin de asegurar un procedimiento expedito, sin trabas, dirigido de manera eficiente a la obtención de una decisión final. El tiempo en que se tramite un procedimiento sancionatorio, de esta manera, es un elemento esencial de su regulación y validez.

En efecto, así lo ha señalado sostenidamente la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema:

“Que, reiteradamente, esta Corte ha declarado, (SCS entre otros, Rol N°s 7.554-15, 2.639-2020, 39.689-2020), que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, se ha señalado que para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, la resolución que lo concluye debe ser oportuna. Para asentar tales decisiones, se ha considerado especialmente el principio de la eficacia y eficiencia administrativa, consagrado en diversas disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (y que encuentran su correlato en el Estatuto Administrativo)”¹.

El derecho positivo consagra este deber para la Administración de manera expresa. Junto con la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, cuyos Arts. 3° y 5° se

¹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 119.193-2020, considerando cuarto.

refieren a la eficacia y eficiencia que debe guardar la Administración en sus actuaciones, la introducción en nuestro derecho 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 (la “LBPA”), constituye un esfuerzo normativo de importancia para someter al control del Derecho la actuación procedimental de la Administración en la dictación de actos administrativos, incluidos los de contenido sancionatorio. En ese sentido, como ha destacado la doctrina, “[n]o cabe olvidar que el cumplimiento de los plazos por la administración fue un objetivo primordial en el proyecto y dictación de la LBPA, la que en buena parte vino a poner término a la abusiva situación de la dilación administrativa (...)”².

De esta manera, y en lo que respecta a su sustanciación oportuna, la LBPA consigna que todo procedimiento debe tramitarse con celeridad y dirigirse siempre a la dictación de un acto terminal, “*haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión*” (art. 7°), para lo cual la Administración “*debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios*” (art. 9°), desarrollando el procedimiento con “*sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado*” (art. 13).

Lo anterior es importante, en la medida que “*todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad*” (artículo 8°), acto que para ser eficaz, debe también ser oportuno. En síntesis, debe tratarse de un proceso expedito y dirigido sin trabas a la dictación de un acto terminal que resuelva el asunto sometido a decisión de la Administración.

Como una forma de concretar estos principios, la LBPA es incluso más específica, señalando en su Art. 23, titulado “*obligación de cumplimiento de plazos*” que “*los términos y plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de la Administración en la tramitación de los asuntos*”, mientras que el Art. 27 de la LBPA, de manera perentoria, dispone un límite temporal para la tramitación de un procedimiento, señalando que “*salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final*”.

A partir de las normas que se han citado, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha decantado la institución del “*decaimiento del procedimiento administrativo sancionador*”; esto es, su extinción y pérdida de eficacia, que se ha aplicado al constatar el transcurso de un tiempo excesivo por parte de la Administración para la declaración de responsabilidad y la consecuente decisión terminal sobre la imposición de una sanción³.

² Vergara Blanco, Alejandro. *El mito de la inexistencia de plazos fatales para la Administración y el ‘decaimiento’ en los procedimientos administrativos*. Estudios Públicos, 148 (primavera 2017). 79-118, p. 84.

³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 23.056-2018, considerando undécimo.

Así, ante la ausencia de una causal de caducidad de los procedimientos administrativos por inactividad de la Administración, la Excma. Corte Suprema ha recurrido reiteradamente a esta figura del decaimiento como una vía para declarar ilegales las sanciones dictadas tras un plazo excesivo de tramitación del procedimiento administrativo⁴, considerando que la demora excesiva e injustificada en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento, transformándolo en ilegítimo⁵. Se trata de una línea jurisprudencial que la Excma. Corte Suprema inició el año 2009 y que ha sostenido hasta hoy, como criterio para dar solución a las dilaciones excesivas de los procedimientos administrativos⁶, adecuando una figura de la teoría general del derecho administrativo para efectos de hacer frente a la excesiva e injustificada morosidad de la Administración⁷.

En este sentido, nuestra jurisprudencia ha sido clara en identificar, por una parte, que el transcurso excesivo de tiempo sin que el procedimiento se resuelva afecta gravemente principios elementales del debido proceso administrativo y, por otra, produce la pérdida de eficacia y validez de la sanción.

En el caso del Procedimiento Administrativo Sancionatorio, resulta evidente que se verifica una hipótesis de decaimiento del procedimiento administrativo, toda vez que, como se explicará a continuación, (i) el procedimiento administrativo se ha extendido más allá del tiempo establecido en la ley; (ii) la demora de la SMA ha sido excesiva e injustificada; y (iii) lo anterior ha hecho que las sanciones impuestas por la SMA se hayan tornado ineficaces, por haberse perdido su finalidad preventiva y represora.

2.2. El Procedimiento Administrativo Sancionatorio se ha extendido más allá del tiempo establecido en la ley.

Como se ha explicado, la Excma. Corte Suprema ha sido enfática en sostener que *“para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, la resolución que lo concluye debe ser oportuna”*⁸. En cuanto al plazo que se debe tomar como base para determinar cuándo se produce el decaimiento, en diversos fallos la Corte ha tomado como referencia el plazo para la invalidación de actos administrativos que señala el Art. 53 de la LBPA, considerando que cuando entre el inicio y el término del

⁴ Lo que ha sido recogido también por los Tribunales Ambientales. A modo de ejemplo, Sentencias del Segundo Tribunal Ambiental en causa rol R-40-2014, considerando trigésimo octavo; y en causa rol R-72-2015, considerando sexagésimo octavo.

⁵ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 38.340-2016, considerando décimo octavo.

⁶ Como constata el profesor Alejandro Vergara Blanco en *“El mito de la inexistencia de plazos fatales para la Administración y el ‘decaimiento’ en los procedimientos administrativos”*, contenido en Estudios Públicos N° 148 (primavera 2017), 79-118, p. 85.

⁷ Valdivia, José Miguel; Blake, Tomás. *El Decaimiento del Procedimiento Administrativo Sancionatorio ante el Derecho Administrativo*. Estudios Públicos N° 138 (otoño 2015), 93-135, p. 135.

⁸ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 23.056-2018, considerando décimo.

procedimiento transcurre injustificadamente un plazo superior a dos años, entonces se produce la extinción del acto administrativo sancionatorio por el decaimiento del procedimiento que le precedió, perdiendo por tanto su eficacia.

En este sentido, la Excma. Corte Suprema ha indicado:

*“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53, inciso primero, de la Ley N° 19.880, el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años. De ello se sigue que resulta válido sostener que si la Administración deja transcurrir, de forma injustificada, un lapso superior entre el inicio y término del procedimiento, se produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la consecuente extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia pues tal demora en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo y lesivo para los intereses del afectado, quien, al estar sujeto a un procedimiento excesivamente extenso, ve afectado su derecho a la seguridad jurídica”*⁹ (el destacado es nuestro).

Si bien este es el criterio que ha seguido la Corte en la mayoría de los casos, existe una línea doctrinaria¹⁰ y jurisprudencial que postula que el decaimiento se verificaría transcurridos seis meses a partir del inicio del procedimiento administrativo, toda vez que el artículo 27 de la LBPA dispone que *“salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”*¹¹.

Recientemente incluso, la misma Corte ha hecho suyos estos planteamientos, sobre la base del claro tenor literal de la norma del Art. 27 de la LBPA y lo indicado por el Ejecutivo en el Mensaje con que se dio inicio al trámite legislativo del proyecto de ley que concluyó con la promulgación de la LBPA, que, entre otros puntos, señalaba que:

“Por mucho que estén reguladas las etapas que lo componen, un procedimiento sin plazos, no funciona. En efecto, mediante los plazos se logra fijar un límite temporal a las distintas etapas o a los diferentes trámites por los que pasa un acto administrativo antes de surgir al mundo del derecho.

(...)

⁹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 119.193-2020, considerando quinto.

¹⁰ En este sentido, Vergara Blanco, Alejandro. *“El mito de la inexistencia de plazos fatales para la Administración y el ‘decaimiento’ en los procedimientos administrativos”*. Estudios Públicos N° 148 (primavera 2017), 79-118.

¹¹ Parte de la doctrina ha estimado que este plazo no es fatal para la Administración, y que sólo traería como consecuencia directa una eventual responsabilidad funcionaria. Pero incluso esos autores destacan que la existencia del plazo, a la luz de los demás principios citados, confirma que el procedimiento sancionatorio debe tener una tramitación expedita y eficaz, sin dilaciones injustificadas, debiendo por tanto encontrarse sujeto a algún límite temporal específico. Así, el profesor Luis Cordero Vega, quien sin perjuicio de rechazar que la Administración se encuentre sujeta a un plazo fatal para el ejercicio de su potestad sancionatoria, se refiere explícitamente a *“lo intolerable que resulta para un administrado estar sujeto indefinidamente en el tiempo a la ausencia de resolución de un procedimiento administrativo que le puede imponer un acto de gravamen como la sanción”*. Cordero Vega, Luis. *El Decaimiento del Procedimiento Administrativo Sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010*. Anuario de Derecho Público UDP, 2011, p. 248.

De este modo, por regla general, el incumplimiento del plazo no tiene otra consecuencia que la de motivar la adopción de medidas correctivas y sancionatorias respecto de los funcionarios responsables de alterar dicho orden.

Pero no afecta la validez de los actos de ejecución extemporánea, toda vez que en el efectivo cumplimiento de las mismas existe un interés general comprometido, con prescindencia de su oportunidad.

Dicha visión de los plazos para la administración genera incerteza para las personas beneficiadas con una decisión que deba adoptar un órgano de la administración del Estado.

Si a esto se suma que muchos procedimientos no tienen plazo para dictar el acto terminal, o que no contemplan plazos para la emisión de los actos trámites que fundan o preparan dicha decisión, el panorama no es alentador.

Precisamente a solucionar estos problemas apunta el presente proyecto”¹².

Así, la Excma. Corte Suprema, en fallo de fecha 3 de mayo de 2021, señaló que:

“Ante la claridad del precepto del artículo 27, que “el procedimiento no podrá exceder de 6 meses” de duración en su sustanciación, contado desde su iniciación y hasta la decisión final, como lo indicado por el Ejecutivo en su Mensaje, en orden a que el proyecto tiende, precisamente, a solucionar los problemas derivados de considerar que a la Administración no le afectan los plazos y que su incumplimiento únicamente genera responsabilidades administrativas, entre otros aspectos, se ha de concluir que existe una imposibilidad material para continuar el procedimiento y que la causa sobreviniente es el cumplimiento del plazo, razonable contexto en el que todo el actuar posterior de la Administración deviene en ineficaz por ilegalidad” (el énfasis es nuestro)¹³.

