

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL
REPUBLICA DE CHILE

Valdivia, veintiséis de mayo de dos mil dieciséis

VISTOS

1. A fs. 1, con fecha 13 de noviembre de 2015, la empresa Exportadora Los Fiordos Ltda. *-en adelante, indistintamente, la reclamante o la empresa-* dedujo recurso de reclamación en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente *-en adelante, indistintamente, la reclamada o la SMA-*, respecto de su resolución exenta N° 994, de 28 de octubre de 2015 *-en adelante, la resolución reclamada-* que puso término al procedimiento sancionatorio seguido contra la empresa, determinando que había cometido diversas infracciones leves de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente *-en adelante, LOSMA-* e imponiéndole una multa total de 4143 UTA.

2. En su recurso de reclamación, la empresa ha pedido a éste Tribunal que deje sin efecto la resolución reclamada, y en subsidio, que aplique u ordene aplicar la absolución o sanción que corresponda, rebajando las multas de manera prudencial, y en ambos casos que se condene en costas a la reclamada. Para fundamentar su petición, la empresa ha desarrollado seis argumentos, que se resumirán enseguida.

3. En primer lugar, la empresa ha alegado la existencia de vicios en el procedimiento de fiscalización que motivó el procedimiento administrativo sancionatorio.

4. En ese sentido, la empresa señala que la formulación de cargos fue realizada tras fiscalizaciones a varios de sus Centros de Engorda de Salmones *-en adelante, indistintamente, centros o CES-* a saber: (i) CES Valverde 2, (ii) CES Quetros 1, (iii) CES Cuptana 1, (iv) CES Valverde 1, (v) CES Seno Vera, (vi) CES Punta Ganso, (vii) CES Marta, (viii) CES Harry, (ix) CES Valverde 5, (x) CES Sur Puyuhuapi, (xi) CES Graffer, (xii) CES Estero Soto, (xiii) CES Punta Paredes, (xiv) CES Cuptana 9, (xv) CES Canalad 1, (xvi) Luna 2, (xvii) Gertrudis y (xviii) CES Bahía Anita.

5. Respecto de los CES individualizados del (i) al (xvii), la empresa señala que estos fueron inspeccionados sólo por el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura *-en adelante, Sernapesca-* quien realizó diversas denuncias a la SMA sobre presuntos incumplimiento a las resoluciones de calificación ambiental de esos CES; mientras

que el CES individualizado en el (xviii) fue inspeccionado por Sernapesca en una oportunidad, y por la SMA en otra, dando lugar al informe de fiscalización DFZ-2013-1361-XI-RCA-IA.

6. Respecto del informe de fiscalización DFZ-2013-1361-XI-RCA-IA, la empresa señala que éste motiva la formulación de cargos para el CES Bahía Anita, pero a su vez evidencia que las inspecciones realizadas por Sernapesca han violado: (i) el artículo 22 de la LOSMA, por cuanto Sernapesca no fue encomendada por la SMA para hacer una inspección en las instalaciones de la empresa, sino que actuó en calidad de denunciante, incorporando la SMA los antecedentes sin examinarlos o ponderarlos con el estándar de la LOSMA, descansando sólo en la presunción de veracidad que tendrían los hechos constatados por los funcionarios de Sernapesca, de acuerdo a su ley sectorial; (ii) el artículo 8 de la LOSMA, por cuanto éste otorga la calidad de ministro de fe a los fiscalizadores de la SMA, y no hace extensiva dicha calidad a los de otros órganos fiscalizadores que la tengan a través de sus leyes sectoriales; y (iii) el artículo 59 de la LOSMA, porque para sobreponerse a la falta de encomendación, la SMA habría pretendido justificar el actuar de Sernapesca amparándose en el concepto de órgano denunciante, siendo que es de la esencia de la denuncia el que la SMA deba analizar el mérito de la misma a fin de proceder o no a inspeccionar, lo que no hizo.

