

**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**

: Nicolás Alejandro Larco

**RUT**

: 14.732.528-2

**PATROCINANTE Y**

: Julio Recordon Hartung

**APODERADO****RUT**

: 15.830.702-2

**APODERADO**

: Manuel José Barros Lecaros

**RUT**

: 16.097.038-3

**APODERADO**

: Aldo Molinari Valdés

**RUT**

: 10.820.420-6

**RECLAMADO**

: Superintendencia del Medio Ambiente

**RUT**

: 61.979.950-K

**REPRESENTANTE**

: Emanuel Ibarra Soto

**RUT**

: 16.359.858-2

**EN LO PRINCIPAL:** Dedujo 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:** Acredita personería; **TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder. **CUARTO OTROSÍ:** Solicita forma de notificación que indica.

**ILUSTRE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL**

Julio Recordon Hartung, abogado, en representación, según se acreditará, de **NOVA AUSTRAL S.A.** (“Nova Austral” o la “Compañía”), 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° 1075 de fecha 6 de julio de 2022 (“Res. 1075/2022” o “Resolución

Sancionatoria”) y notificada a esta parte con esa misma fecha, la que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio Rol N° D-143-2021 (el “Procedimiento Administrativo Sancionador”), dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), representada por su Superintendente (S) don Emanuel Ibarra Soto, abogado, 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. 1075/2022 sea dejada sin efecto, por tratarse de una resolución que ha sido pronunciada en contravención a la legislación vigente y que causa un serio perjuicio a mi representada, como puede apreciarse a partir de los argumentos que se desarrollarán en el presente escrito y que se resumen sucintamente a continuación:

- (i) Al haberse imputado la generación de daño ambiental en la formulación de cargos - circunstancia descartada en la Resolución Sancionatoria- se privó a Nova Austral de ejercer su legítimo derecho de acogerse a un Programa de Cumplimiento. Tras haberse verificado una circunstancia que incide sustantivamente en el procedimiento -el descarte de daño ambiental por parte de la SMA- ésta debió efectuar una nueva formulación de cargos, única manera de resguardar el legítimo derecho de Nova Austral a acogerse a un Programa de Cumplimiento.
- (ii) La aplicación que la SMA hace de la circunstancia calificante del artículo 36 número 1 literal e) de la LOSMA carece de fundamento legal, toda vez que no se verifica ninguna de las hipótesis que la norma contempla.
- (iii) La SMA no ha ponderado debidamente las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA al determinar el monto de la multa impuesta.

## **I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.**

### **I.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. 1075/2022 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. Literal c) de la LTA, toda vez que la infracción que dio lugar a la formulación de cargos, contenida en la

Resolución Exenta N° 1/Rol D-143-2021 (la “**Formulación de Cargos**”), fue originada 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 Sancionador, la Res. 1075/2022 fue notificada a esta parte con fecha 6 de julio de 2022, por lo que 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 Resolución Sancionatoria por cuanto ésta le impuso una multa por un total de 1.300 UTA, siendo manifiesta su legitimación activa.

## **I.2 ANTECEDENTES DE LA PRESENTE RECLAMACIÓN**

### **I.2.1 Antecedentes del proyecto**

La instalación y operación del centro de engorda de salmónidos Aracena 14 (el “**CES**” o el “**Proyecto**”) de titularidad de Nova Austral fue calificada favorablemente desde el punto de vista ambiental mediante la Resolución Exenta N° 151 de fecha 28 de julio de 2003, otorgada por la Comisión Regional de Medio Ambiente de la Región de Magallanes y Antártica Chilena (“**RCA 151/2003**”), que aprobó ambientalmente el proyecto “*Centro de cultivo de salmónidos, Estero Staples, Isla Capitán Aracena, Estrecho de Magallanes, PERT 99121113*”, ubicado en el Estero Staples, Isla Capitán Aracena, comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y Antártica Chilena.

Posteriormente, la RCA 151/2003 fue modificada por la Resolución Exenta N° 79 de fecha 28 de diciembre de 2010, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes y Antártica Chilena (“**RCA 79/2010**”), que aprobó el proyecto “*Centro de Cultivo Aracena 8, Canal Sin Nombre, al Norte de Caleta Sholl, Isla Capitán Aracena, XII región. N° PERT: 210121032*”.

De acuerdo con la RCA 151/2003 y la RCA 79/2010, el Proyecto consiste en la operación de un centro de engorda de salmónidos constituido por 22 balsas jaulas circulares de 30 x 30 metros, emplazado en un área de 3,6 hectáreas, cuya producción máxima alcanza las 4.998 toneladas por ciclo productivo. Incluye, asimismo, la instalación de un pontón flotante, planta de tratamiento de aguas servidas y una planta de osmosis inversa para el abastecimiento de agua.

### **I.2.2 Formulación de Cargos**

Con fecha 10 de julio de 2019, la SMA recibió un informe de denuncia de la Directora Nacional de Pesca y Acuicultura (“**SERNAPESCA**”), generado luego de una fiscalización documental durante los meses de junio y julio de 2019 de los Informes Ambientales (“**INFA**”) efectuados al CES entre los años 2017 y 2019.

Posteriormente, entre el 26 de julio de 2019 y el 02 de agosto de 2019, la SMA realizó una serie de actividades de inspección ambiental al Proyecto, en donde se requirió a Nova Austral la remisión de determinados antecedentes y se constataron ciertos hechos.

En paralelo, y ante el riesgo ambiental que implicaría la infracción informada por SERNAPESCA, la SMA ordenó a Nova Austral, como medida provisional pre procedimental, efectuar un monitoreo de caracterización de sedimento, sin peces en jaula, tanto en el área de sedimentación del centro como fuera de estas, incluyendo filmaciones submarinas, que considerara los parámetros señalados en la Resolución Exenta N°1025 de 17 de julio de 2019. El 6 de agosto de 2019 fue recibida en la Oficina de Partes de la SMA una carta por la cual Nova Austral comunicaba la ejecución de las medidas provisionales y acompañaba los antecedentes correspondientes; circunstancia que es reconocida por la Resolución Sancionatoria al señalar que consta en el expediente la “*oportuna y efectiva ejecución de las medidas ordenadas a Nova Austral S.A.*”<sup>1</sup>.

Mediante la Formulación de Cargos, la SMA acusó a Nova Austral de haber llevado a cabo la “[a]lteración artificial, entre los meses de marzo y junio de 2019, de la columna de agua y fondo marino del CES Aracena 14, incluyendo la sepultación del sedimento bajo la zona de las balsas jaula, sin la correspondiente autorización sectorial, producto de los resultados anaeróbicos de los muestreos de información ambiental”, lo que se traduce en la formulación de un cargo por supuesta infracción a la normativa ambiental conforme al artículo 35 letra a) de la LOSMA (el “**Cargo**”).

En la Formulación de Cargos, la SMA califica el cargo como *gravísimo* y *grave* a la vez. En primer término, lo califica de gravísimo por estimar que, en la especie, concurriría la circunstancia descrita en el literal e) del numeral 1 del artículo 36 de la LOSMA -haber impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA-. En segundo término, califica el cargo como infracción grave, por estimar que concurrirían las circunstancias descritas en los literales a) e i) del numeral 2 del citado artículo 36 de la LOSMA, esto es, haberse causado daño ambiental susceptible de reparación, y haberse ejecutado al interior de un área silvestre protegida del Estado, sin autorización.