En cualquier caso, sea cual fuere el criterio que se adopte, es indiscutible que en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio se verifica una hipótesis de decaimiento administrativo, toda vez que, como consta en el expediente respectivo, el procedimiento se inició formalmente mediante Res. Ex. N° 1/ ROL D-100-2019 dictada con fecha 19 de agosto de 2019 y recién el 6 de septiembre de 2021, es decir, dejando transcurrir más de dos años desde el inicio del procedimiento, la SMA dictó la Res. 1968/2021, mediante la cual se resolvió el Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

2.3. La demora de la SMA ha sido excesiva e injustificada.

Como puede apreciarse en el expediente del Procedimiento Administrativo Sancionatorio, luego de la formulación de cargos mi representada presentó el PDC con fecha 10 de septiembre de 2019. Luego de que, tras dos rondas de observaciones de la SMA, se presentaran versiones refundidas del Programa de Cumplimiento, éste fue rechazado mediante Resolución Exenta N°

¹² Historia de la Ley N° 19.300, Mensaje del Ejecutivo.

¹³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 127.415-2020, considerando octavo.

7 / Rol D-100-2019 de fecha 20 de mayo de 2020 por la SMA. Ante ello, con fecha 17 de junio de 2020, Nova Austral presentó sus Descargos.

Pues bien, una vez presentados los Descargos por parte de Nova Austral, la SMA mantuvo paralizada de hecho la tramitación del procedimiento, de manera injustificada e incomprensible, durante más de un año. En efecto, solamente con fecha 3 de agosto de 2021, es decir 1 año, 1 mes y 17 días después de que se presentaran los Descargos, efectuó un requerimiento de información a mi representada.

Como ha señalado la Excma. Corte Suprema, la demora excesiva en la resolución de los procedimientos administrativos, como aquella en que ha incurrido la SMA en este caso, resulta contraria a los principios que se han indicado en los acápites anteriores, los que apuntan a la satisfacción de los fines propios del procedimiento administrativo en el menor tiempo y con los menores costos posibles¹⁴. Siguiendo en este razonamiento, la Corte ha advertido también que:

“(..) una tardanza excesiva en el actuar de la Administración se erige como vulneratoria del principio de celeridad consagrado en el artículo 7° de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que dispone: "El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites. Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión". También vulnera el principio conclusivo establecido en el artículo 8° del mismo cuerpo legal, pues desvirtúa el fin último del procedimiento administrativo que consiste en que "la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad". Asimismo, infringe el principio de la inexcusabilidad establecido en el artículo 14 de la citada Ley, conforme al cual "La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación. Requerido un órgano de la Administración para intervenir en un asunto que no sea de su competencia, enviará de inmediato los antecedentes a la autoridad que deba conocer según el ordenamiento jurídico, informando de ello al interesado"¹⁵ (los subrayados son nuestros).

Finalmente, esta tardanza atenta también *“en contra de la igualdad ante la ley y de trato que debe darle la autoridad administrativa a todo administrado, al resolver, sin justificación, fuera del plazo objetivo que establece la ley, tornando su determinación en discriminatoria. En el mismo sentido, se amenazaría el derecho de propiedad, ante el peligro intimidatorio de tener que pagar una multa”¹⁶ (énfasis agregado).*

¹⁴ Parodi, Alejandro. *Ineficacia de multa por demora excesiva de la administración en resolver el procedimiento sancionatorio*, Sentencias destacadas, N° 6, Enero 2010, p. 251.

¹⁵ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 14.298-2021, considerando sexto.

¹⁶ Párrafo cuarto de la prevención realizada por los Ministros señor Sergio Muñoz Gajardo y señora Ángela Vivanco Martínez a sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 9 de noviembre de 2020 en causa Rol N° 119.193-2020.

Así, y aun cuando pueda coincidirse en que los plazos del procedimiento administrativo no son fatales para los órganos de la Administración del Estado, la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ha alertado que los retardos manifiestos, excesivos e inexcusables son atentatorios contra una garantía constitucional, cual es el debido proceso, y a diversos otros principios consagrados en nuestra legislación¹⁷, siendo ello precisamente lo que ocurrió en este procedimiento sancionatorio.

En vista de lo expuesto, resulta evidente que la excesiva demora en la resolución del Procedimiento Administrativo Sancionatorio, que como se ha explicado, tardó más de dos años desde la Formulación de Cargos, no puede justificarse en trámites, etapas o diligencias propias del procedimiento administrativo sancionador. Ello, porque la mayor parte del tiempo que tomó la tramitación del procedimiento fue el extenso vacío que medió entre la presentación de los Descargos y el requerimiento de información efectuado por la SMA. Es decir, 1 año, 1 mes y 17 en que, por motivos que no se justifican, la SMA no le dio curso al Procedimiento Administrativo Sancionador.

2.4. La excesiva e injustificada demora de la SMA ha hecho que las sanciones impuestas se hayan tornado ineficaces, por haberse perdido su finalidad preventiva y represora.

Como se ha venido explicando, el decaimiento es una forma de extinción del procedimiento administrativo, desarrollada en la doctrina y la jurisprudencia del derecho administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o derecho que afectan su contenido jurídico, el que deviene en inútil o abiertamente ilegítimo¹⁸.

Conforme a esta jurisprudencia, en un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna y la vulneración de los principios que la institución del decaimiento resguarda, debe necesariamente producir un efecto en el procedimiento, comportándose así como un hecho sobreviniente que hace decaer sus fines, tornándolo ineficaz e ilegítimo.

Es precisamente lo que ha ocurrido en este procedimiento sancionatorio, en que por el tiempo transcurrido desde la formulación de cargos -y en mayor medida aún si se considera la fecha de las supuestas infracciones- la sanción que se ha impuesto se torna no sólo contraria a derecho, sino inútil e ineficaz.

¹⁷ Parodi, Alejandro. *Ineficacia de multa por demora excesiva de la administración en resolver el procedimiento sancionatorio*, Sentencias destacadas, N° 6, Enero 2010, p. 252.

¹⁸ Sentencias de la Excm. Corte Suprema en causa Rol N° 38.340-2016, considerando décimo quinto; y causa Rol N° 23.056-2018, considerando noveno.

A manera de ilustrar lo anterior, tal y como consta en el expediente del Procedimiento Administrativo Sancionatorio, con fecha 16 de marzo de 2017 la SMA recepcionó el Ord./XII/N° 037-E14679, del Director Regional de SERNAPESCA de la Región de Magallanes y Antártica Chilena, por medio del cual se remitió un informe de denuncia generado tras una inspección ambiental realizada al CES.

Luego de una serie de requerimientos de antecedentes a Nova Austral, y de una actividad de inspección, el día 5 de enero del año 2018 fue remitido por la División de Fiscalización a la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de la SMA, el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-5493-XII-RCA-IA.

Tras ello, recién el 6 de agosto del año 2019, es decir, tras haber transcurrido un año y siete meses desde la remisión del citado Informe Técnico de Fiscalización Ambiental y, mediante Resolución Exenta D.S.C N° 1132, la SMA requirió a la compañía la remisión de nuevos antecedentes.

Es decir, la resolución sancionatoria N° 1968/2021 se dicta más de dos años después de haberse iniciado el procedimiento administrativo sancionador, más de 3 años y medio desde que la SMA constató algunas de las supuestas infracciones, y casi 4 años y medios desde que algunas de las supuestas infracciones fueron cometidas, mediando una paralización injustificada del procedimiento por más de un año por parte de la SMA.

En este sentido, la jurisprudencia ha manifestado que la excesiva demora entre el inicio de un procedimiento y la dictación de una resolución sancionatoria trae aparejada la pérdida del objeto preventivo-represor, propio de la sanción. Véase por ejemplo la sentencia de 9 de noviembre del año 2020, causa Rol N° 119.193-2020, en que la Excm. Corte Suprema ha señalado que:

“Quinto: (...) Como una razón adicional para asentar la existencia del decaimiento, es que el objeto jurídico del acto administrativo, cual es la multa impuesta, producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, puesto que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora. En efecto, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor” (énfasis agregado).

Así, la sanción administrativa ambiental no solo tiene una finalidad represora- en tanto se trata de un acto desfavorable frente a una infracción o conducta ilícita¹⁹-, sino por sobre todo una finalidad de prevención general, en la medida que constituye un mecanismo para asegurar el

¹⁹ Cordero, Eduardo *Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena*, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, 20 (1), 2013, 79-103, p. 84.

cumplimiento de la normativa ambiental, y no un fin en sí misma²⁰. Así lo ha señalado la Corte Suprema en las causas Rol N° 41.815-2016 y Rol N° 21.651-2017. Véase el considerando décimo tercero de esta última, en cuanto,

“considerando las características propias del procedimiento de evaluación ambiental y de la Resolución de Calificación Ambiental, se debe colegir que la imposición de sanciones a los titulares que infringieron las condiciones que motivaron la aprobación de sus proyectos constituye una herramienta destinada, no sólo a castigar el incumplimiento en sí mismo, sino que encuentra su justificación, además, en la protección del medio ambiente y del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”²¹.

Esta característica resulta fundamental, por cuanto si el regulado ha regresado voluntariamente al estado de cumplimiento, la sanción carece de sentido²². En particular, como se ha hecho presente en los Descargos, las deficiencias detectadas en las actividades de fiscalización que constan en el expediente DFZ-2017-5493-XII-RCA-IA se encontraban subsanadas al momento de la dictación de la Res. 1968/2021, junto con la existencia de una serie de medidas específicas tendientes a evitar que cada una de ellas vuelva a ocurrir.

Sobre este punto, es pertinente indicar que, con el objeto de corregir las malas prácticas denunciadas, Nova Austral encargó una investigación interna e inició un proceso que implicó, entre otros, la renovación completa de la plana gerencial. Por lo demás, la empresa obtuvo la certificación del ASC (Aquaculture Stewardship Council) y la certificación BAP (Best Aquaculture Practices), las más exigentes de la industria acuícola en el mundo, que se entregan tras una exhaustiva auditoría independiente y certifican la operación de las granjas según los más altos estándares de sostenibilidad, cumplimiento y respeto por el medio ambiente, en orden a garantizar la preservación del medio ambiente, la biodiversidad y los recursos hídricos.