7. Agrega también que existe una violación al artículo 25 de la LOSMA, por cuanto para que una fiscalización ambiental y su resultado sean válidos, debe ajustarse al estándar establecido por las instrucciones técnicas impartidas por la SMA en virtud de dicho artículo. Como a la fecha de las inspecciones ya existían esos estándares, y estos no se cumplieron, se harían inefectivas las inspecciones.

8. En segundo lugar, la empresa ha alegado el decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio respecto del CES Valverde 2, CES Quetros 1, CES Cuptana 1, CES Valverde 1 y CES Seno Vera.

9. En ese sentido, la empresa señala que desde las inspecciones de Sernapesca al CES Valverde 2, CES Quetros 1, CES Cuptana 1, CES Valverde 1 y CES Seno Vera, hasta la dictación de la resolución reclamada, han transcurrido más de 2 años y 8 meses; y que la excesiva demora ha vulnerado principios constitucionales y administrativos - como los de debido proceso, eficacia y eficiencia administrativa, celeridad, conclusivo e inexcusabilidad- y ha producido la inutilidad o desnaturalización de la multa impuesta.

10. **En tercer lugar, la empresa ha alegado el incumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad aplicables al derecho administrativo sancionador, y la tipicidad propiamente tal.**

11. A juicio de la empresa, las violaciones del artículo 49 inciso segundo y del artículo 35 letra a) de la LOSMA, en la formulación de cargos, se podrían ejemplificar con los cargos cuyos hechos imputados son "apozamiento de redes en sector aledaño a su locación". En estos casos, se señala como eventuales normas incumplidas el artículo 4 letra a) del Decreto Supremo N° 320 de 2001, del Ministerio de Economía, Reglamento Ambiental de la Acuicultura -en adelante, RAMA- y el artículo 74 de la Ley General de Pesca y Acuicultura -en adelante, LGPA-, por cuanto dichas normativas están contempladas en las resoluciones de calificación ambiental de cada uno de los CES, como normativa ambiental aplicable. Sin embargo, prosigue la empresa, ella no habría infringido dichas normativas, indicando que la SMA, con la sola constatación de redes apozadas que hace Sernapesca, habría asumido que éstas han depositado residuos y causado daños en el fondo marino, lo que no es así. En consecuencia, todo esto vulneraría los principios de tipicidad y legalidad.

12. Por último, la empresa considera que también se ha infringido la tipicidad propiamente tal, por cuanto la SMA, ante un solo hecho, configura varias infracciones, imponiendo múltiples multas, ejemplificando con los cargos cuyos hechos imputados son de "apozamiento de redes en sector aledaño a su locación" y "no seguimiento del procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes", alegando la empresa que son un solo hecho; así como los que son de "no disposición adecuada de las mortalidades" y "plataforma de acopio de bins con mortalidad no posee medios de contención, produciendo escurrimiento y caída de material orgánico al medio ambiente", alegando igualmente que son un solo hecho.

13. **En cuarto lugar, la empresa ha alegado la existencia de vicios al momento de tener o dar por acreditados los hechos imputados, y la prescindencia de la prueba ofrecida por ella.**

14. Que, para explicar lo anterior, la empresa divide los incumplimientos en cuatro grupos, los que se relacionan con: (i) manejo de redes y limpieza de playas, (ii) mortalidades, ensilaje y manejo de bins, (iii) sobreproducción y planes de contingencia, y (iv) mal emplazamiento de instalación; estos se resumirán enseguida.

(i) manejo de redes y limpieza de playas

15. La empresa afirma que, a pesar de la prueba aportada por ella, no se acoge ninguno de sus descargos, puesto que la SMA ha preferido la supuesta calidad de ministro de fe de los funcionarios de Sernapesca, y además ha realizado una interpretación restrictiva de la normativa sectorial. Señala además que se han formulado cargos a varias empresas del rubro por temas de manejo de redes y todas se han acogido a un programa de cumplimiento en los que se ha aprobado el retiro de redes hasta 5 días contados desde la aprobación de dicho programa, como ocurriría en el caso rol D-008-2015, validando la existencia de un margen o plazo para su retiro, y eximiéndoles posteriormente de responsabilidad.