### **I.2.3 Descargos presentados por Nova Austral e imposibilidad de acogerse a un Programa de Cumplimiento**

Con fecha 5 de agosto de 2021, Nova Austral presentó oportunamente sus descargos en contra de la Formulación de Cargos (los “**Descargos**”), en los que expuso las razones por las cuales el Cargo y sus calificaciones de gravedad debieron ser desestimados por la SMA. En resumen, los Descargos hacían presente que:

---

<sup>1</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 9.

- (i) El Cargo no cumple con efectuar una descripción clara y precisa de los hechos que la SMA estima constitutivos de infracción, en conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 49 de la LOSMA. Por el contrario, está basado en hechos supuestos que la SMA describe de manera incierta e imprecisa, cuestión que constituye un vicio respecto de un elemento que tanto la jurisprudencia judicial como administrativa destacan como esencial dentro de un procedimiento sancionatorio, y que afecta adversamente el derecho a una adecuada defensa por parte de Nova Austral, máxime considerando que a la infracción se atribuyen circunstancias calificantes específicas de gravedad.
- (ii) La aplicación que la SMA hace de la circunstancia del literal e) del numeral 1 del art. 36 de la LOSMA para calificar la supuesta infracción como gravísima carece de fundamento legal, toda vez que no indica cuál de las hipótesis que contempla la norma se verificaría, ni cómo la conducta imputada configuraría alguna de ellas. En efecto, en la especie, Nova Austral no ha impedido deliberadamente la fiscalización, no ha encubierto una infracción ni ha evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA. Por el contrario, como consta en los antecedentes del proceso, ha mantenido una actitud de cooperación con las autoridades competentes en el ejercicio de sus atribuciones de fiscalización. La SMA confunde la aplicación de las diversas hipótesis que contempla la norma, tomando elementos de una y otra para hacer calzar, de manera forzada, la supuesta infracción en la circunstancia calificante.
- (iii) La SMA califica la supuesta infracción como grave afirmando la existencia de un daño ambiental reparable fundándose en argumentos teóricos e imprecisos, sin indicar claramente cómo se verificaría el daño en la especie. Como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, para imputar responsabilidad debe existir un daño efectivo y cierto, cuestión que la SMA no acredita en su formulación de cargos, a pesar de que sobre ella recae la prueba del daño. Tampoco acredita el vínculo causal entre la pretendida infracción y el supuesto daño que imputa.
- (iv) La mera existencia de impactos ambientales en el fondo marino no es suficiente para imputar daño ambiental, especialmente considerando que las actividades de engorda de salmones en el medio marino, por sus características propias, generan efectos adversos en el medio ambiente, los que en el caso del CES Aracena 14 han sido aprobados en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- (v) La arena no es un agente contaminante que pueda haber generado un daño ambiental. La arena a que alude la SMA corresponde a material inerte compuesto por elementos no contaminantes y que decantan rápidamente sobre el lecho marino en comparación con la fracción de alimento no consumido y heces de peces que pueden ser depositados en el fondo marino en conformidad con la aprobación ambiental del Proyecto. Por otra parte,

del expediente sancionatorio se desprende que los efectos y alcances asociados a la incorporación de arena tienen un carácter local y acotado al entorno inmediato de dicho centro, y en ningún caso representan una alteración del fondo marino de mayor envergadura espacial.

- (vi) Tampoco el percarbonato de sodio es un agente que pueda haber provocado daño ambiental. La imputación de la SMA respecto de los efectos que el uso de percarbonato de sodio podría haber generado carece de respaldo técnico y empírico, toda vez que se trata de un producto químico de uso extendido en la industria salmonera convencional, que no presenta toxicidad, no posee persistencia y es rápidamente degradable.
- (vii) El fondo marino bajo el CES Aracena 14 cuenta con una cantidad demostrada considerable de fauna, a diferencia de lo que plantea la SMA en su Formulación de Cargos. En efecto las filmaciones subacuáticas efectuadas en el contexto de la medida provisional pre procedimental ordenada a Nova Austral revelan la presencia de abundante fauna en el área de sedimentación del centro de cultivo. Aun más, se verifica una tendencia temporal creciente en el número de especies identificadas en el área de sedimentación del centro Aracena 14, y también en el número de *Phylum* en que estas se agrupan, desde el año 2018 hasta el año 2020.
- (viii) La circunstancia calificante relativa al emplazamiento del CES Aracena 14 dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini no resulta aplicable. El sólo emplazamiento de la unidad fiscalizable afectada dentro de un área silvestre protegida del Estado no basta para calificar como grave dicha infracción, ya que debe tratarse de la ejecución de un proyecto o actividad no autorizado. En el presente caso, no obstante desarrollarse la operación del CES Aracena 14 dentro de un área silvestre protegida, el Proyecto se encuentra (i) amparado por el marco normativo aplicable y (ii) debidamente autorizado por los organismos competentes. Por otra parte, la supuesta infracción imputada no ha implicado una afectación a los objetos de protección del referido parque nacional.

Dada la imputación de daño ambiental efectuada por la SMA, y en consideración a lo dispuesto en el acápite 1.3 de la Guía de la SMA sobre presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, por el sólo hecho de haberse imputado daño ambiental a mi representada, no le fue posible ejercer su derecho legal de presentar un Programa de Cumplimiento (“**PDC**”), sin perjuicio de que finalmente la Resolución Sancionatoria descartó la concurrencia de tal daño.

#### **I.2.4 Resolución Sancionatoria**

Mediante Res. 1075/2022, la SMA puso término al Procedimiento Administrativo Sancionador e impuso a Nova Austral una multa de 1.300 UTA. En síntesis, la Resolución Sancionatoria

mantiene la calificación de gravedad del Cargo como *gravísimo* por entender que concurre la circunstancia de la letra e) del número 1 del art. 36 de la LOSMA; y de *grave* por entender asimismo concurrente la circunstancia del art. 36 N° 2 letra i) de la LOSMA. En lo que respecta a la imputación de daño ambiental, la SMA señala que “*la perturbación ampliamente descrita en el caso específico de este procedimiento sancionatorio, no tiene la entidad para calificarla como una “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo” del fondo marino. Por lo tanto, no procede analizar si la afectación del medio ambiente que ha sido identificada presenta una connotación significativa que exige el tercer elemento de la definición legal de daño ambiental. En consecuencia, a juicio de este Superintendente, no se dan los requisitos para que se verifique la clasificación en comento, razón por la que será descartada.*”<sup>2</sup>

## II. MOTIVOS POR LOS QUE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA ES CONTRARIA A DERECHO Y DEBE SER DEJADA SIN EFECTO.

### II.1 AL HABERSE IMPUTADO LA GENERACIÓN DE DAÑO AMBIENTAL EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS -CIRCUNSTANCIA DESCARTADA EN LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA- SE PRIVÓ A NOVA AUSTRAL DE EJERCER SU LEGÍTIMO DERECHO DE ACOGERSE A UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO.

II.1.1 La Formulación de Cargos imputó a Nova Austral la generación de daño ambiental, lo que fue desvirtuado y finalmente descartado en la Resolución Sancionatoria.