Queda en evidencia entonces, que la situación de cumplimiento de Nova Austral al momento de constatarse los hechos, y al haberse iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionador, es completamente distinta a la situación actual, en que se dicta la resolución sancionatoria con que se pone término al proceso administrativo.

Por este motivo, a la luz de la jurisprudencia citada es claro que la resolución sancionatoria dictada por la SMA, contenida en la Res. 1968/2021, se dicta a más de dos años del inicio del procedimiento, y a más de cuatro años de cometidas algunas de las supuestas infracciones, mediando una paralización injustificada del procedimiento por parte de la SMA, resulta

²⁰ Sentencia de la Excm. Corte Suprema en causa Rol N° 41.815-2016, considerando cuadragésimo primero.

²¹ Sentencia de la Excm. Corte Suprema en causa Rol N° 21.651-2017, considerando décimo tercero.

²² Hunter, Iván. *Legalidad y oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2020, 95-125, p.116.

absolutamente inútil e ineficaz en la finalidad preventivo-represora que es parte de la esencia de toda sanción administrativa ambiental.

III. CUESTIONES DE FONDO.

3.1. La Res. 1968/2021 vulnera los principios de imparcialidad y juridicidad que regulan la potestad sancionatoria de la SMA.

Como SS Ilustre podrá constatar, la Res. 1968/2021 es un acto que únicamente confirma lo establecido en la Formulación de Cargos, sin hacerse cargo debidamente de los Descargos, ignorando los argumentos de Nova Austral y sin ponderar adecuadamente la prueba rendida. Esto significa, como se comprueba a lo largo de esta presentación, que la Res. 1968/2021 vulneró, entre otras normas legales, el Art. 11 de la LBPA que establece que *“la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte”*.

Una de las manifestaciones del ejercicio del principio de imparcialidad en los procedimientos sancionatorios que lleva la SMA consiste en que la formulación de cargos debe ser seguida de una investigación y adecuada valoración de la prueba y antecedentes, de modo que ello permita fundar la resolución que ponga término al procedimiento y controvertir, sea confirmando o descartando, los supuestos en que se basa la formulación de cargos. Sólo así es posible de obtener una adecuada resolución que imponga una sanción o absuelva al regulado.

Adicionalmente, y como este Ilustre Tribunal podrá comprobar a lo largo de esta presentación, la Res. 1968/2021 tampoco cumple con el estándar de motivación legal debido.

En efecto, tanto en la LOSMA como en la LBPA se impone a la SMA la obligación de motivar sus resoluciones y de fundarlas adecuadamente cuando impone sanciones. El inciso segundo del Art. 53 de la LOSMA, por una parte, establece que el Superintendente deberá emitir un dictamen que contenga *“la relación de los hechos investigados y la forma como se ha llegado a comprobarlos”*. En este mismo sentido, el Art. 54 dispone que el Superintendente debe dictar una *“resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso”*.

Por otra parte, el inciso segundo del Art. 11 de la LBPA dispone que *“los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”*.

La jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha reconocido la importancia de que la autoridad administrativa motive sus actos, explicando las razones que originan la determinación del caso, reproduciendo el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a las que se llega y demostrando que el actor incurrió verdaderamente en la infracción que se le reprocha.²³

La Res. 1968/2021, sin embargo, vulnera los principios de imparcialidad y juridicidad, reconocidos por nuestra legislación vigente, de manera evidente. En efecto, el Procedimiento Administrativo Sancionatorio se ha extendido muchísimo más allá de lo establecido en la ley y dicha demora no sólo ha sido excesiva, sino que, como se explicó, ha sido injustificada y ello ha hecho que la Res. 1968/2021 sea ilegal y las multas allí impuestas ineficaces.

Adicionalmente, la Res. 1968/2021 ha vulnerado la normativa vigente que establece los principios de imparcialidad y juridicidad, respecto de la obligación de motivar el acto sancionador, en la determinación de las multas que ha impuesto a mi representada. En efecto, la Res. 1968/2021 no explica el raciocinio usado por la SMA para determinar las sanciones, no menciona cómo fueron ponderadas las circunstancias del Art. 40 de la LOSMA y cometió graves errores e ilegalidades en la determinación de las multas, tanto respecto de la norma recién citada como de lo dispuesto en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales dictadas por la misma SMA, transgrediendo de esta manera la normativa vigente y los criterios jurisprudenciales fijados por los Tribunales Ambientales.²⁴

En cuanto al Cargo N° 1, el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y la Res. 1968/2021 cometen una serie de ilegalidades referidas al no hacerse cargo de la argumentación de esta parte respecto de las discrepancias numéricas sobre registros de mortalidades y los efectos que ello pudo implicar respecto del manejo de mortalidades. En efecto, Nova Austral acreditó que las mortalidades fueron efectivamente fueron ensiladas y retiradas del CES, a pesar de la discrepancias y errores numéricos. Ello, sin embargo, no fue considerado en la Res. 1968/2021. La ilegalidad de la SMA respecto de esta materia persiste al sostener que Nova Austral, precisamente por haberse supuestamente evitado los costos de ensilaje y traslado de la biomasa, obtuvo un alto beneficio económico a propósito de este hecho infraccional y, en base a ello, determina una parte relevante de la sanción que impone respecto de este Cargo N° 1 (41 UTA). Respecto de la otra parte de la multa (225 UTA), la Res. 1968/2021 es absolutamente insuficiente en su análisis y motivación. No hay manera de saber cómo llegó a ese abultado valor.

²³ Excma. Corte Suprema, roles N° 3.096-2012, N° 1.208-2009 y N° 38.817-20170

²⁴ Sentencias del 26 de mayo de 2016 del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental en causa rol R-23-2015 y del 17 de septiembre de 2020 del Ilustre Primer Tribunal Ambiental en causa rol R-5-2018.

Respecto del Cargo N° 4, la argumentación de la Res. 1968/2021 adolece de contradicciones, ignora antecedentes aportados por mi representada durante el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y determina un supuesto beneficio económico totalmente infundado.

Finalmente, en relación con el Cargo N° 5, la Res. 1968/2021 no logra demostrar qué norma sería la infringida por Nova Austral al no contar ésta con la Bitácora 2016–2018 cuando le fue solicitada por medio del Requerimiento de Agosto de 2019. La SMA se remite a disposiciones referidas a manejo de mortalidades y a obligaciones de registro, ninguna de las cuales establece la obligación de conservar la bitácora de mortalidades una vez terminado el ciclo productivo. Junto con imputar a mi representada la comisión de una infracción inexistente, la SMA supone intencionalidad de Nova Austral sin dar prueba de ello. Finalmente, fija una multa de 1.013 UTA sin argumentar ni motivar su decisión.

3.2. La Res. 1968/2021 no consideró ni se hizo cargo de la argumentación y prueba rendida respecto del manejo de mortalidades.

En la Formulación de Cargos, se imputa a Nova Austral llevar un manejo inadecuado de mortalidades en el CES. En sus Descargos, mi representada explicó detalladamente en qué consisten las discrepancias y errores, así como sus causas y, más importante, demostró que dichas discrepancias numéricas no implicaron un manejo inadecuado de mortalidades. En la Res. 1968/2021 no se pondera adecuadamente esta circunstancia y, más bien, se reproduce la imputación de la Formulación de Cargos sin hacerse cargo de la argumentación y prueba rendida en los Descargos.

En efecto, la Res. 1968/2021 no considera la circunstancia de que la totalidad de la mortalidad extraída de las jaulas durante los ciclos productivos 2013–2015 y 2016–2018 fue ensilada y retirada del CES, a pesar de ello haberse acreditado durante el Procedimiento Administrativo Sancionatorio. Este elemento es crucial y cualquier intento de análisis serio del Cargo N° 1 se frustra si se ignora este aspecto.

Como se explicó en los Descargos, las referidas discrepancias numéricas se debieron básicamente a: (i) errores de tipeo al pasar los datos de las mortalidades desde las bitácoras al software Fishtalk, (ii) estimación de la biomasa del software Fishtalk y (iii) aproximaciones de valores decimales del software Fishtalk. Con todo, una parte de la supuesta discrepancia numérica no fue tal, debido a que la SMA comparó pesos de peces efectivamente muertos con pesos de peces sobrevivientes, los que, no son equiparables.

El registro de mortalidades en el CES cuenta de tres etapas. En primer lugar, la mortalidad es registrada cuando es retirada de la jaula por el personal de buceo y el encargado del proceso de

extracción en una tablilla acrílica. Luego, la información es traspasada a mano desde la tablilla acrílica a la bitácora de mortalidad. Por último, la información es traspasada desde la bitácora al software Fishtalk. Durante este proceso, en reiteradas ocasiones el personal de Nova Austral cambió los valores de biomasa a número y viceversa, lo que produjo ciertas discrepancias numéricas objeto del presente cargo. Esto, sin embargo, no implica que Nova Austral lleve un manejo inadecuado de la mortalidad del CES.

Por otra parte, en el software Fishtalk, las mortalidades son calculadas utilizando un promedio de biomasa, que a la vez es calculado en base a un modelo de crecimiento. Así, si las mortalidades son de menor o mayor peso al promedio calculado por Fishtalk, en el cálculo de mortalidades se sobreestima o subestima cierta cantidad de biomasa.

Cabe también agregar, que el software Fishtalk aproxima valores decimales en algunos casos, lo que también contribuye a discrepancias entre los valores de las mortalidades en esta plataforma respecto de los de la bitácora.

3.3. La SMA no corrige un error evidente de su argumentación por cuanto persiste en la comparación del peso de peces que sobreviven con el peso de peces que mueren.

La Res. 1968/2021 no consideró la evidente diferencia de peso existente entre peces que sobreviven y peces que mueren, a pesar de ello haber sido explicado en detalle en los Descargos.

La SMA estima que el medio probatorio utilizado por mi representada al efecto no logra justificar que la variación de los datos sea atribuible a la diferencia de peso y se ampara en ello para persistir en su evidente error de equiparar el peso de peces que mueren con el peso de peces que sobreviven.

No es necesario, sin embargo, rendir prueba para demostrar algo que debe explicarse y entenderse en base a lógica racional: no es admisible la comparación del peso estimado de peces muertos, según el registro en la bitácora de ensilaje, con el peso que se proyecta que ese mismo número de peces sume considerando el peso promedio de los peces vivos. Naturalmente, el peso de los peces que mueren es menos uniforme y, en promedio, menor, que el peso promedio de los peces que sobreviven por la simple razón de que los peces que mueren suelen ser más débiles y livianos que los peces que sobreviven, pues estos últimos sobreviven precisamente por ser más fuertes y tener mayor peso.