16. Para la empresa, el plazo otorgado por la SMA en esos otros procedimientos sancionatorios se justifica bajo un criterio de realidad, respecto de lo que implica desinstalar y transportar una red en circunstancias geográficas, climáticas, logísticas disponibilidad de barcos, entre otras, propias de la industria del salmón, para lo cual realiza una descripción general de lo que implican estas tareas.

17. Agrega también la empresa que la SMA consideró imputaciones al transporte, limpieza y desinfección de redes, no obstante lo único detectado en la inspección fue el apozamiento, y que los procesos siguientes de traslado y disposición de redes no fueron inspeccionados, por tanto la única infracción que podría ser sancionada es el cargo cuyos hechos imputados son de "*apozamiento de redes en sector aledaño a su locación*". En ese sentido, la empresa considera que acreditó en todos los CES a los que se formularon estos cargos, que retiró y transportó las redes dentro del plazo establecido por la normativa reglamentaria, e incluso dentro del establecido por la propia SMA al aprobar los programas de cumplimiento.

18. Por su parte, en cuanto a la obligación de limpieza de playa, la empresa considera que los informes por ella entregados prueban que todos los residuos y artefactos avistados en los distintos CES fueron retirados también.

19. Además, la reclamante agrega que hay ciertos objetos que son residuos propiamente tales y otros que son activos de la empresa. Respecto de los residuos propiamente tales, afirma que las fotografías no acreditan origen y lugar de estos, que la empresa

cumple con sus protocolos de limpieza, y que acreditó el retiro de dicho residuos.

20. La reclamante agrega finalmente que la limpieza de playas no es un procedimiento permanente sino periódico, por lo que su incumplimiento no puede acreditarse en una sola inspección, la que además tiene fotografías no georreferenciadas. Respecto de los objetos que considera activos de la empresa, la reclamante afirma que estos no fueron abandonados, y que ha demostrado que en los CES cuestionados no existen esas estructuras. Para demostrar lo anterior, acompaña un informe elaborado por una consultora ambiental y los protocolos internos de la empresa respecto del manejo de residuos.

(ii) mortalidades, ensilaje y manejo de bins

21. La empresa afirma que, en relación a los cargos cuyos hechos imputados son de *"no realizar el retiro diario de las mortalidades de peces de cada unidad de cultivo"*, deben revisarse los casos del CES Valverde 1 y del CES Seno Vera.

22. En el caso del CES Valverde 1, durante el procedimiento administrativo sancionatorio, la empresa afirma que ella acreditó el cumplimiento de la normativa, a través del registro de mortalidad entregado a Sernapesca y protocolos de usos del sistema de conos; no obstante la SMA consideró que el CES estaba abandonado, lo que no sería efectivo pues al momento de la fiscalización el CES estaba en su mayor parte cosechado, quedando sólo una única jaula con peces, utilizada para determinar la eficiencia en planta, por lo cual no podían ser cosechados junto al resto. Alega también que existía un sistema de extracción de mortalidad, y que las operaciones de retiros se realizaban en la jornada laboral, pero no necesariamente en un horario específico, como demostraría la Hoja de Mortalidad de febrero de 2013, que indica la cantidad diaria de individuos retirados por mortalidad, documento que está a fs. 524. Por último, afirma que en la fecha de la inspección el CES estaba siendo desinstalado.