En la Formulación de Cargos, la SMA afirmaba que “es posible sostener que el vertimiento sin autorización de material inerte y agentes químicos de características oxidantes en el que se imputa haber incurrido Nova Austral S.A., en el fondo marino del área de la concesión del CES Aracena 14 –ubicado en aguas que forman parte del Parque Nacional Alberto de Agostini–, genera una hipótesis de daño ambiental” (énfasis agregado)<sup>3</sup>.

A partir de ello, optó por aplicar al Cargo la circunstancia calificante de gravedad a que hace referencia el artículo 36 N° 2 literal a) de la LOSMA, esto es, hechos o actos que hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación.

Como se indicó precedentemente, al término del Procedimiento Administrativo Sancionador, y a partir de la información acompañada por mi representada, la SMA descartó la existencia de un daño ambiental, señalando expresamente que no se daban los requisitos para que se verifique la clasificación en virtud de la circunstancia asociada a daño ambiental.

<sup>2</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 111.

<sup>3</sup> Formulación de Cargos, considerando 37.

En efecto, como S.S. Ilustre podrá apreciar, la Res. 1075/2022 señala que “*el vertimiento de arena no tuvo la entidad para generar un detrimento al componente sedimento*” ni “*pudo tener el efecto de afectar la columna de agua. A ello se debe sumar la circunstancia de que no existen otros antecedentes en el presente procedimiento que reflejen una eventual afectación fuera del área de concesión*”<sup>4</sup>, concluyendo que “*no se dan los requisitos para que se verifique la clasificación en comento, razón por la que será descartada*”<sup>5</sup>. Es tal la certeza de la SMA de la conclusión a la que ha arribado que “*estima que no procede ponderar las alegaciones de la empresa referidas a la no existencia de daño ambiental producto de la infracción, por ser innecesarias en esta instancia*”<sup>6</sup>.

La Res. 1075/2022 no hace siquiera el intento de sostener la existencia de daño ambiental, ni tampoco explica sobre qué antecedentes calculó la susceptibilidad de generación de daño ambiental ni el *riesgo* denunciado en su momento por SERNAPESCA, que justificaran la decisión de agravar la calificación del Cargo por esta causa y, de paso, privar a Nova Austral del legítimo ejercicio de una facultad que la ley le concedía.

A pesar de ello, la SMA dictó la Resolución Sancionatoria, sin reparar en que tal circunstancia implicaba un **cambio sustantivo en los hechos imputados**. En efecto, como se explicará en el párrafo siguiente, al haberse continuado procedimiento sancionatorio sin una nueva formulación de cargos, se vulneró el derecho que asistía a Nova Austral de acogerse a un PDC, limitado por la SMA al imputar la existencia de daño ambiental asociada al Cargo.

#### **II.1.2 Por habersele imputado daño ambiental, Nova Austral se vio impedida de acogerse a un Programa de Cumplimiento, en consideración a lo dispuesto en normas dictadas por la misma SMA.**

El artículo 42 de la LOSMA faculta a los infractores de la normativa ambiental, bajo ciertos supuestos, a “*presentar en el plazo de 10 días, contado desde el acto que lo incoa, un programa de cumplimiento*”.

En conformidad con lo dispuesto en el acápite 1.3 de la Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental elaborada por la SMA, cuya última versión es de fecha julio de 2018, la presentación de un PDC es improcedente en el caso de formulaciones de cargos que imputen infracciones calificadas como gravísimas o graves, de conformidad con el literal a) de los numerales 1 y 2, del artículo 36 de la LOSMA, respectivamente (esto es, cuando se impute daño ambiental, sea o no susceptible de reparación).

---

<sup>4</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 110.

<sup>5</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 111.

<sup>6</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 112.

El motivo esgrimido para ello es que existiría en la LOSMA otro mecanismo aplicable a las infracciones que generan daño ambiental, como es el plan de reparación de daño ambiental a que se refiere el artículo 43 de la citada ley.

La referida Guía, según la misma indica, fue dictada por la SMA en conformidad con establecido en la letra u) del artículo 3 de la LOSMA, según el cual corresponde a la SMA proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de PDC, así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos de carácter ambiental de su competencia. En consecuencia, se trata de un instrumento que forma parte del bloque normativo a que quedan sujetos los regulados para efectos de la presentación de un PDC.

De nada servía entonces, la fórmula incluida en el Resuelvo III de la Formulación de Cargos, que señalaba que “*[d]e conformidad con lo dispuesto en el inciso primero de los artículos 42 y 49 de la LOSMA, el titular tendrá un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento y de 15 días hábiles para formular sus descargos, ambos plazos contados desde la notificación del presente acto administrativo*”, ante la restricción general impuesta por la SMA para la presentación de programas de cumplimiento en infracciones con imputación de daño ambiental.

De esta forma, la SMA ha limitado la presentación de programas de cumplimiento en los casos donde ella misma imputa -sin previamente verificarlo- la existencia de daño ambiental, reparable o no susceptible de reparación. Lo anterior, a pesar de que la LOSMA no limita expresamente la presentación de un PDC en tales casos.

En consecuencia, al haberse formulado un cargo en contra de Nova Austral, en el que se imputaba daño ambiental, dejó a mi representada sujeta necesariamente a presentar descargos, sin tener la posibilidad de acogerse a un PDC que incluyera acciones y medidas para dar cumplimiento a la normativa infringida y que, sujeto a su aprobación y satisfactoria implementación, permitiera terminar el procedimiento sin la imposición de sanciones.

#### **II.I.3 Aparte de la restricción impuesta por la SMA, ninguna causal legal impedía a Nova Austral acogerse a la ejecución de un PDC.**

El inciso tercero del artículo 42 de la LOSMA dispone:

*“No podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento,*

*salvo que se hubiese tratado de infracciones leves. Con tal objeto, deberá considerarse el plazo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 37”.*

En concordancia con esta norma, el artículo 6 del Decreto Supremo N° 30 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (el “DS N°30/2012”) señala que no podrán presentar programas de cumplimiento los infractores que se encuentran afectos a las circunstancias que enumera, en ninguna de las cuales se encontraba Nova Austral al momento de la Formulación de Cargos, como se explica a continuación.

En primer término, la letra a) del artículo 6 del DS N°30/2012 señala que no podrán presentar programas de cumplimiento “*[T]os infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental*”. Al respecto, Nova Austral no se ha acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental, por lo que no se encuentra en el supuesto de hecho que contempla esta norma.

Luego, el literal b) del artículo 6 del DS N°30/2012 señala que no podrán presentar programas de cumplimiento “*[T]os infractores que hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas*”. Pues bien, a la fecha de la Formulación de Cargos, Nova Austral no había sido sancionada por concepto de infracciones gravísimas.

Finalmente, en conformidad con la letra c) del artículo 6 del DS N°30/2012, no podrán presentar programas de cumplimiento “*[T]os infractores que hubiesen presentado con anterioridad un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves*”. A la fecha de la Formulación de Cargos, Nova Austral había presentado dos programas de cumplimiento<sup>7</sup>, ambos exclusivamente por infracciones calificadas como leves.

En consecuencia, queda de manifiesto que la imposibilidad de Nova Austral de acogerse a un PDC una vez formulados los cargos, radicaba exclusivamente en la limitación impuesta por la misma SMA en su Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, sin que hubiera otra restricción legal aplicable a mi representada para estos efectos.