3.4. La SMA no reconoce, a pesar de haber quedado demostrado en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, que las discrepancias no implicaron un manejo inadecuado de mortalidades porque éstas fueron debidamente ensiladas y dispuestas.

En la Formulación de Cargos y en la Res. 1968/2021 se asume que las discrepancias numéricas respecto del registro de mortalidades implican que éstas se manejen de manera inadecuada. Sin embargo, no se presenta prueba ni se demuestra la relación causal al respecto.

Tal como mi representada lo explicó a la SMA, si bien existieron discrepancias numéricas entre la mortalidad extraída desde el CES y las sometidas a ensilaje producto de las causas ya mencionadas, en el CES no existió un inadecuado manejo de las mortalidades por cuanto la totalidad de la mortalidad extraída de las jaulas durante los ciclos productivos 2013 – 2015 y 2016 – 2018 fue ensilada y retirada del CES, como se demuestra en las guías de despacho de retiro de mortalidades que mi representada acompañó a los Descargos.

Lo anterior significa que, contrario a lo sostenido por la SMA, las mortalidades fueron retiradas y depositadas en el sistema de ensilaje en la forma prescrita por la RCA 76/2010 y, por lo tanto, las discrepancias numéricas no produjeron un manejo inadecuado de las mortalidades.

3.5. El presunto beneficio económico a que se refiere la Res. 1968/2021 respecto del Cargo N° 1 es absolutamente infundado.

Luego de imputar a Nova Austral un inadecuado manejo de mortalidades que no es tal, la SMA le atribuye haber obtenido un beneficio económico de 41 UTA que es absolutamente improcedente. En efecto, la Res. 1968/2021 señala que *“el beneficio económico en este caso está dado por el costo evitado por parte de la empresa de someter dicha biomasa al sistema de ensilaje y de trasladarla a un sitio de disposición final”*.

Sin embargo, como se explicó en los párrafos anteriores, las mortalidades sí fueron ensiladas y correctamente dispuestas, por lo que Nova Austral sí incurrió en el costo de someter la biomasa al sistema de ensilaje y de trasladarla a un sitio de disposición final.

La SMA no atribuye un beneficio económico asociado a este hecho infraccional diverso del descrito, de modo que, descartado dicho beneficio económico, es improcedente asignar cualquier valoración a costos retrasados o evitados y/o a ganancia anticipada o adicional para determinar la multa asociada al Cargo N° 1. Cualquier raciocinio diverso implicaría desconocer la prueba válidamente aportada por Nova Austral durante el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y vulnerar las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la misma SMA.

3.6. La falta de entrega de un documento que la empresa no tiene copia no significa una falta de cooperación en el procedimiento.

En el párrafo 352 de la Res. 1968/2021 se señala que Nova Austral cumplió parcialmente con el requerimiento de información realizado por la SMA mediante Res. Ex. D.S.C. N° 1132 de fecha 6 de agosto de 2019, ya que no remitió copia digitalizada de la Bitácora 2016–2018. Sin embargo, en la carta presentada por esta parte con fecha 13 de agosto de 2019, copia de la cual forma parte del Procedimiento Administrativo Sancionatorio, se explicó que “*Nova Austral no dispone actualmente de la información relativa al ciclo productivo 2016-2018*”. Adicionalmente, en dicha carta Nova Austral “*reitera su compromiso para colaborar activamente en la investigación llevada a cabo por la SMA*”.

Como se ha señalado ya en reiteradas oportunidades, Nova Austral no cuenta con copia física ni digitalizada de la Bitácora 2016–2018. Así, la falta de entrega de esta información no corresponde en caso alguno a una falta de cooperación, sino a una imposibilidad material de acompañar dicho documento.

3.7. De manera inexplicable la SMA imputa a Nova Austral la no presentación de documentos cuya recepción fue confirmada por la misma SMA.

En el párrafo 353 de la Res. 1968/2021 se señala que “*en su escrito de descargos, la empresa ofreció en el segundo otrosí un total de 25 documentos, de los cuales solo 14 fueron efectivamente presentados*”. Esta imputación es incorrecta, tal como se explicará a continuación.

En cumplimiento de las instrucciones de la SMA para hacer presentaciones en tiempos de situación de cuarentena referida al coronavirus, mi representada envió a la fiscal instructora de la SMA, señora Daniela Jara S., un correo electrónico preguntando si era posible presentar los documentos que se acompañan en los Descargos mediante el envío de un link en el que éstos se pudieran descargar. La señora fiscal respondió a Nova Austral afirmativamente. De esta forma, mi representada presentó a la SMA los Descargos mediante correo electrónico enviado el 17 de junio de 2020 a las 12:47 PM. El mismo correo contenía un link en el cual se encontraban los 25 documentos que se acompañaron a los Descargos. A las 13:47 del mismo día, la fiscal respondió acuso recibo de los documentos y señaló “[L]es informo que descargué los documentos sin ningún tipo de problema”. Copia de los correos se acompañan en otrosí de esta presentación.

A mayor abundamiento, el mismo día 17 de junio de 2021 a las 17:01, precisamente para evitar cualquier problema con los documentos, Nova Austral volvió a enviar un link con el respaldo de los documentos ya acompañados en el correo electrónico de las 12:47 PM.

La SMA tuvo por acompañados todos los documentos presentados por esta parte en los Descargos, como la misma SMA lo confirma el Resuelvo N° III de la Resolución Exenta N°

9/Rol D-100-2019 de fecha 3 de agosto de 2021. Así, la SMA confirmó en dos oportunidades la recepción de los documentos acompañados en los Descargos, por lo que esta parte no podía sino asumir que todos los documentos estaban en poder de la SMA.

Finalmente, cabe hacer presente que esta parte acompañó todos los documentos solicitados por la SMA mediante Resolución Exenta N° 9/ Rol D-100-2019.

3.8. Resulta indiscutible que Nova Austral ha cooperado activa y constantemente con la SMA en relación con el Cargo N° 1.

A pesar de lo recién señalado, la Res. 1968/2021 sostiene en el párrafo 350 y siguientes que Nova Austral no cooperó en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, en tanto habría respondido parcialmente un requerimiento de información y no habría acompañado ciertos documentos en sus Descargos.

No obstante, resulta indiscutible que esta parte ha cooperado activa y constantemente con la SMA a lo largo de todo el Procedimiento Administrativo Sancionatorio. En efecto, Nova Austral acompañó todos los documentos que disponía de los solicitados por la SMA mediante Res. Ex. D.S.C. N° 1132 de fecha 6 de agosto de 2019 y luego, acompañó todos los documentos solicitados mediante la Resolución Exenta N° 9/ Rol D-100-2019. Por lo demás, esta parte siempre ha tomado todos los resguardos para asegurarse que los documentos digitales lleguen a la SMA, ya que por las cuarentenas no ha sido posible presentar copias físicas de los mismos.

3.9. La argumentación de la Res. 1968/2021 no permiten calcular cómo se llegó a una multa de 266 UTA respecto del Cargo N° 1.

Como se mencionó, la SMA estimó que el beneficio económico correspondiente al Cargo N° 1 fue de 41 UTA y estableció una multa asociada a este cargo de 266 UTA. Sin embargo, nada dice la Res. 1968/2021 sobre cómo se llega de las 41 UTA a la multa total. Es más, la misma SMA respecto del Cargo N° 1 descarta ciertos factores de aumento de la multa y reconoce la concurrencia de factores de disminución de la multa, pero no explica cómo inciden en la determinación final de la multa.

En el párrafo 373 de la Res. 1968/2021, la SMA reconoce la aplicación de medidas correctivas respecto del Cargo N° 1, correspondientes al diseño e implementación de una serie de instructivos con medidas para reforzar la trazabilidad de las mortalidades. Por otra parte, en el párrafo 333 la SMA reconoce que *“no es posible indicar que en esta infracción concurren el elemento de intencionalidad”*.

Por otra parte, en el párrafo 347 la SMA reconoce que el elemento de intencionalidad como incremento de la sanción no se configura respecto del Cargo N° 1. También reconoce la SMA, en los párrafos 348 y 349, que Nova Austral no ha tenido una conducta anterior negativa que pudiera servir como factor de incremento de la sanción. Asimismo, la SMA reconoce en los párrafos 359 y siguientes que sí consideró la irreprochable conducta anterior de Nova Austral como un factor de disminución del “*componente de afectación*”.

Por lo tanto, cabe preguntarse cómo la SMA llega a una multa de 266 UTA, que es seis veces mayor al beneficio económico asociado a la infracción (que, según explicamos, es improcedente), considerando que concurren circunstancias atenuantes y que en la misma Res. 1968/2021 se reconoce que no aplican ciertos incrementos. No es posible explicarse cómo, siguiendo la normativa impuesta por la SMA en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, las discrepancias numéricas significan un “*componente de afectación*” de 225 UTA si ni siquiera produjeron un manejo inadecuado de las mortalidades. No vemos cómo la SMA podría haber llegado a ese resultado y, antes que eso, no sabemos cómo la SMA puede imponer una sanción de esa magnitud sin motivarla.

3.10. El CES sí contaba con redes para evitar escape de peces, lo que no es considerado por la SMA a pesar de ello encontrarse acreditado en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

En relación con el Cargo N° 4, la SMA imputa, en el denominado sub-hecho N° 2, a mi representada no disponer en el CES de las redes de enmalle necesarias para la implementación del plan de contingencia para escape masivo de peces. Sin embargo, en el CES sí se contaba con redes pajareras y éstas se encontraban disponibles para cumplir dicho propósito.