23. En relación al CES Seno Vera, la empresa alega que estaba en contingencia, y acompañó registro mensual de mortalidades, a fs. 562 y 563, donde se constataría un alto número de mortalidades. Agrega que al momento de la inspección de Sernapesca se encontraba ejecutando un plan de emergencia para mortalidades masivas y uno de contingencia de retiro de mortalidades, de acuerdo a procedimientos internos de la empresa. Señala también que la mortalidad de enero y febrero provocó la superación de la capacidad del sistema de

ensilaje, y que la mayor mortalidad debiera ser extraída en bins, lo que autorizó Sernapesca. Agrega que el retiro efectivo de la mortalidad se evidencia con las Guías de Despacho N° 0432052, que no se acompañó al expediente judicial, N° 0432058 a fs. 564, N° 0432061 a fs. 565, N° 0432070 a fs. 566, y N° 0432073 a fs. 567, junto con los comprobantes de recepción de la materia generada. Por último, afirma que la SMA no cuenta con otra prueba que el acta de fiscalización de Sernapesca, y que la infracción por tener supuestamente una plataforma de acopio de bins con mortalidad sin medios de contención, produciendo escurrimiento y caída de material orgánico al medio ambiente, no existe, ni está probada.

(iii) sobreproducción y planes de contingencia

24. En relación al cargo cuyo hecho imputado es de "sobreproducción", en el CES Bahía Anita, la empresa alega la falta de información actualizada por parte de la SMA, por cuanto la resolución de calificación ambiental aplicable autoriza a ese CES una producción de 4.000 toneladas/año, y a pesar de ello, se le habría imputado una determinada sobreproducción sin considerar la verdadera capacidad del CES a la fecha de la formulación de cargos, lo que además impacta en el cálculo del beneficio económico.

25. En cuanto al cargo cuyo hecho imputado es de "no contar con planes de contingencia y paños absorbentes", también en el CES Bahía Anita, la empresa señala que en sus descargos se acredita que el plan de contingencia estaba en formato digital, y que además contaba con paños absorbentes. Afirma, por último, que es incorrecto que la SMA exija que el plan de contingencia esté en formato papel, pues es ambientalmente irrelevante.

(iv) mal emplazamiento de instalación.

26. En este caso, la empresa lamenta que el estándar probatorio del informe de fiscalización DFZ-2013-1361-XI-RCA-IA, no se tenga para todos los hechos imputados, y solicita que se considere ponderar la afectación de su derecho a defensa ya que atendido el tiempo transcurrido les resulta imposible poder demostrar lo contrario; no obstante desconoce que se haya producido cualquier riesgo, intencionalidad o afectación desfavorable al medio ambiente.

27. **En quinto lugar, la empresa ha alegado el cumplimiento de la normativa ambiental sanitaria.**

28. La empresa considera que con los antecedentes entregados en el procedimiento administrativo sancionatorio puede dar cuenta del cumplimiento de la normativa ambiental, sanitaria y acuícola sectorial. En ese sentido, la empresa divide ahora las infracciones en aquellas cuyo motivo es: (i) redes; (ii) basura en playa o fondo marino; (iii) mortalidad; (iv) sobreproducción; y (v) falta de planes de contingencia.

(i) Redes

29. Al respecto, la empresa vuelve a señalar la existencia de cargos cuyos hechos imputados son de *"apozamiento de redes en sector aledaño a su locación"* y *"no seguimiento del procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes"*.

30. Respecto al primero de ellos, la empresa reitera que ha demostrado por medio de diversas pruebas cómo es el procedimiento de remoción de redes; y considera que la SMA exige un cumplimiento literal de la normativa, lo que se contradice con la práctica de las empresas del rubro. Al respecto, considera que la SMA ha dado un trato distinto a empresas con programas de cumplimiento, lo que de acuerdo a la doctrina de los actos propios, impediría a dicho servicio público considerar que la empresa ha infringido la normativa. Respecto al segundo de ellos, la empresa reitera los mismos argumentos, y señala que sus procedimientos cumplen con los más altos estándares.

(ii) Basura en playa o fondo marino

31. Respecto de las infracciones basadas en la presencia de residuos producto de la actividad acuícola en playas, terrenos de playas y fondo marino, en sectores aledaños a los CES, la empresa reitera que la fiscalización no es idónea, por cuanto se necesitarían dos o más inspecciones para constatar que el procedimiento de limpieza de playas está incumplido. Señala también que es imposible disponer de personal exclusivo para retiro diario de todo tipo de basura, e insiste en que las fotografías de Sernapesca no son concluyentes en cuanto a la ubicación. Igualmente insiste en que algunos objetos calificados como residuos o desechos por Sernapesca y la SMA, son activos de la compañía.