#### **II.1.4 Al haberse descartado la concurrencia de daño ambiental, la Resolución Sancionatoria infringe el principio de congruencia respecto de la Formulación de Cargos.**

---

<sup>7</sup> En los procedimientos sancionatorios F-066-2014 y P-001-2020.

En efecto, la Res. 1075/2022 es incongruente respecto de la Formulación de Cargos, toda vez que el daño ambiental imputado en dicho acto para calificar el Cargo, fue totalmente descartado en la Resolución Sancionatoria.

Aunque el principio de congruencia en materia de revisión de jurisdiccional de actos administrativos ambientales se ha examinado usualmente desde el punto de vista de la “*congruencia intra proceso [que] exige un enlace entre la reclamación judicial, prueba y sentencia definitiva*”<sup>8</sup> o la congruencia *extra proceso* o “desviación procesal”, que consiste en “*enlazar la pretensión administrativa y la judicial, de manera que entre ellas exista una correspondencia*”<sup>9</sup>, no debe olvidarse que constituye un principio general del derecho, aplicable a las distintas disciplinas especializadas.

Pronunciándose acerca de la congruencia en materia penal, la Excelentísima Corte Suprema ha fallado que:

“*el principio de congruencia procura evitar la lesión de los derechos del encartado, por lo cual no debe encontrar en el debate variaciones al marco fáctico, que constituyan sorpresas y le impidan el ejercicio de la defensa ya que de poco serviría ser oído sobre una acusación o cargo que pueda ser mutada y convertirse en otra diferente (Julián Horacio Langerin: Nuevas Formulaciones del Principio de Congruencia: Correlación entre Acusación, Defensa y Sentencia, Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, p. 47)*”<sup>10</sup>.

Siendo la potestad punitiva penal y administrativa manifestaciones del poder único que tiene el Estado para sancionar determinadas conductas<sup>11</sup> -el *ius puniendi* estatal-, no sorprende que la LOSMA recoja este principio y, en particular, incorpore el énfasis en la importancia del marco fáctico para la defensa en un procedimiento sancionatorio como elemento que fija la controversia y posibilita la adecuada defensa de los acusados. Así, el inciso segundo del artículo 49 exige que la formulación de cargos tenga “*una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada*” y el inciso tercero del art. 54 prohíbe que alguna “*persona [pueda] ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos.*”

Si bien el contenido de la formulación de cargos “*debe estimarse de manera provisoria, dado que las pericias, inspecciones y demás medios de prueba pueden llevar a modificarlo, por ejemplo, en relación a la infracción cometida y, por tanto, la sanción anudada*”, **de ocurrir una modificación en los cargos “corresponderá reformular o ampliar los cargos”**<sup>12</sup> (énfasis agregado). Ello es concordante con el hecho de que una tutela adecuada y efectiva del derecho a defensa que asiste a todo

<sup>8</sup> Tercer Tribunal Ambiental, Causa Rol R-7-2019, considerando 2º del voto disidente del Ministro Hunter.

<sup>9</sup> Tercer Tribunal Ambiental, Causa Rol R-7-2019, considerando 4º del voto disidente del Ministro Hunter. Tercer Tribunal Ambiental, Causa Rol R-12-2019, considerando vigésimo cuarto.

<sup>10</sup> Excelentísima Corte Suprema, Causa Rol N°75.670-2021, considerando octavo.

<sup>11</sup> Véase los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en las causas Rol N°244-1996 y 479-2006.

<sup>12</sup> Bérnudez, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2015 (2º edición), p. 505.

acusado pasa por permitir que este pueda presentar sus descargos a las nuevas circunstancias que le son imputadas o ejercer los derechos procesales que al respecto la ley le otorgue.

En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia al fallar que el objeto de la reformulación de cargos es “*modificar el contenido de los cargos formulados al presunto infractor, a saber, hechos, sanción o calificación jurídica*”<sup>13</sup> (énfasis agregado) y que “*procederá la reformulación de cargos, que en razón de dichos nuevos antecedentes o hechos hagan necesaria una nueva calificación jurídica de los hechos que fundan el proceso y de la gravedad de la sanción (Osorio Vargas, Cristóbal, op. Cit., pp. 319-320)*”<sup>14</sup> (énfasis añadido).

**II.1.5 Al haberse verificado una circunstancia que incide sustantivamente en el procedimiento -la ausencia de daño ambiental- la SMA debió efectuar una nueva formulación de cargos, única manera de resguardar el legítimo derecho de Nova Austral a acogerse a un Programa de Cumplimiento.**

Podrá apreciar S.S. Ilustre a partir de lo descrito, que la limitación a la presentación de un PDC -por supuesta concurrencia de un daño ambiental- no tenía sustento en los hechos, como confirmó la misma SMA en la Resolución Sancionatoria al descartar la existencia de daño ambiental. De haberse formulado correctamente el Cargo -esto es, sin imputar la concurrencia de daño ambiental, Nova Austral podría haberse acogido al derecho que le reconoce expresamente el artículo 42 de la LOSMA, presentando un PDC para aprobación de la SMA.

Así, la imprecisión y negligencia de la propia SMA al formular y calificar el Cargo, imputando la existencia de daño ambiental sin fundamento suficiente para ello, ha implicado para mi representada una vulneración de derechos previstos expresamente en la LOSMA para los regulados. Para no incurrir en tal vulneración, la SMA debía, tras descartar la existencia de daño ambiental, formular nuevamente y de manera correcta el Cargo a la Compañía, de manera que esta pudiera ejercer plenamente los derechos que como imputada en un procedimiento administrativo sancionador le reconoce el ordenamiento jurídico.

En efecto, la Res. 1075/2022 sanciona un hecho sustancialmente distinto al imputado, situación que amerita una reformulación de cargos, en línea con los criterios que la doctrina y jurisprudencia han recogido, según lo expuesto anteriormente. Afirmar lo contrario, esto es, que no era necesario reformular los cargos tras descartar el daño ambiental, implicaría considerar como insustancial o accidental la imputación de daño ambiental, que como se ha explicado, tiene

---

<sup>13</sup> Segundo Tribunal Ambiental, Causa Rol R-122-2016, considerando vigésimo.

<sup>14</sup> Segundo Tribunal Ambiental, Causa Rol R-122-2016, considerando vigésimo primero.

una relevancia decisiva en las alternativas de acción del imputado al que se le formulan cargos, como ha sucedido con Nova Austral en el presente caso.

**II.2 LA APLICACIÓN QUE LA SMA HACE DE LA CIRCUNSTANCIA CALIFICANTE DEL ARTÍCULO 36 NÚMERO 1 LITERAL E) DE LA LOSMA CARECE DE FUNDAMENTO LEGAL, TODA VEZ QUE NO SE VERIFICA NINGUNA DE LAS HIPÓTESIS QUE LA NORMA CONTEMPLA.**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 numeral 1 literal e) de la LOSMA, se considerarán infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que “*e) Hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia*”. Como puede apreciarse, esta norma contempla tres hipótesis alternativas para calificar de *gravísima* una infracción, a saber: (i) haber impedido deliberadamente la fiscalización; (ii) haber encubierto una infracción; o (iii) haber evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA.