Con todo, la SMA sostiene que estas redes no servirían para evitar escape de peces, lo que intenta acreditar en base a la tesis “*Análisis y propuesta de sistema de izado y estibado de redes para embarcaciones de apoyo a la industria salmonera*”²⁵, que, al referirse a las redes pajareras, señala que éstas tienen dos funciones, “*imposibilitar el acceso de las aves (gaviotas *Larus dominicanus*, *Larus maculipennis* y *tiuques Nihvago chimango*) a la superficie de agua donde se encuentran los peces especialmente en el caso de los más pequeños. Y en segundo lugar, en caso de hundimiento parcial de la jaula, evitar que los peces escapen”.*

(El subrayado es nuestro)

Asimismo, la literatura indica “[p]ara impedir la fuga y depredación de salmones se utilizan tres tipos de mallas: las mallas pecera o de cultivo que permiten contener a los salmones en las jaulas durante todo el proceso

²⁵ Rodrigo Andrés Hernández Lavín, “identificación de puntos críticos en el proceso de mantenimiento de redes de los centros de cultivos de salmón” trabajo de titulación para optar al título de Ingeniero Civil Industrial, <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2012/bpmfcih557i/doc/bpmfcih557i.pdf>

de engorda, las mallas loberas que impiden los ataques de lobos marinos y por último las pajareras que son mallas que se ubican por sobre las balsas con el fin de que los pájaros no pueden cazar a los salmones²⁶. (El subrayado es nuestro)

Por otra parte, la SMA señala que la empresa no presentó antecedente alguno para acreditar la idoneidad de la utilización de redes pajareras para ser utilizadas en el plan de contingencia de escapes masivos. Sin embargo, esta parte presentó un informe técnico preparado por la consultora técnica WSP, que indica lo siguiente:

“Para impedir la fuga y depredación de salmones se utilizan tres tipos de mallas:

A. Mallas pecera: Permiten contener a los salmones en las jaulas durante el proceso

B. Mallas loberas: Estas impiden los ataques de lobos marinos

C. Mallas pajareras: Mallas que se ubican por sobre las balsas con el fin de que los pájaros no pueden cazar a los salmones en etapa de smolt y prevención de heridas por picoteo en fase adulta”.

Por lo anterior, queda de manifiesto que la SMA concluye de forma arbitraria que las mallas pajareras no sirven para evitar escape de salmones. En efecto, la literatura y la información técnica presentada por esta parte dan cuenta de que este tipo de mallas también sirve para evitar el escape masivo de peces.

Finalmente, se hace presente que Nova Austral adquirió redes de enmalle para el plan de contingencias para escape del CES con fecha 15 de agosto de 2019, tal como se dio cuenta a la SMA en los Descargos.

3.11. Los hechos infraccionales referidos en el Cargo N° 4 son de menor entidad y, en todo caso, no pudieron generar ningún efecto negativo.

En el Cargo N° 4 estamos frente a hechos infraccionales de menor entidad y que no pudieron presentar impacto negativo alguno, ni al medio humano ni al medio ambiente.

Efectivamente, en el CES faltaban ciertos equipos para implementar algunos de los planes de contingencia. Sin embargo, se debe considerar que en el CES sí se disponía de otros equipos que hubiesen permitido hacerse cargo de potenciales contingencias. Con todo, de acuerdo con el análisis técnico acompañado a los Descargos y la información provista por esta parte en el

²⁶ Sebastián Concha Flores, “Programación matemática para la planificación de los cambios de mallas de cultivo para una empresa salmoneera”, tesis para optar al grado de magíster en gestión de operaciones- memoria para optar al título de ingeniero civil industrial, <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137748/Programacion-matematica-para-la-planificacion-de-los-cambios-de-mallas-de-cultivo.pdf?sequence=1>

Procedimiento Administrativo Sancionatorio, la falta de los referidos equipos no pudo generar algún impacto ambiental y/o a la salud de las personas.

3.12. Las revisiones de los módulos del CES sí fueron efectuadas, y ello, a pesar de haber sido demostrado, no es considerado en la Res. 1968/2021.

La SMA sostiene, erróneamente, que Nova Austral no habría realizado las revisiones del estado de los módulos del CES. Eso no es correcto por cuanto dichas revisiones sí fueron efectuadas, tal como se acreditó en los Descargos mediante la presentación de los certificados de las revisiones de los módulos del CES en el ciclo productivo 2016–2018.

En relación con la verificación semestral del estado de los módulos de cultivo y fondeo, debe hacerse presente que Nova Austral implementó un sistema de revisión semestral del estado de estos módulos y cuenta con certificados anuales sobre condiciones de seguridad.

3.13. La Res. 1968/2021 adolece de imputaciones contradictorias en contra de Nova Austral en relación con el Cargo N° 4.

Respecto de los sub-hechos 3 y 4, Nova Austral acreditó en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio que sí realizó las revisiones del estado de módulos del CES y, de hecho, acompañó los certificados correspondientes en reiteradas oportunidades. Así, la SMA, en el párrafo 148 de la Res. 1968/2021, al referirse a los sub-hechos N°3 y N°4 y a la prueba aportada por esta parte indica “[I]o anterior, controvierte completamente el cargo formulado, ya que, está destinado a acreditar que durante el periodo 2016-2018 se realizaron las inspecciones semestrales y se habrían obtenido los certificados de seguridad de los módulos de cultivo” (el subrayado es nuestro).

No obstante lo anterior, la SMA considera que dos de los certificados presentados “*adolecen de problemas de trazabilidad, ya que los mismos no contienen una numeración que los identifiquen, no se encuentran firmados por quien dice que los expide, uno de ellos hace referencia a una actividad posterior a su fecha de emisión, no incluyen información respecto de la nave en que se realizó la actividad, a la vez que existen dudas razonables respecto de la existencia de la empresa a la que Igor Enrique Mansilla Mansilla, quien suscribiría ambos documentos, indica pertenecer*”.

El párrafo recién transcrito resulta completamente contradictorio con el anterior. Además, cabe señalar que no existe ninguna exigencia en la normativa para los certificados correspondientes a las revisiones de los módulos del centro de cultivo. Por lo demás, el contenido de estos certificados no depende de Nova Austral.

3.14. El supuesto beneficio económico referido al sub-hecho 4 del Cargo N° 4 no procede y es infundado.

En los párrafos 235 y 236 de la Res. 1968/2021, al referirse al beneficio económico, la SMA señala que “[e]n un escenario de cumplimiento, la empresa debió haber contado con las mantenciones en todos los años de los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018, es decir, en cada uno de los años del periodo 2013 a 2018. Lo anterior implica que la empresa debió incurrir en un costo de \$48.580.000 en cada año del periodo, con un costo total de \$291.480.000”.

Como este Ilustre Tribunal podrá comprobar, la estimación del beneficio económico del sub-hecho 4 es del todo errada. En primer lugar, esta parte acreditó las revisiones anuales sobre las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y de fondeos. En segundo lugar, aun no considerando los dos certificados correspondientes al año 2017, que la SMA arbitrariamente estima que carecen de trazabilidad, el monto debería ser menor, ya que el resto de los certificados no fue objetado por la SMA.

En consecuencia, el sub-hecho 4 no ha generado ningún beneficio económico para esta parte, quien ha acreditado las revisiones de los módulos de fondeo. Por lo demás, aun cuando no se consideren los certificados señalados por la SMA en su párrafo 150 por supuestamente carecer de trazabilidad, el beneficio económico debiese reducirse exclusivamente al año 2017, fecha de los certificados objetados. Es decir, el beneficio económico debiera reducirse a \$48.580.000.

3.15. Nova Austral sí presentó todos los antecedentes que podía entregar a la SMA, pero la SMA insiste en desconocer que dio efectivamente dio cumplimiento al Requerimiento de Agosto de 2019.

Mediante el Requerimiento de Agosto de 2019, la SMA solicitó a Nova Austral la remisión de: (i) planilla Excel con los registros de mortalidad diaria extraída (número y biomasa en kilogramos) desde las balsas jaulas del CES durante los últimos ciclos de producción (2013–2015 y 2016–2018), ambos terminados; y (ii) copia digitalizada de la bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el CES correspondientes a los dos últimos ciclos de producción.

Según la misma SMA reconoce, con fecha 13 de agosto de 2019, Nova Austral, por una parte, acompañó a la SMA copia de las planillas Excel con los registros de mortalidad diaria extraída con indicación de la información requerida por la SMA y copia de la bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el CES correspondiente al ciclo productivo 2013–2015 y, por otra parte, hizo presente a la SMA que no disponía actualmente de la Bitácora 2016 – 2018.

Como esta parte informó formalmente y en reiteradas ocasiones a la SMA, la Bitácora 2016–2018 fue accidentalmente eliminada por un funcionario de Nova Austral. Por estos motivos, le fue y le es materialmente imposible a Nova Austral remitir copia de la misma.

3.16. A pesar de los intentos de Nova Austral, la SMA se niega a recibir prueba que acredite las circunstancias en las que la Bitácora 2016–2018 fue accidentalmente eliminada.

Terminado el ciclo productivo 2016 – 2019 del CES, la Bitácora 2016–2018 fue llevada desde el CES a las dependencias de Nova Austral en Punta Arenas para ser almacenada junto con las bitácoras de control diario de mortalidad sometida a ensilaje de ciclos productivos ya terminados de otros centros de producción.

Habiendo transcurrido algunos meses desde que la Bitácora 2016–2018 se había llevado a Punta Arenas para su almacenamiento, por un error administrativo de carácter involuntario, un funcionario de Nova Austral tomó el bin donde se encontraba la Bitácora 2016–2018 y vertió su contenido en un contenedor en el que se acopian los archivos y documentos en desuso referidos a la operación de Nova Austral y que ésta periódicamente elimina por no tener utilidad ni existir obligación de conservar.

La Bitácora 2016–2018, en consecuencia, fue eliminada junto con los demás archivos y documentos dispuestos en el referido contenedor.

Se hace presente que la Bitácora 2016–2018, así como todas las bitácoras de control de mortalidad sometida a ensilaje de Nova Austral, está contenida en archivadores y éstos se almacenan conjuntamente, particularmente aquellos que corresponden al mismo ciclo productivo. Esto significa que los archivadores que conforman la Bitácora 2016–2018 sufrieron la misma suerte y que, por lo tanto, es un error asumir, como lo hace la SMA, que si Nova Austral dispuso de una parte de la Bitácora 2016–2018 en diciembre de 2017, luego, en agosto de 2019, a lo menos debía disponer de esa misma parte.

Para dar cuenta de lo anterior, Nova Austral solicitó a la SMA en los Descargos que instruyese a los señores José Barría A. y Mario Agüero C., colaboradores de Nova Austral, a rendir prueba testimonial respecto de las circunstancias en las que la Bitácora 2016–2018 fue accidentalmente eliminada. Sin embargo, mediante Res. Ex. 9/2021, la SMA denegó la prueba testimonial solicitada.