(iii) Mortalidad

32. En relación a la mortalidad, la empresa señala que dichos cargos distan de la realidad, ya que en el CES Valverde 1 y el CES Seno

Vera, existe un sistema de retiro de mortalidad de peces, con los más altos estándares dentro de la industria acuícola.

33. Expone además que la Resolución Exenta N° 1462/2012, de Sernapesca *-en verdad se refiere a la N° 1468/2012-*, desde el punto de vista del procedimiento administrativo sancionador, no puede establecer penas ni sanciones, ya que conforme al mandato constitucional y al principio de legalidad, aquello sólo puede hacerse mediante una ley.

34. Reitera también, que respecto del CES Seno Vera, la SMA reconoce que existía una contingencia debidamente informada a Sernapesca, quien autorizó un sistema especial de retiro de mortalidad. A pesar de lo anterior, la SMA considera que subsisten deberes relativos a la forma de ejecutar el retiro diario, el acopio y transporte de mortalidad, lo que se contradice con la situación excepcional del CES. En su opinión, la empresa tomó las medidas necesarias y no sucedió ninguna situación sanitaria peligrosa en el sector.

(iv) Sobreproducción

35. Respecto a la sobreproducción en el CES Bahía Anita, la empresa reitera que ella cuenta con una resolución de calificación ambiental, que es anterior a la formulación de cargos, que lo autoriza a la producción de 4.000 toneladas anuales, y esto no es tenido en cuenta por la SMA.

(v) Falta de planes de contingencia

36. La empresa reitera que estaban elaborados los planes de contingencia, y que en el CES Bahía Anita estaban en formato digital, pero que la SMA consideró que debía existir copia física.

37. En sexto lugar, y último, la empresa ha alegado la existencia de vicios y de falta de motivación en la determinación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

38. En esta alegación, la empresa señala que todos los eventuales incumplimientos fueron catalogados como leves, pero pese a esto, la multa impuesta superó el máximo permitido para este tipo de infracciones conforme el artículo 39 letra c) de la LOSMA. Además, realiza un análisis de ciertas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en especial, las letras a), d), h), que se engloban en el denominado componente de afectación, y c), que constituye el

componente de beneficio económico. Estas alegaciones se resumirán enseguida.

(i) Riesgo, artículo 40 letra a) de la LOSMA

39. La empresa señala que la SMA reconoce en la resolución reclamada, en sus párrafos 217.6 y 217.10, no cuenta con antecedentes necesarios para constatar que las infracciones hayan generado un daño ambiental u otro tipo de menoscabo que revista las características de significativo, ni tampoco para constatar otros tipos de daños, distintos al daño ambiental, tales como impactos no compensados; no obstante, determina la existencia de "peligro o riesgo" generado por las supuestas infracciones, a pesar de que esto tampoco estaría acreditado ni en la inspección, ni en el procedimiento sancionatorio.

40. Agrega que la SMA dictó una medida provisional a través de su Resolución Exenta N° 42, de 20 de enero de 2015, basada en los hechos constatados durante 2013 y 2014, con el objetivo de evitar el riesgo inminente al medio ambiente en relación a las especies hidrobiológicas de las zonas; pero esa demora demostraría que no existe riesgo alguno, agregando que la respuesta que dio la empresa a dicha medida provisional, ingresada el 27 de febrero de 2015, no había sido aún proveída al momento de interponer la presente reclamación. Reitera la empresa que, para otros infractores que se acogieron a programas de cumplimiento, la SMA pareció no ponderar de la misma forma la existencia de riesgo, lo que se traduciría en un análisis incoherente.