De acuerdo con la Res. 1075/2022, el Cargo es clasificado como gravísimo en virtud de la primera hipótesis mencionada, puesto que “*implicó una conducta que ha impedido el ejercicio de las atribuciones de un organismo sectorial con competencia ambiental, toda vez que SERNAPESCA se ha visto impedido de fiscalizar lo dispuesto en los arts. 19 del RAMA y 87 de la LGPA*”<sup>15</sup> no obstante sostener también que “*a juicio de este Superintendente se dan los requisitos para que se verifiquen la primera y tercera hipótesis de la clasificación en comento*”<sup>16</sup>.

Sin embargo, una correcta interpretación de esta norma y los hechos objeto del Cargo, llevan a concluir que no concurre, en la especie, ninguna de las circunstancias descritas en el literal e) del artículo 36 de la LOSMA, toda vez que, en la especie, la SMA (i) no ha acreditado la concurrencia del elemento subjetivo de la circunstancia calificante en cuestión, ni tampoco (ii) la configuración del tipo objetivo que constituyen las hipótesis primera y tercera del artículo 36 numeral 1 literal e) de la LOSMA.

**II.2.1 La infracción imputada a Nova Austral no ha evitado deliberadamente una fiscalización. Ausencia del elemento subjetivo de intencionalidad contemplado en el artículo 36 N° 1 letra e) de la LOSMA.**

En su razonamiento acerca de este punto, la SMA se remite a la línea argumental que desarrolla a propósito de la intencionalidad en la comisión de la infracción como circunstancia que debe

---

<sup>15</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 89.

<sup>16</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 103.

ponderarse para la determinación de la sanción en conformidad con el artículo 40 letra d) de la LOSMA.

Sobre el particular, la Res. 1075/2022 estima concurrente la intencionalidad de la infracción debido a que (i) “*resulta incomprensible a la luz de las máximas de la experiencia que un sujeto calificado como Nova Austral S.A. no se haya impuesto acerca de la necesidad de requerir tal autorización*”<sup>17</sup>; (ii) la comisión de la infracción “*le hubo de requerir una planificación determinada, involucrando una gestión de recursos humanos propios y de terceros, materiales y logísticos*”<sup>18</sup>; y (iii) habría orientado su conducta debido a que los resultados aeróbicos derivados de la alteración del fondo marino y la columna de agua, “*le habrían permitido obtener fraudulentamente una autorización de siembra*”<sup>19</sup>.

Sin embargo, este razonamiento de la SMA es errado y no basta para acreditar la concurrencia del elemento subjetivo que exige el art. 36 N° 1 letra e) de la LOSMA para su configuración. Ello, porque la SMA confunde la intencionalidad requerida para la comisión de la infracción que derivó en el Cargo con la intencionalidad necesaria para la obstaculización de la fiscalización. Ambas son hipótesis de hecho claramente diferenciadas en la ley y la fisionomía y requisitos propios de la segunda han sido reconocidos por la jurisprudencia.

En efecto, el Tercer Tribunal Ambiental ha fallado que:

“*(...) 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.”<sup>20</sup> (el énfasis es nuestro).*

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, con fecha 5 de mayo de 2015, la SMA evacuó su informe, señalando, en este punto:

---

<sup>17</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 170. Al respecto, cabe tener presente que los sujetos calificados, “*desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación*” por lo que es respecto de ellos “*es posible esperar un mayor conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos y que se encuentren en una mejor posición para evitar infracciones a la normativa ambiental*” (considerando 167).

<sup>18</sup> Resolución sancionatoria, considerando 170.

<sup>19</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 171.

<sup>20</sup> Tercer Tribunal Ambiental, Causa Rol R-64-2018, considerando octagésimo segundo.

“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” (énfasis agregado).

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. De hecho, ha entregado todos los documentos solicitados en los requerimientos de información efectuados por la SMA, de lo que solo se puede desprender un ánimo plenamente colaborativo.

La única intencionalidad que podría acreditarse en el Procedimiento Administrativo Sancionador yace en la ejecución de los hechos constitutivos de la infracción -que es la línea argumentativa que desarrolla la SMA-, pero de ello no se colige que se haya impedido la fiscalización, ni que haya habido una voluntad de Nova Austral en dicho sentido que orientara su actuar.

Por el contrario, los hechos dan cuenta de la completa colaboración de Nova Austral durante las fiscalizaciones de SERNAPESCA y la SMA, así como su cooperación eficaz durante el transcurso del Procedimiento Administrativo Sancionador, y no existe indicio alguno que permita imputarle una conducta intencionalmente orientada a entorpecer el desarrollo de las fiscalizaciones.

De este modo, la SMA no ha logrado sobrepasar el umbral de probabilidad preponderante<sup>21</sup> exigido para tener por deliberadamente obstructivo el actuar de Nova Austral.

## II.2.2 La infracción imputada a Nova Austral no ha evitado la fiscalización de SERNAPESCA.

De acuerdo con la Res. 1075/2022, la SMA estima que la Compañía ha impedido la fiscalización de SERNAPESCA porque éste se ha visto “*impedido de determinar la compatibilidad del último ciclo productivo en el CES Aracena 14 con la capacidad de carga de los cuerpos de agua en que se emplaza –por*

---

<sup>21</sup> Tribunal Ambiental, Causa Rol R-64-2018, considerando octagésimo segundo.

cuanto el análisis posterior que se realice en el área de sedimentación no podría ser representativo del impacto real de la actividad en el área muestreada—”<sup>22</sup>.

Sin embargo, dicha afirmación no guarda relación ni proporcionalidad con los hechos bien establecidos de la causa, según estos constan tanto en las actas de fiscalización levantadas en el procedimiento DFZ-2019-1418-XII-RCA como en la Res. 1075/2022. Específicamente, en las actas de inspección levantadas los días 26 de julio, 27 de julio y 2 de agosto de 2019, se señala en los puntos 5.1 que “*no existe oposición/obstrucción al ingreso*” y se menciona en los puntos 6.3 que “*existió colaboración de los fiscalizados*”.

Asimismo, la Formulación de Cargos señala una serie de informes de fiscalizaciones llevadas a cabo por SERNAPESCA, en los cuales tampoco constan antecedentes que permitan afirmar fundadamente la existencia de acciones por parte de la Compañía para impedir la fiscalización de este organismo sectorial. En particular, la Formulación de Cargos menciona los informes de fiscalización a la embarcación Lucas CA 6718, matrícula VLD 6780 y a la barcaza Melinka CB 2808, ambos emitidos con fecha 17 de julio de 2019 y levantados con ocasión de una inspección practicada por funcionarios de SERNAPESCA y de la Capitanía de Puerto de Punta Arenas el día 10 del mismo mes. En ninguno de ellos consta ningún tipo de oposición de parte de la Compañía a la fiscalización efectuada y, por el contrario, ambos indican que el patrón o capitán de la barcaza proporcionó “*sin problema la bitácora solicitada*”.