Peor aún, luego de denegarle a Nova Austral la prueba testimonial ofrecida, la SMA, en el párrafo 180 de la Res. 1968/2021 le reprocha a Nova Austral no haber presentado antecedentes que permitieran acreditar que la pérdida de la Bitácora 2016–2018 se trató de un error involuntario.

3.17. La SMA no reconoce límites a su facultad de requerir información y ello causa un significativo perjuicio a Nova Austral.

Como se explicó en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, la atribución que la LOSMA entrega a la SMA en el Art. 3º letra e) de requerir de los sujetos sometidos a su fiscalización las informaciones y datos no constituye una facultad o competencia ilimitada ni implica que la no remisión de dichas informaciones y datos configure necesariamente una infracción. En efecto, se trata de una facultad que debe sujetarse a los principios de juridicidad y, por supuesto, de realidad.

Sin embargo, en base a la supuesta infracción de Nova Austral respecto del Requerimiento de Agosto de 2019, mi representada se enfrenta a una multa de 1.013 UTA, a pesar de encontrarse en la absoluta indefensión respecto de cómo responder a dicha solicitud.

3.18. La SMA no reconoce que la imposibilidad de remitir la Bitácora 2016–2018 es un eximente de responsabilidad, a pesar de Nova Austral haberlo explicado en sus Descargos.

Si a la fecha del Requerimiento de Agosto de 2019 Nova Austral hubiera tenido en su poder la Bitácora 2016–2018, la habría remitido a la SMA tal como lo hizo con el resto de los antecedentes que le fueron solicitados en esa oportunidad. Sin embargo, como se explicó, Nova Austral se encontraba en una imposibilidad material de hacerlo por las razones ya enunciadas.

La sola imposibilidad material en que se encontraba Nova Austral de remitir la Bitácora 2016–2018 implica que no se encontraba obligada a cumplir con el Requerimiento de Agosto de 2019, tal como reza el antiguo aforismo “*nadie está obligado a lo imposible*”. En consecuencia, estamos frente a un eximente de responsabilidad administrativa.²⁷

En efecto, de requerir la autoridad a un sujeto regulado antecedentes cuya conservación se exige por norma expresa –lo que no ocurre en este caso respecto de la Bitácora 2016–2018– y éste no remitirlos por no disponer de los mismos y encontrarse, por lo tanto, imposibilitado de hacerlo, no se infringe el requerimiento de información ordenado por la autoridad, sino que se infringe la norma expresa que obligaba a disponer de dichos antecedentes.

²⁷ El mismo Código Penal se reconocen, en el Artículo 10, circunstancias de exención de responsabilidad criminal.

De no ser así, el sujeto regulado sería sancionado dos veces por el mismo hecho (por incumplir el requerimiento de información o antecedentes y por incumplir la norma que obliga disponer de los mismos), lo que sabemos que se encuentra prohibido en virtud del principio *non bis in ídem*, que ha sido reconocido por la doctrina y jurisprudencia nacional como uno de los pilares del Derecho Administrativo Sancionador.²⁸

En este caso, adicionalmente, el sujeto regulado no se encontraba en obligación de conservar la cuestión que le fue requerida.

3.19. Nova Austral no tenía la obligación de disponer ni de conservar la Bitácora 2016–2018 como erradamente lo pretende sostener la SMA.

Tal como acertadamente lo reconoce la misma SMA en el párrafo 197 de la Res. 1968/2021, “*la obligación de registro existe para la totalidad de tiempo en que se desarrolle el ciclo productivo*”.

El ciclo productivo 2016–2018 del CES se inició en abril de 2016 y terminó en marzo de 2018. Es decir, a la época del Requerimiento de Agosto de 2019, este ciclo había terminado hace más de un año.

Dentro de las obligaciones que impone la normativa aplicable a Nova Austral en relación con el manejo de mortalidades no se encuentra la de conservar las bitácoras de control diario de mortalidad sometida a ensilaje, tal como acertadamente lo reconoce la misma SMA en la Res. 1968/2021 cuando señala en el párrafo 197 que “*la obligación de registro existe para la totalidad de tiempo en que se desarrolle el ciclo productivo*”.

En efecto, ni la RCA 76/2010; ni la Ley General de Pesca y Acuicultura²⁹; ni el RAMA, ni el Reglamento de Medidas de Protección, Control y Erradicación de Enfermedades de Alto Riesgo para las Especies Hidrobiológicas³⁰; ni el Reglamento de Entrega de Información de Pesca y Acuicultura y la Acreditación de Origen³¹; ni el Programa Sanitario General de Manejo de Mortalidades y su Sistema de Clasificación Estandarizado³² imponen la obligación de conservar las bitácoras de control diario de mortalidad sometida a ensilaje.

En los párrafos 171 y siguientes de la Res. 1968/2021, sin embargo, la SMA cita varias disposiciones de la RCA 76/2010 y de los antecedentes de la evaluación de impacto ambiental a

²⁸ Cordero Q., Eduardo; Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno; pág. 264.

²⁹ Ley N° 18.892

³⁰ Decreto Supremo N° 319 de 2001 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

³¹ Decreto Supremo N° 129 de 2013 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

³² Resolución Exenta N° 1468 de 2012 del Servicio Nacional de Pesca.

que ésta dio lugar referidas al manejo de mortalidades y de registro diario de las mismas. En ninguna de estas disposiciones existe referencia a la obligación de conservar la bitácora de mortalidades una vez terminado el ciclo productivo del CES.

Posteriormente, en la Res. 1968/2021 se indica que la revisión por parte de la SMA de las bitácoras de mortalidades es la manera que ésta tiene de *“acreditar si la actividad desplegada por la empresa se encuentra conforme a lo comprometido en la evaluación ambiental del proyecto”*.

Efectivamente, la información contenida en la bitácora facilita la labor fiscalizadora de la SMA y, por eso, Nova Austral hizo entrega de toda la información que le fue requerida al efecto y de que disponía. En efecto, sí acreditó durante el Procedimiento Administrativo Sancionatorio que las mortalidades fueron debidamente manejadas en el sentido de haberse sometido al sistema de ensilaje y haber sido trasladadas a un sitio autorizado de disposición final. Sin embargo, el hecho de que contar con esa información facilite la labor de la SMA no implica que el hecho de que el regulado no disponga de la misma configure una infracción. Menos si dicho regulado no podía cumplir materialmente con el requerimiento, no tenía obligación de conservar la cuestión solicitada y ofreció reconstituir la información solicitada.

Finalmente, se hace presente que la SMA desarrolla creativas argumentaciones para sostener que mi representada habría estado obligada a conservar la Bitácora 2016–2018, pero, en realidad, es evidente que no existiendo norma que le obligue a ello, se trata una acción que no le es exigible. Por de pronto, el argumento de la SMA desarrollado en el párrafo 185 de la Res. 1968/2021 referido a que, dado que las infracciones previstas en la LOSMA prescriben a los tres años desde su comisión, *“es razonablemente esperable que los titulares de los proyectos conserven sus documentos, exista o no obligación legal en dicho sentido, cuando los mismos permitan acreditar el cumplimiento de otras obligaciones establecidas en los instrumentos que regulan sus proyectos”*, es inaceptable desde un punto de vista jurídico. Primero, las obligaciones deben establecerse de manera expresa, y no a partir de interpretaciones y suposiciones; segundo, el obligado de demostrar el incumplimiento es quien lo alega, sobre todo si el presunto infractor da cuenta de que sí sometió a ensilaje y envió a disposición final la biomasa de que se trate; y, tercero, existen otras maneras de acreditar el adecuado manejo de las mortalidades distintas de la exhibición de las bitácoras (como exhibir las guías de despacho de la biomasa sometida a ensilaje y del traslado a sitios de disposición final) y, en todo caso, Nova Austral ofreció a la SMA reconstituir la Bitácora 2016–2018.

3.20. El establecimiento de una obligación de conservar una bitácora de mortalidades una vez terminado un ciclo productivo es excepcional y, por lo tanto, debe constar de manera expresa.

La eventual obligación de conservar la bitácora de mortalidades una vez terminado un ciclo productivo configuraría una excepción a la normativa general en materia de manejo de mortalidades de centros de engorda de salmónidos. Por lo tanto, se trata de una obligación que, para ser exigible, debe encontrarse regulada de manera expresa.

En casos excepcionales, a contrario sensu, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto la importancia de que el sujeto regulado conserve ciertos antecedentes o información y así se ha establecido de manera expresa. Este es el caso, por ejemplo, de los libros de contabilidad, respecto de los cuales el Art. 17 inciso segundo del Código Tributario impone a los contribuyentes la obligación de conservarlos mientras esté pendiente el plazo que tiene el Servicio de Impuestos Internos para la revisión de las declaraciones. Asimismo, existen casos en que nuestra normativa requiere a los sujetos regulados disponer de ciertos antecedentes a vista del público, como ocurre respecto de la patente de un establecimiento de expendio de bebidas alcohólicas, que, de acuerdo con el Art. 12 de la Ley N° 19.925, debe fijarse “*en el interior en lugar visible al público*”. Estos casos son una excepción dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que el legislador los ha considerado de manera especialísima. Esto implica que se trata de exigencias que sólo podrían obligar al sujeto regulado en cuanto se encuentren expresamente establecidas en el ordenamiento jurídico vigente.

3.21. No es posible, por lo tanto, configurar infracción alguna.

Por las razones ya explicadas, el hecho de que Nova Austral no haya dispuesto de la Bitácora 2016–2018 cuando se la requirió la SMA no importa infracción a norma ni a obligación alguna. La SMA debió considerar que, en su Requerimiento de Agosto de 2019, solicitó a Nova Austral la remisión de información que esta última no tenía obligación de tener y que, por lo tanto, de no tener, no se configuraría infracción al no cumplimiento del Requerimiento de Agosto de 2019 (dada la imposibilidad de cumplir con éste) ni a norma alguna (al no existir una que le requiera conservar la información requerida).

En efecto, la determinación de que Nova Austral comete una infracción por no cumplir con una obligación de la que se encuentra eximida por ser imposible cumplir (esto es, la entrega de un documento de que Nova Austral no disponía) y que no le es exigible (esto es, conservar el documento), es una manifiesta vulneración de los principios de juridicidad, tipicidad y responsabilidad subjetiva –*nulla poena sine culpa*–.

3.22. La calificación de gravedad del Cargo N° 5 no es acreditada por la SMA, es absolutamente improcedente y no respeta el estándar que la misma SMA ha fijado respecto del Art. 36 N° 1 e) de la LOSMA.