41. Además, la empresa comenta detalladamente ciertos aspectos relacionados con el riesgo en el caso específico, acompaña además un informe de "Resiliencia de los sistemas marinos costeros y efecto de redes apozadas sobre los ensambles litorales", el que daría cuenta que no existe un riesgo o peligro frente al tema, para concluir que, en la ponderación del riesgo o peligro ambiental, la resolución sancionatoria carece de fundamento y es desproporcionado en los términos planteados por dicho órgano público.

42. Respecto al tema de basura en playa, agrega que ella no ha tenido eventos o contingencias que digan relación con la afectación de fauna, por lo que no procedería imputar un riesgo, máxime cuando se acreditó en el procedimiento que se cumplen con los protocolos de limpieza

43. En el caso de estructuras en desuso, la empresa considera poco probable que las especies de mamíferos y aves que interactúan con los CES pueden interesarse en estas, aunque podrían utilizarla como apostadero o un lugar para descansar.

44. Respecto al tema de mortalidades, la empresa señala que habría acreditado que manejó ese tema en estricto cumplimiento de lo exigido por la norma, incluso en medio de una contingencia, y que la imputación de riesgo en esta infracción se hace careciendo de evidencia.

(ii) Intencionalidad, artículo 40 letra d) de la LOSMA; vulneración o detrimento de un área protegida; y artículo 40 letra h) de la LOSMA

45. Respecto a la imputación de intencionalidad y eventual afectación de áreas protegidas, la empresa considera que es injusta ya que acreditó que realiza procedimientos operacionales en cumplimiento a sus protocolos y normativa aplicable, no existiendo ninguna intencionalidad por vulnerar la norma.

46. Agrega la empresa que la sobreproducción en el CES Bahía Anita se debe a una demora en su cosecha, dado una contingencia sanitaria por un brote de SRS en el CES Punta Paredes, de la misma agrupación de concesiones. El retraso de 6 meses en la cosecha del CES Bahía Anita, ya que debió cosecharse primero el CES afectado, trajo como resultado un aumento del peso de los peces hasta un peso promedio de 5,1 kg. No obstante, en relación a los aspectos ambientales propiamente tales y en relación a las condiciones ambientales que podrían haberse visto afectadas, la empresa acompaña documentación que demostraría que en el periodo de máxima biomasa en ese CES, las condiciones ambientales fueron aeróbicas. Todo lo anterior, eliminaría la intencionalidad en esa infracción.

(iii) Beneficio económico, artículo 40 letra c) de la LOSMA.

47. En este punto, la empresa alega que la SMA: (a) aplica una metodología de determinación del beneficio económico que no se encontraba aprobada al momento de la sanción, (b) la metodología utilizada adolece de errores elementales, (c) se asumen caprichosamente hechos que no son tales, y (d) que aún si todo fuera cierto, aplicándose correctamente la metodología, el beneficio económico resultante sería mucho menor. Estas se resumirán enseguida.

(a) aplica una metodología de determinación del beneficio económico que no se encontraba aprobada al momento de la sanción

48. Respecto a su alegación (a), la empresa señala que recién con su publicación en el Diario Oficial de 5 de noviembre de 2015, ha entrado en vigencia la Resolución Exenta N° 1002/2015, que aprueba las bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. De tal forma, es manifiesto que la resolución reclamada fue dictada con anterioridad a la publicación de dichas metodologías, aplicando la SMA criterios sancionatorios no disponibles para el escrutinio de los regulados, al punto que las mismas bases metodológicas señalarían que se publican y divulgan para *"...el conocimiento de las partes interesadas, transparentando así los lineamientos y principios que la Superintendencia tiene como propósito en el ejercicio de su potestad sancionatoria"*. La empresa considera que tal afirmación demuestra que, previa a su publicación, las partes interesadas no tenían conocimiento en forma transparente de los lineamientos y principios aplicados por la SMA.