En contra de estas evidencias concretas y tangibles acerca de la nula obstaculización de las fiscalizaciones efectuadas por SERNAPESCA, la SMA construye su argumento en favor de la concurrencia de esta circunstancia calificante por la vía de interpretar “*en sentido amplio*” lo que debe entenderse por “*funciones de fiscalización*”, conteste de que el sentido natural obvio de los términos empleados en el del art. 36 N°1 letra e) de la LOSMA refuerza lo ya dicho acerca de la completa ausencia de obstáculos puestos por Nova Austral para el desarrollo de las actividades de fiscalización efectuadas por SERNAPESCA. Así, en contra del uso general de las mismas, se entiende que “*funciones de fiscalización [de SERNAPESCA]*” es una expresión por la cual se comprendería “*todo el espectro de competencias con que cuenta para obtener el cumplimiento de la normativa acuícola por parte de la industria salmonera; dentro de las que destaca, eminentemente, la fiscalización de las medidas de protección del medio ambiente estatuidas en el RAMA*”<sup>23</sup>.

A modo de refutación, basta señalar que si bien “*funciones de fiscalización*” puede dogmáticamente significar lo que la SMA entiende y señala en la Res. 1075/2022, la hipótesis tipificada en el art. 36 N°1 letra e) de la LOSMA no incluye dicha expresión, sino que emplea el término “*fiscalizaciones*”, es decir, la “*acción y efecto de fiscalizar*” según el Diccionario de la Real Academia

<sup>22</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 92.

<sup>23</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 92.

Española de la Lengua. Este es un concepto con un contenido más concreto y específico, que puede definirse como la acción o actividad de control y supervisión sobre un determinado sujeto<sup>24</sup>; es decir, el acento de la fiscalización está determinado no por la función que cumple o las atribuciones anexas al órgano fiscalizador para el cumplimiento de sus fines, sino en la actividad fiscalizadora. Y, en esta línea, en las actividades de fiscalización desarrolladas el 26 y 27 de julio de 2019 y el 2 de agosto de 2019, consta en el expediente que no hubo entorpecimiento alguno por parte de Nova Austral.

### **II.2.3 La infracción imputada a Nova Austral no ha evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA.**

En lo tocante a la configuración de la tercera hipótesis prevista en el art. 36 N°1 letra e), la Res. 1075/2022 señala que “*cuando la ley le otorgue a esta SMA las funciones de fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, no es menos cierto que, por expresa habilitación legal que va ciertamente más allá de una mera aplicación del principio de coordinación y por una cuestión de realidad, los organismos sectoriales con competencias ambientales fiscalizan por orden de la SMA, permitiendo, de ese modo, que la Superintendencia ejerza sus atribuciones sancionatorias*”<sup>25</sup>. En consecuencia, el eventual entorpecimiento de una fiscalización de un órgano administrativo distinto de la SMA, pero sobre el cual la SMA tenga una supervigilancia o dirección funcional en base a la materia (ambiental), implica de suyo “[evitar] el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia”<sup>26</sup>; situación que la SMA ejemplifica con la articulación de la Red Nacional de Fiscalización Ambiental.

Esta interpretación extensiva del alcance de las atribuciones de la SMA y de las consecuencias de la obstaculización de una fiscalización sectorial en materia ambiental es errónea, toda vez que de una correcta lectura de la norma en comento se deduce que la hipótesis tipificada únicamente se refiere al ejercicio de las atribuciones de la SMA. Ampliar la aplicación de esta hipótesis implicaría una vulneración manifiesta del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

Así, la doctrina ha reconocido ampliamente la necesidad de que el proceso sancionatorio se apegue estrictamente a derecho, sin que se puedan aplicar sanciones o circunstancias calificantes que no están consagradas en la ley. De esta manera, el principio de juridicidad impone a todos los organismos gubernamentales la obligación de ceñirse estrictamente a lo dispuesto en la Constitución, las leyes, los reglamentos, los decretos supremos, decretos con fuerza de ley y otros actos administrativos que se dicten con carácter vinculante, de modo que una actuación

<sup>24</sup> Véase al respecto la definición de la voz “fiscalización” consignada por Arturo Yrarrázaval en su Diccionario Jurídico-Económico (Yrarrázaval Covarrubias, Arturo. *Diccionario Jurídico-Económico*, 2011, p.366) y las diferentes acepciones que la voz “fiscalización” tiene en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (recurso web disponible en <https://dpej.rae.es/lema/fiscalizaci%C3%B3n>).

<sup>25</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 96.

<sup>26</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 97.

administrativa que no cumpla con los elementos de legitimidad extraídos de los artículos 6 y 7 de la Constitución, constituye una infracción del ordenamiento jurídico, privándolo de validez<sup>27</sup>. En este sentido, la doctrina ha afirmado que “(...) *proyectado este principio respecto de las sanciones administrativas, la solución no es diversa: las infracciones administrativas y sus sanciones correlativas sólo pueden ser establecidas por ley*”<sup>28</sup> (el énfasis es nuestro), sin que existan en esta materia facultades discrecionales.

Pero las exigencias de este principio van más allá, ya que no solo la infracción tiene que estar establecida en la ley, sino también la calificación de la infracción. Así, la doctrina ha señalado que:

*“la calificación de la infracción no es una facultad discrecional de la Administración, sino propiamente una actividad jurídica de aplicación de normas que exige, como presupuesto objetivo, el encuadre o subsunción de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente”*<sup>29</sup> (el énfasis es nuestro).

Es claro entonces que no existe total discrecionalidad en la calificación de la gravedad, sino que se trata de una actividad reglada que, como ha indicado la Excmo. Corte Suprema supone que:

*“toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión”*<sup>30</sup> (el énfasis es nuestro).

En efecto,

*“en la labor de subsunción entre hechos y norma infraccional la SMA deberá proceder a integrarla con los supuestos del art. 36 LOSMA. (...) En esta labor no existe margen de discrecionalidad para la Administración del Estado, sino que debe aplicar los conceptos jurídicos indeterminados que, sobre todo, se contienen en el art. 36 LOSMA”*<sup>31</sup> (el énfasis es nuestro).

Como es evidente, y de acuerdo con lo indicado precedentemente, dicha subsunción no ocurrió en la especie, por cuanto la SMA realizó interpretaciones que transgreden el sentido natural y obvio del artículo 36 N°1 letra e) de la LOSMA y vulneran el principio de juridicidad que debe

<sup>27</sup> Osorio, Cristóbal. *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, Parte General*, 2017, pp. 237-249.

<sup>28</sup> Cordero, Eduardo. *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 42, 2014, 399-439, p. 411.

<sup>29</sup> Osorio, Cristóbal. *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, Parte General*, 2017, pp. 835-836.

<sup>30</sup> Sentencia de la Excmo. Corte Suprema en causa rol N° 79.353-2020, considerando décimo quinto.

<sup>31</sup> Bermúdez, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2014 (segunda edición), p. 491.

imperar en el actuar de la Administración, para hacer calzar, de manera forzada, la infracción en la circunstancia calificante, siendo que lo imputado no coincide con ninguna de las tres hipótesis del ya mencionado artículo.

Por tanto, debe descartarse total y absolutamente la configuración de cualquiera de las hipótesis de la letra e) del número 1 del art. 36 de la LOSMA, y en consecuencia la calificación de gravísima de la infracción objeto del Cargo.