Como cuestión previa debe tenerse en consideración que, como se ha explicado, el Cargo N° 5 no configura infracción alguna, de modo que no resulta oficiosa la discusión ni procedente la aplicación de las circunstancias calificantes del Art. 36 N° 1 de la LOSMA.

No obstante, y dado que aún contra esa evidencia la SMA estimó que existió una infracción, debe considerarse que no concurre, en la especie, la circunstancia descrita en el literal e) de la citada norma, toda vez que no se ha impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA.

Ello, primero, porque la SMA no ha acreditado ningún tipo de intencionalidad ni ha podido demostrar el calificante de gravedad que imputa a mi representada. No hay prueba ni argumentación adecuada que dé cuenta de esta supuesta intencionalidad.

Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido que el calificante del Art. 36 N° 1 e) requiere de intencionalidad³³, y en el caso de autos no se verifica intencionalidad alguna de Nova Austral de impedir la fiscalización de la SMA o de encubrir una infracción o evitar el ejercicio de las atribuciones de la SMA. Muy por el contrario, Nova Austral ha cooperado con todas las actividades de fiscalización de la SMA y en caso alguno ha encubierto una infracción o evitado el ejercicio de sus atribuciones. Por el contrario, Nova Austral ha entregado todos los documentos solicitados en los requerimientos de información efectuados por la SMA.

La misma SMA ha exigido en casos anteriores para la configuración de esta causal que existan antecedentes que acrediten que las infracciones se hayan cometido con el propósito de evitar el ejercicio de las atribuciones de la misma SMA. Frente a una solicitud de un reclamante de recalificar las infracciones de graves a gravísimas en la causa Rol R-64-2015, conocida por el Segundo Tribunal Ambiental (además de otras peticiones), con fecha 5 de mayo de 2015, la SMA evacuó su informe, señalado, en este punto: *“Que hayan sido calificadas como intencionales según la letra d) del artículo 40, no puede bastar para tal efecto, pues el elemento subjetivo que requiere esta calificante es preciso y distinto de la “intencionalidad” de la infracción de base: impedir de manera deliberada el ejercicio de las atribuciones de la SMA. Tampoco basta que, en los hechos, se produzca un efecto entorpecedor, pues lo que la circunstancia considera es que ese efecto se acompañe de la intención directa por producirlo, lo que no se deduce de los antecedentes del presente caso”.*

Nova Austral ofreció a la SMA, en el marco de la preparación del PDC, reconstituir de la mejor manera posible la Bitácora 2016–2018, lo que si bien no aseguraría completa exactitud respecto de fechas, sí entregaría promedios mensuales verificables. Dentro de ese procedimiento de PDC,

³³ Tercer Tribunal Ambiental, Causa Rol R-64-2018, considerando octogésimo segundo de la sentencia *“debe tenerse presente que las tres circunstancias descritas en la citada letra e) del N° 1 del art. 36 de la LOSMA, esto es «hayan impedido deliberadamente la fiscalización», «encubierto una infracción» o «evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia», requieren que exista intencionalidad, ya que suponen acciones conscientes y deliberadas.”*

de hecho, Nova Austral presentó copia de las guías de despacho de mortalidades ensiladas, los certificados de recepción de las mortalidades ensiladas y copia de los registros de mortalidades de la plataforma Fishtalk. Como se comentó, el PDC fue rechazado.

3.23. La SMA no puede imputar negligencia a Nova Austral respecto de algo sobre lo que no cabe responsabilidad.

Por otra parte, la SMA señala en el párrafo 196 de la Res. 1968/2021 que no resulta admisible como justificación para no entregar la información requerida la excusa originada en un hecho negligente. Sin embargo, no se puede calificar a Nova Austral de negligente por perder una bitácora cuya mantención no es obligatoria. Además, la SMA reconoce en ese mismo párrafo que Nova Austral remitió copias de la bitácora que tenía digitalizadas correspondientes al año 2017 y, luego, agrega que la destrucción material de la bitácora no obstaría la entrega de al menos dicha información. Pero dicha información sí fue entregada, todas las copias digitalizadas de la bitácora fueron remitidas a la SMA.

3.24. La SMA imputa como infracción gravísima la no remisión de una bitácora cuya mayor parte (20 meses) ya le fue entregada y la parte menor (3 meses) pendiente fue eliminada accidentalmente y la SMA rechazó su reconstitución.

Tal como se acreditó en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, cuando Nova Austral recibió el Requerimiento de Agosto de 2019 ya había entregado a la autoridad la inmensa mayoría de la Bitácora 2016–2018.

En efecto, la única parte de dicha bitácora que la autoridad no había recibido a la época del Requerimiento de Agosto de 2019 era una parcialidad menor de la misma: la información pendiente de diciembre de 2017, la de enero y febrero de 2018 y una parte de marzo de 2018. Todo el resto había sido entregado en diciembre de 2017.

Es suma, la mayor parte de la Bitácora 2016–2018 (representativa de prácticamente 20 meses de dicho ciclo productivo, abril de 2016 a diciembre de 2017) fue entregada por Nova Austral a la autoridad en diciembre de 2017 y una parte absolutamente menor de ésta (representativa de sólo tres meses aprox., diciembre de 2017 a marzo de 2018) no pudo ser entregada producto de su eliminación accidental.

3.25. El Art 28 de la LOSMA no es aplicable porque Nova Austral no se negó a proporcionar a la SMA la información requerida, simplemente no la tenía.

El párrafo 318 de la Res. 1968/2021, al referirse a la circunstancia “*componente de afectación*” señala que el Art. 28 de la LOSMA reconoce la importancia de las actividades de fiscalización y, luego, señala que la no remisión de la bitácora constituye una limitación o impedimento al ejercicio de las acciones de control y vigilancia ambiental. A continuación, en un salto argumentativo, la SMA asimila esta circunstancia a la oposición de las actividades de fiscalización.

Como es evidente, la SMA no puede señalar que Nova Austral ha impedido las acciones de control y vigilancia ambiental de la SMA en circunstancias que ésta ha colaborado con las labores de control y fiscalización desde antes y a lo largo de todo el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, remitiendo copia de todos los documentos solicitados que tenía a su alcance y ofreciendo llevar a cabo la reconstitución de la Bitácora 2016–2018.

3.26. Nova Austral ha ofrecido reconstruir la Bitácora 2016–2018 y ha aportado una serie de antecedentes para acreditar el ensilaje de las mortalidades. La SMA, sin embargo, ha rechazado todo.

En el párrafo 322 de la Res. 1968/2021 se indica que la Bitácora 2016–2018 solo puede ser entregada por Nova Austral, no pudiendo ser reconstituida a través de otras fuentes de información. Nova Austral ofreció en el PDC reconstruir la Bitácora 2016–2018, pero la SMA lo rechazó. Posteriormente, en el párrafo 198 de la Res. 1968/2021, la SMA señaló que “*los antecedentes señalados por la empresa para reconstituir dichas bitácoras no resultan adecuados en tanto se trataría de promedios y aproximaciones*”.

Estas circunstancias, por una parte, dejan a Nova Austral en la más absoluta indefensión y, por otra, impiden cualquier tipo de gestión ambiental. Pareciera, por lo tanto, que en realidad no se está buscando completar la información de la Bitácora 2016–2018 que falta (una parte muy menor, como se explicó), sino que sancionar la pérdida de la misma.

3.27. La pérdida de la Bitácora 2016–2018 fue un accidente. En todo caso, la SMA no acredita ningún tipo de intencionalidad.

La Res. 1968/2021 establece que se configura la circunstancia establecida en el artículo 40 letra d) de la LOSMA, esto es, intencionalidad respecto del Cargo N° 5. Para llegar a esta conclusión, la SMA erróneamente concluye que la pérdida de la Bitácora 2016–2018 constituye un hecho negligente de Nova Austral, incluso asimilando la pérdida accidental de ella al dolo eventual.

Naturalmente, dicha aseveración no acredita la supuesta intencionalidad. Se trata, en todo caso, de una conclusión de la SMA del todo errónea y, además, injusta. En efecto, mi representada ofreció en los Descargos prueba testimonial de dos colaboradores de Nova Austral respecto de

las circunstancias en las que se perdió la Bitácora 2016–2018, diligencia que fue denegada por la SMA mediante Res. 9/2021.

Además, como se explicó, mi representada ofreció a la SMA reconstituir la Bitácora 2016–2018, a lo que la SMA tampoco accedió.

3.28. La SMA impone una multa cuantiosísima respecto del Cargo N° 5 sin esgrimir fundamentación precisa y reconociendo que Nova Austral no obtuvo beneficio económico alguno. No se entiende, entonces, cómo se llega a las 1.013 UTA.

La multa impuesta mediante la Res. 1968/2021 respecto del Cargo N° 5 asciende a 1.013 UTA. Se trata de un monto extraordinariamente alto que, a lo menos, merece motivación adecuada.

El raciocinio de la Res. 1968/2021 es que el 100% de la multa corresponde a “*componente de afectación*”, dado que en el párrafo 239 de la misma Res. 1968/2021 se reconoce que Nova Austral no obtuvo un beneficio económico por el hecho infraccional asociado al Cargo N° 5. Dicho párrafo señala que: “*se infiere que el correcto mantenimiento y envío de la información correspondiente a la Superintendencia no conllevaría un costo adicional para la empresa, no requiriendo infraestructura o materiales adicionales y pudiendo ser una gestión realizada por personal propio de la empresa*”.

No se explica, sin embargo, cómo se llega a una multa de 1.013 UTA basándose exclusivamente en “*componente de afectación*”, lo que no sólo implica una vulneración a la obligación que pesa sobre la Administración de motivar sus actos, sino que, además, es una clara infracción a las Bases Metodológicas para la Determinación de las Sanciones Ambientales.

3.29. No se entiende cómo la SMA llega a una multa de 1.013 UTA considerando la misma Res. 1968/2021 reconoce que Nova Austral no causó daño o peligro con motivo del Cargo N° 5.

Según se explicó, la lógica de la Res. 1968/2021 es que el total de las 1.013 UTA corresponden a “*componente de afectación*”.

Sin embargo, si se revisa en qué consiste el “*componente de afectación*” o qué consideraciones incluye éste, debe advertirse que, su primer elemento, referido a la importancia del daño causado o de peligro ocasionado (letra a) del Art. 40 de la LOSMA) no concurre, lo que es reconocido expresamente por la SMA en la misma Res. 1968/2021.