49. La reclamante también sostiene que la metodología desarrollada por la SMA utiliza conceptos ajenos a la LOSMA, como "componente de afectación", "ganancia ilícita", entre otros. A su juicio, la SMA realiza un análisis sobre conceptos ajenos al derecho administrativo sancionador vigente, modificando el contenido de dichos conceptos a su arbitrio, poniéndoles caprichosamente un nombre, para luego sancionar de una manera impredecible. Esto demostraría un actuar caprichoso y arbitrario, lo que sólo puede ser subsanado mediante su nulidad judicialmente declarada.

(b) la metodología utilizada adolece de errores elementales

50. Respecto a su alegación (b), la empresa afirma que la SMA descarta el beneficio económico de todos los CES, salvo el CES Bahía Anita, respecto del cual descarta la existencia de "costos evitados" y "costos retrasados", pero se esfuerza en demostrar "ganancias ilícitas".

51. Para la empresa, la SMA entiende que ganancia ilícita es toda ganancia obtenida por la infracción, que engloba bajo los términos de "ganancias adicionales" o "ganancias anticipadas", y que en el caso del CES Bahía Anita provendría de la producción superior a la autorizada. Pero, para la empresa, ganancia ilícita no es toda ganancia, sino aquella obtenida por una ventaja ilícita a raíz de la infracción.

52. En su opinión, el criterio de ventaja ilícita obtenida tiene justificación en casos en que el permiso ambiental refleja una limitación por industria, donde el exceso de un infractor le otorga una ventaja respecto de aquellos que se han limitado para cumplir con la norma, lo que no sería el caso de la empresa. Argumenta además que el límite a la producción original de 2.500 toneladas anuales fue impuesto a la empresa sólo por una proyección estimativa, al punto que ésta cambió la producción de su permiso original a 4.000 toneladas anuales y, sin embargo, las obligaciones ambientales asociadas no tuvieron cambios. Por tanto, la infracción por sobreproducción es meramente formal y la ganancia obtenida por una mayor producción no puede considerarse como ilícita.

(c) se asumen caprichosamente hechos que no son tales

53. Respecto a su alegación (c), la empresa señala que la SMA tuerce el concepto de "ventaja ilícita", reemplazándolo por el de "ganancia ilícita", reafirmando que se incurre en un conceptual al confundir ambas. Indica además que incurre en error al considerar que la venta del salmón del CES Bahía Anita era ilegal, y que por tanto, toda ganancia por exceso de producción es ilícita; sin embargo, la venta del salmón de ese CES es una actividad económica absolutamente lícita. En su opinión, la producción en exceso de su permiso fue la infracción imputada y no la venta del salmón, por lo que insiste en que la SMA debió haber considerado los costos en que debió haber incurrido la empresa en un escenario de cumplimiento, lo que no hizo, careciendo de fundamentación.

(d) que aún si todo fuera cierto, aplicándose correctamente la metodología, el beneficio económico resultante sería mucho menor

54. Que, respecto a su alegación (d), la empresa sostiene que la SMA no explica correctamente el mecanismo de cálculo de precios y costos que se ocuparon finalmente para llegar a las ganancias brutas por trimestre, y que además se observan varios errores en el cálculo del supuesto beneficio económico: (i) en el cálculo de la producción comercializable, (ii) en la metodología de la ganancia, y (iii) en la tasa de descuento.

55. A fs. 537, este Tribunal declaró admisible el recurso de reclamación y ordeno que la SMA informase y remitiese copia autenticada del expediente administrativo, de acuerdo al artículo 29 de la Ley N° 20.600,

56. A fs. 648, la SMA informó sobre el recurso de reclamación deducido en su contra y acompañó copia autenticada del expediente administrativo.

57. En su informe, la reclamada ha pedido a éste Tribunal que rechace en todas sus partes el recurso de reclamación deducido en su contra, y que declare que la resolución reclamada es legal, dictada conforme a la normativa vigente, y que condene en costas a la reclamante. Para fundamentar su petición, la SMA ha desarrollado seis argumentos que se oponen a lo afirmado por la reclamante, que se resumirán enseguida.