**II.3 LA SMA NO HA PONDERADO DEBIDAMENTE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA AL DETERMINAR EL MONTO DE LA MULTA IMPUESTA.**

Sin perjuicio de lo mencionado previamente, en el improbable caso que este Ilustre Tribunal no concluya que la Res. 1075/2022 irrogó un perjuicio ilegítimo a Nova Austral al impedirle ejercer oportuna y legítimamente una facultad concedida por ley, como es acogerse a un PDC, solicitamos a S.S. Ilustre se sirva ordenar a la SMA complementar en lo correspondiente la Res. 1075/2022 y efectuar una nueva determinación del monto de la multa impuesta, atendida las siguientes consideraciones relativas al modo en que la SMA abordó la concurrencia o ausencia, en su caso, de las circunstancias contempladas en el art. 40 de la LOSMA.

**II.3.1 La Res. 1075/2022 no pondera adecuadamente las medidas correctivas adoptadas por Nova Austral.**

En su respuesta a la Res. Ex. N°3/Rol D-143-2021 (el “Requerimiento de Información”), Nova Austral hizo presente a la SMA que “*en agosto de 2020, se formó el centro de costo del área de Compliance. Se contrató el rol del Gerente Legal & Compliance el cual incluía un recurso humano que tiene relación con controles internos de la empresa. En abril de 2021 se incorporó una tercera persona la cual tiene el rol de implementar el programa de cumplimiento ambiental de la compañía y, en abril de 2022 se incorpora una cuarta persona, con la labor de ejecutar revisiones internas periódicas en la operación de agua mar. Esta área reporta de manera directa al Directorio de la empresa*”.

Al ponderar si esta circunstancia configura la hipótesis contemplada en el art. 40 letra i) de la LOSMA, a saber, “[t]odo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”, la Res. 1075/2022 concluye que esta circunstancia no será considerada como un factor de disminución de la sanción aplicable al Cargo debido a que “*las acciones no se encuentran directamente orientadas a la corrección de la infracción configurada ni sus eventuales consecuencias; más bien, o se trata de acciones destinadas derechosamente a remediar impactos que no dicen relación con el cargo*

*formulado, o al levantamiento de información acerca de las condiciones del centro o destinadas a modificar la gestión interna de la empresa, mas no se hacen cargo de dichas condiciones”<sup>32</sup>.*

Esta apreciación de la SMA constituye un error de juicio que se traduce en un serio perjuicio para Nova Austral. El Cargo contenido en la Res. 1075/2022 consiste, en esencia, en el incumplimiento de normativa aplicable al no haberse obtenido un permiso necesario para efectuar una alteración artificial del fondo marino. Difícilmente, entonces, pueden adoptarse acciones orientadas a la corrección de la infracción misma configurada ni sus eventuales consecuencias, ya que no se trata de un hecho material susceptible de subsanarse. Por tanto, toda acción orientada a la corrección de la infracción configurada pasa necesariamente por medidas tendientes a evitar reincidir en su ejecución. La incorporación de un oficial de cumplimiento (o *compliance*) a la plana ejecutiva de la empresa tiene precisamente dicha finalidad.

En consecuencia, es necesario corregir el yerro que en este punto comete la SMA y considerar la creación de la referida área legal de cumplimiento como un factor de disminución de la multa puesto que, como se señaló, con esta innovación corporativa Nova Austral sí se hace cargo de las condiciones (y consecuencias) que se conjugaron en un primer lugar para la configuración de la infracción objeto del Cargo.

A mayor abundamiento, como consta en el Procedimiento Administrativo Sancionador, Sobre este punto, cabe considerar que, con el objeto de corregir las malas prácticas denunciadas en este y otros procedimientos administrativos sancionatorios, Nova Austral encargó una investigación interna e inició un proceso que implicó, entre otros, la renovación completa de su 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.

#### **II.3.2 La Res. 1075/2022 no pondera adecuadamente la capacidad económica de Nova Austral.**

Al ponderar la capacidad económica del infractor en conformidad con el art. 40 letra f) de la LOSMA, la Res. 1075/2022 concluye que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción después de analizar los estados

---

<sup>32</sup> Resolución Sancionatoria, considerando 184.

financieros aportados por Nova Austral durante el procedimiento en respuesta al Requerimiento de Información. En particular, la SMA señala que “[e]n el presente caso, la información de los ingresos anuales de la empresa disponible por esta Superintendencia corresponde al año 2020, por lo que es posible sostener que ésta comprende los efectos que la pandemia de COVID-19 ha tenido en el funcionamiento de la empresa. Por lo anterior, se considera que no procede efectuar ajustes adicionales a la ponderación del tamaño económico para internalizar en la sanción los posibles efectos de la crisis sanitaria”<sup>33</sup>. Este proceder de la SMA adolece de dos errores.

Por un lado, adopta una decisión de gran importancia para la determinación de la magnitud de la multa sobre la base de información desactualizada, en circunstancias que obraban en su poder los estados financieros auditados al 31 de diciembre de 2021 (los “**Estados Financieros**”), los que dan cuenta más exacta de la delicada situación económica de Nova Austral.

Cabe recordar que, de acuerdo con las Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales dictadas por la SMA, para efectos de ponderar el tamaño económico del infractor “la SMA considera la información de clasificación por tamaño económico utilizada por el SII, elaborada a partir de una estimación de ingresos por venta anuales en base a información tributaria autodeclarada. En caso de no disponer de la clasificación efectuada por el SII, o que a juicio de la SMA dicha información no represente el real tamaño económico del infractor, la SMA pondrá el tamaño económico partiendo de la información de ingresos contenida en los Estados Financieros del infractor, u otro documento que permita determinar su nivel de ingresos anuales”<sup>34</sup> (el énfasis es nuestro).

Al responder el Requerimiento de Información, Nova Austral expresamente le señaló a la SMA que “la Compañía ha tenido pérdidas por más de 81 millones de dólares en 2020, y por más de 50 millones de dólares en 2021<sup>35</sup>. Esto refleja la situación económica delicada, precaria e inestable de la Compañía, que no ha podido ser revertida. Como consta en los documentos que se acompañan, entre inicios de 2020 y fines de 2021 ha existido una grave disminución en el patrimonio de Nova Austral. De existir un patrimonio de 3.7 millones de dólares al inicio de 2020, Nova Austral cerró 2021 con un patrimonio negativo de -130,9 millones de dólares<sup>36</sup>. Dado que, como ha remarcado la jurisprudencia, debe asegurarse por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) que exista proporcionalidad entre el monto de la multa y la capacidad de pago real del infractor<sup>37</sup>, reiteramos nuestra solicitud en el sentido de que la capacidad económica de Nova Austral sea tomada debidamente en cuenta por esta autoridad en el evento de determinar alguna sanción en el presente procedimiento”<sup>38</sup>.

Efectivamente, como se ha hecho presente, durante el año 2020, la Compañía tuvo pérdidas por más de 81 millones de dólares, lo que ha generado una situación económica delicada, precaria e

<sup>33</sup> Resolución Sancionatoria, nota 40.

<sup>34</sup> Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, nota 61.

<sup>35</sup> Estados Financieros Consolidados, p. 4.

<sup>36</sup> Estados Financieros Consolidados, p. 4.

<sup>37</sup> En este sentido, sentencias del Segundo Tribunal Ambiental en causas Rol R-128-2016 y Rol R-51-2014.