En efecto, el párrafo 289 indica que “[r]especto al cargo N° 5, relativo a la omisión de entrega de antecedentes requeridos en Res. Ex. D.S.C. N° 1132, de 06 de agosto de 219, esta Superintendencia estima

que la omisión de información, no permite la configuración de un riesgo o peligro concreto. En razón de lo anterior, la circunstancia del artículo 40 letra a) de la LOSMA no será ponderada en relación al cargo N° 5”.

3.30. No se acredita cómo la SMA llega a una multa de 1.013 UTA, y a una multa total de 1.941,2 UTA, considerando que la misma Res. 1968/2021 reconoce que los supuestos hechos infraccionales de Nova Austral no determinaron un daño o peligro a la salud de las personas.

Continuando el análisis del “*componente de afectación*” de modo de entender cómo fue que la SMA llegó a una multa de 1.013 UTA, se revisa la letra b) del Art. 40 de la LOSMA, referida al número de personas cuya salud pudo afectarse.

Respecto de este aspecto, debe dejarse constancia que la misma Res. 1968/2021, en su párrafo 290, establece que “*[e]n atención a que, en la sección precedente, no se determinó un daño o peligro a la salud de las personas, no resulta pertinente el análisis del número de personas cuya salud pudo afectarse, por lo que esta circunstancia no será considerada para la determinación de la sanción asociada a las infracciones configuradas en este procedimiento*”.

Sin embargo, la Res. 1968/2021 no se hace cargo de explicar cómo, en la práctica, incidió la inexistencia de un daño o peligro a la salud de las personas en la determinación de las multas asociadas a los Cargos.

3.31. La SMA llega a una multa de 1.013 UTA respecto del Cargo N° 5, y a una multa total de 1.941,2 UTA, descartando detrimento o vulneración alguna a un área silvestre protegida del Estado con motivo de los hechos infraccionales. Se entiende cómo llega a esos montos.

La Res. 1968/2021 reconoce no haber considerado el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado respecto de ninguno de los hechos infraccionales imputado a Nova Austral en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

En efecto, en sus párrafos 291 y siguientes, señala que el CES no se encuentra ubicado en el Parque Nacional Alberto de Agostini, sino que en sus inmediaciones, y que “*en el presente procedimiento sancionatorio, no consta ningún antecedente que permita sostener que las infracciones constatadas hayan generado un detrimento o vulneración al Parque, siendo estas solo configuradas como riesgos, las que ya fueron consideradas en la sección precedente de esta resolución, y las que a su vez no se vinculan directamente con el objetivo de conservación del Parque Nacional Alberto de Agostini*”.

No hay explicación en la Res. 1968/2021 que permita entender de qué manera la no concurrencia de este factor incidió en las multas asociadas a los Cargos.

3.32. No se entiende cómo la SMA llega a una multa de 1.013 UTA respecto del Cargo N° 5, y a una multa total de 1.941,2 UTA, considerando que la misma Res. 1968/2021 la SMA resolvió que el factor de incremento de multa asociado a la conducta anterior negativa de Nova Austral no procede en este caso.

En los párrafos 348 y 349 de la Res. 1968/2021 la SMA reconoce que en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio no contiene antecedentes que den cuenta que Nova Austral ha tenido una conducta anterior negativa, de modo que este factor de incremento de multa no es procedente para efectos de la determinación de la sanción.

Sin embargo, al igual que como sucede con los factores de determinación de multas explicados en los apartados 3.28., 3.29., 3.30. y 3.31., la Res. 1968/2021 no explica cómo, en este caso la conducta anterior de Nova Austral, incidió la multa impuesta.

3.33. No hay explicación respecto de cómo la SMA llega a una multa de 1.013 UTA respecto del Cargo N° 5 considerando que la misma Res. 1968/2021 reconoce que el factor de incremento de multa asociado a la falta de cooperación no procede respecto del Cargo N° 5.

Es fácilmente comprobable por SS Ilustre que Nova Austral sí cooperó eficazmente dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

En efecto, Nova Austral ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA y ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. La Res. 1968/2021 reconoce en sus párrafos 350 y siguientes que esta circunstancia no fue ponderada como un factor de incremento de la sanción respecto del Cargo N° 5, pero, nuevamente, no se entiende cómo ello incidió en la multa cursada.

3.34. No hay antecedentes en la Res. 1968/2021 para constatar que el reconocimiento que hace la SMA a la irreprochable conducta anterior de Nova Austral efectivamente incidió en la determinación de la multa de 1.013 UTA y en la multa total de 1.941,2 UTA.

En los párrafos 359 y siguientes de la Res. 1968/2021 la SMA reconoce que consideró la irreprochable conducta anterior de Nova Austral como un factor de disminución del “*componente*

de afectación”, de modo que la sanción impuesta fue reducida a propósito de esta circunstancia. Sin embargo, no hay antecedentes para comprobar que dicho factor de disminución incidió efectivamente en la determinación de la multa impuesta, ni menos para saber cuánto redujo la multa potencial.

3.35. No hay antecedentes en la Res. 1968/2021 para constatar que el reconocimiento que hace la SMA a la cooperación eficaz de Nova Austral efectivamente incidió en la determinación de la multa.

En los párrafos 364 y siguientes de la Res. 1968/2021 la SMA reconoce que consideró la cooperación eficaz de Nova Austral para efectos de disminuir la sanción a aplicar, lo que es consistente con la conducta de mi representada durante el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, en que Nova Austral efectivamente dio respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA y aportó antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

Sin embargo, no hay antecedentes en la Res. 1968/2021 que permitan comprobar que este factor de disminución efectivamente incidió en la determinación de la multa impuesta, ni menos para saber cuánto redujo la multa potencial.

3.36. A pesar de que la SMA lo niegue, Nova Austral sí presentó medidas correctivas respecto del Cargo N° 5, y ello debiera incidir en la determinación de la multa.

El párrafo 385 de la Res. 1968/2021 se señala que Nova Austral no presentó antecedentes que permitan sostener el desarrollo de medidas respecto del Cargo N° 5. Sin embargo, en el punto 5.45 de los Descargos, Nova Austral informó precisamente de que: “[e]n la actualidad, la Compañía se encuentra implementando un nuevo sistema de bitácora y escaneado de las mismas que sirva de respaldo de esta información”.

Debe tenerse en cuenta que esta acción fue incluida en el PDC con el fin de evitar pérdidas futuras de información. Así, la acción 18 del PDC refundido consistente en la “*implementación de nuevo sistema de bitácora*” señalaba que “[e]ste sistema estará a cargo del jefe de cada centro del Departamento de Producción y del área técnica de la compañía”. Si bien la SMA rechazó el PDC, Nova Austral de todas formas implementó esta acción, como dan cuenta las copias digitalizadas de la bitácora acompañadas en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

Por lo tanto, debe descartarse la circunstancia del Artículo 40 letra d) de la LOSMA al Cargo N° 5.

3.37. No existe ninguna proporcionalidad ni razonabilidad en la multa impuesta respecto del Cargo N° 5.

Revisadas las circunstancias del Art. 40 de la LOSMA y el análisis sobre las mismas contenido en la Res. 1968/2021, no es posible entender cómo llega la SMA a una multa de 1.013 UTA. Se trataría de una sanción amparada, por una parte, en la supuesta “*vulneración relevante y gravitante respecto al sistema jurídico de protección ambiental*” que impide “*el ejercicio de las funciones de control y vigilancia atribuidas a exclusivamente a la SMA*” (párrafo 324 de la Res. 1968/2021) y, por otra parte, en el elemento de la intencionalidad que se configuraría respecto de este Cargo N° 5 (párrafos 341 y siguientes de la Res. 1968/2021).

Nótese que, aunque se considerara que efectivamente el Cargo N° 5 implica una infracción (lo que ya fue desestimado), la multa 1.013 UTA considera una serie de factores de disminución. Nada se dice respecto de cuánto corresponde a cada cuál ni sobre cómo se ponderan las distintas circunstancias y factores que determinan esta cuantiosa sanción.

POR TANTO,

A SS ILUSTRE SOLICITO: Tener por interpuesta, dar tramitación legal y, en definitiva, acoger la presente reclamación deducida en contra de la Res. 1968/2021, declarando que se trata de un acto administrativo ilegal y que no fue dictado conforme a derecho, ya sea en todo o en parte e instruyendo a la Superintendencia del Medio Ambiente a que lo deje sin efecto y que, en su lugar, dicte una nueva resolución que absuelva a nuestra representada de todos o parte de los cargos formulados en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y, en subsidio, revalore las circunstancias del Art. 40 de la LOSMA, de modo de que determine la sanción proporcional y que en derecho corresponda.

PRIMER OTROSI: Solicito a SS. Ilustre, tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

1. Copia de la Res. 1968/2021.
2. Copia de la notificación practicada a mi representada.
3. Copia de los Descargos formulados por mi representada en contra de la Formulación de Cargos.
4. Correos electrónicos intercambiados con la SMA con motivo de la presentación de los Descargos.

POR TANTO,

A S.S. ILUSTRE SOLICITO: Acceder a lo solicitado.

SEGUNDO OTROSI: Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la LTA solicito a SS Ilustre que las notificaciones que deban realizarse a esta parte se efectúen por correo electrónico a las siguientes direcciones: andres.cuevas@novaaustral.cl , amolinari@carey.cl , mjbarros@carey.cl y jrecordon@carey.cl .

POR TANTO,

A SS ILUSTRE SOLICITO: Acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSI: Solicito a SS. Ilustre tener presente que mi personería para representar a Nova Austral S.A. consta en escritura pública otorgada con fecha 19 de febrero de 2021 en la Notaría Pública de Punta Arenas de don Horacio Silva Reyes, repertorio número 694/2021, cuya copia se acompaña en este acto, con citación. Asimismo, y sin perjuicio de ello, designo abogados patrocinantes y confiero poder, con las facultades de ambos incisos del Art. 7° del Código de Procedimiento Civil, a los abogados Aldo Molinari Valdés, Manuel José Barros Lecaros y Julio Recordon Hartung, todos domiciliados en Isidora Goyenechea 2800, piso 43, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, quienes podrán actuar en forma conjunta o separada y quienes firman en señal de aceptación.

POR TANTO,

A S.S. ILUSTRE SOLICITO: Tener presente patrocinio y poder.

**ALDO
MOLINARI
I VALDES** Digitally signed
by ALDO
MOLINARI
VALDES
Date: 2021.09.27
19:08:15 -03'00'