<sup>38</sup> Presentación de Nova Austral en respuesta al Requerimiento de Información, número 1.

inestable que no ha podido ser revertida. Adicionalmente, los Estados Financieros reflejan la grave disminución en el patrimonio ocurrida entre los años 2019 y 2020, en donde de existir un patrimonio de 3.7 millones de dólares al cierre de 2019, Nova Austral cerró 2020 con un patrimonio negativo de -76.9 millones de dólares.

Durante el año 2021, esta situación no pudo ser revertida, existiendo pérdidas de más de -54 millones de dólares, con lo que el patrimonio negativo de la Compañía, al 31 de diciembre de 2021 y como se puede apreciar en la imagen siguiente, suma más de -130 millones de dólares.

#### NOVA AUSTRAL S.A. Y SUBSIDIARIAS

Estados Consolidados de Cambios en el Patrimonio

31 de diciembre de 2021 y 2020

(en miles de dólares estadounidenses)

	Capital Emitido MUS\$	Otras Reservas MUS\$	Ganancias (Pérdidas) Acumuladas MUS\$	Patrimonio Atribuible a los Propietarios de la Controladora MUS\$	Participaciones no Controladoras MUS\$	Patrimonio Total MUS\$
<b>Saldo inicial ejercicio actual 01.01.2021</b>	1.000	(79)	(78.861)	(77.960)	1.010	(76.950)
Cambios en el patrimonio						
Ganancia (Pérdida) del ejercicio	-	-	(56.804)	(56.804)	6.492	(50.312)
Otro resultado integral	-	79	(356)	(277)	-	(277)
Resultado integral	-	79	(57.160)	(57.081)	6.492	(50.589)
Incremento (disminución) transferencias y otros cambios	-	-	-	-	(3.442)	(3.442)
Total de cambio en patrimonio	-	79	(57.160)	(57.081)	3.050	(54.031)
Saldo final ejercicio actual 31.12.2021	1.000	-	(136.041)	(135.041)	4.050	(130.981)
<b>Saldo inicial ejercicio actual 01.01.2020</b>	1.000	(70)	(1.025)	(95)	0.007	3.712
Cambios en el patrimonio						
Ganancia (Pérdida) del ejercicio	-	-	(77.856)	(77.856)	(3.177)	(81.033)
Otro resultado integral	-	(9)	(9)	(9)	-	(9)
Resultado integral	-	(9)	(77.856)	(77.865)	(3.177)	(81.042)
Incremento (disminución) transferencias y otros cambios	-	-	-	-	380	380
Total de cambio en patrimonio	-	(9)	(77.856)	(77.865)	(2.797)	(80.662)
Saldo final ejercicio actual 31.12.2020	1.000	(79)	(78.861)	(77.960)	1.010	(76.950)

Fuente: Estados Financieros Consolidados, Nova Austral S.A. y sus subsidiarias, p. 4

Por su parte, en el primer semestre del año 2022 la utilidad negativa final fue de -35.7 millones de dólares, lo que sigue incrementando el patrimonio negativo de la Compañía. Además, la deuda se ha incrementado de 431 millones de dólares al cierre de 2019, a 504 millones de dólares al cierre de 2021, y sigue creciendo, justamente por los resultados negativos antes referidos.

Por tanto, considerar los ingresos correspondientes al año 2020 y no al año 2021 fue una opción conscientemente tomada por la SMA, toda vez que quedaba a su juicio la decisión de estimar que dichas cifras no se condecían con la realidad. Atendida la expresa evidencia de la crítica situación económica de la Compañía, como confirman los Estados Financieros acompañados en el procedimiento, la SMA no podía ignorar el estado patrimonial de Nova Austral y el desajuste entre la información financiera de 2020 y los Estados Financieros de 2021. Sin embargo, en vez de emplear las facultades que el ordenamiento le otorga para utilizar las cifras actualizadas contenidas en los Estados Financieros que obraban en su poder, decidió hacer caso omiso de esta circunstancia al ponderar el tamaño económico del infractor e imponer la

multa de 1.300 UTA. En consecuencia, es necesario realizar una nueva ponderación de esta circunstancia para realizar las disminuciones correspondientes en la multa impuesta.

Por otro lado, la consideración que hace la SMA a los efectos que haya podido tener la pandemia de Covid-19 sobre las operaciones de la Compañía el año 2020, es una mera conjetura que no tiene asidero alguno, e ignora múltiples otras circunstancias que afectaron las operaciones de Nova Austral durante los años 2021 y 2022. En consecuencia, la SMA debió realizar los ajustes que estimó innecesarios sobre la base de la información fidedigna y objetiva plasmada en los Estados Financieros acompañados en el Procedimiento Administrativo Sancionador.

**POR TANTO,**

**A S.S. ILUSTRE SOLICITO:** Tener por interpuesta, dar tramitación legal y, en definitiva, acoger la presente reclamación deducida en contra de la Res. 1075/2021, 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, retrotraiga el Procedimiento Administrativo Sancionador a la Formulación de Cargos. En subsidio, solicito a S.S. Ilustre se instruya a la Superintendencia del Medio Ambiente a complementar y rectificar la Res. 1075/2022 en lo que corresponda, de modo de que se calcule la sanción proporcional y que en derecho corresponda.

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

1. Copia de la Resolución Sancionatoria.
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. Escrito “Acompaña informe técnico”, presentado ante la SMA con fecha 20 de octubre de 2021.
5. Escrito “se tenga presente” presentado ante la SMA con fecha 9 de diciembre de 2021.
6. Respuesta a requerimiento de información de la SMA, ingresado con fecha 31 de mayo de 2022.
7. Estados Financieros de Nova Austral S.A. y subsidiarias, 31 de diciembre de 2020 y 2021.

**POR TANTO,**

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

**SEGUNDO OTROSI:** Solicito a S.S. Ilustre tener presente que mi personería para representar a Nova Austral S.A. consta en Mandato Judicial otorgado por escritura pública de fecha 22 de julio de 2022, suscrito ante doña Antonieta Rojas Pontigo, Notario Público Interino de la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago, cuya copia adjunto en este acto y solicito tener por acompañada.

**POR TANTO,**

**A S.S. ILUSTRE SOLICITO:** Tenerlo presente.

**TERCER OTROSI:** Solicito a S.S. Ilustre tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión asumiré personalmente el patrocinio y poder esta causa, otorgando poder en ella a los abogados **Aldo Molinari Valdés** y **Manuel José Barros Lecaros**, todos de mi mismo domicilio, quienes podrán actuar en forma separada o conjunta, y que firman el presente escrito en señal de aceptación

**POR TANTO,**

**A S.S. ILUSTRE SOLICITO:** Tenerlo presente.

**CUARTO OTROSI:** Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la LTA solicito a S.S. Ilustre que las notificaciones que deban realizarse a esta parte se efectúen por correo electrónico a las siguientes direcciones: [amolinari@carey.cl](mailto:amolinari@carey.cl), [mjbarros@carey.cl](mailto:mjbarros@carey.cl) y [jrecordon@carey.cl](mailto:jrecordon@carey.cl).

**POR TANTO,**

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

**ALDO MOLINARI VALDES**  
I VALDES

Firmado  
digitalmente por  
ALDO MOLINARI  
VALDES

Fecha: 2022.07.27  
19:55:57 -04'00'