58. En primer lugar, la Superintendencia ha negado la existencia de vicios en el procedimiento de fiscalización que motivó el procedimiento administrativo sancionatorio.

59. Para la SMA, la empresa ignora el artículo 51 de la LOSMA, que dispone amplios medios probatorios para la acreditación de los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores, lo que se complementaría con los artículos 8 inciso segundo de la LOSMA y el artículo 122 inciso segundo de la LGPA, que disponen la calidad de ministro de fe para los fiscalizadores de la SMA y de Sernapesca, respectivamente.

60. Sostiene también que no se exige que haya una encomendación para la aplicación del artículo 51 en relación con el artículo 8 inciso segundo de la LOSMA, toda vez que los organismos sectoriales con competencias fiscalizadoras podrán realizar actividades de inspección, y en su calidad de ministros de fe registrarán hechos respecto de los cuales pueden luego concluir que no son competentes para sancionar, derivando los antecedentes al órgano competente, en este caso la SMA.

61. Agrega que no existe impedimento legal en que Sernapesca actúe como denunciante, y que esto no afecta el valor probatorio de los hechos constatados, ya que quienes denunciaron no son personas naturales sino un órgano de la administración del Estado, quien a través de sus funcionarios constató hechos en el ejercicio de sus facultades de fiscalización. Prosigue que, habida cuenta de lo establecido en el artículo 47 de la LOSMA, la SMA, a partir de una sola denuncia, cuando considere que está revestida de seriedad y mérito suficiente, puede instruir un procedimiento sancionatorio, exigiendo sólo en caso contrario que se realicen acciones de fiscalización.

62. Agrega la SMA que, sin perjuicio de lo anterior, la encomendación habría significado un mero trámite formal que hubiese traído consigo el mismo resultado.

63. Por último, respecto a la supuesta violación por Sernapesca de las instrucciones sobre fiscalización ambiental impartidas por la SMA, afirma que la resolución exenta N° 769, de 26 de noviembre de 2012, aplicaba a los organismos sectoriales en virtud de un "convenio de encomendación", y esto ocurre, a su vez, en el marco de los programas y subprogramas de fiscalización a que se refiere el artículo 16, en relación con el artículo 22 inciso primero de la LOSMA. No obstante, prosigue la SMA, actualmente esa instrucción ha sido modificada y suprimida toda referencia a la encomendación, por innecesaria, y reitera que en éste caso se aplican los artículos 47, en cuanto a la denuncia, y 59 inciso final de la LOSMA. Además, subsidiariamente alega que si dichas resoluciones fuesen aplicables, en la reclamación no se señala cómo su incumplimiento puede constituir un vicio del procedimiento, haber causado un perjuicio a la empresa, o haber afectado la validez de lo constatado.

64. En segundo lugar, la Superintendencia ha negado que exista el decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio respecto del CES Valverde 2, CES Quetros 1, CES Cuptana 1, CES Valverde 1 y CES Seno Vera.

65. La SMA afirma que el eventual retraso dice relación con el periodo de tiempo transcurrido entre la fiscalización y la formulación de cargos, es decir, entre la fiscalización y el inicio del procedimiento sancionatorio; en consecuencia, por este sólo hecho el supuesto decaimiento administrativo debería ser rechazada, ya que no se configuran las hipótesis esenciales que la hacen aplicable.

66. Para la SMA, las potestades administrativas no caducan por el mero transcurso del tiempo, salvo que una disposición legal establezca lo contrario. Por eso, considera que de los argumentos presentados por la reclamante se deduce que ella entiende que el decaimiento se produce sólo por el paso del tiempo, lo que no es efectivo, pues la institución en que aplica el paso del tiempo previo al inicio de la instrucción del procedimiento administrativo sancionador, es la de la prescripción.

67. Agrega que, al momento de la formulación de cargos no había transcurrido el plazo de prescripción establecido en el artículo 37 de la LOSMA, el que además fue interrumpido con la notificación de

la formulación de cargos. Por lo tanto, si el legislador contempla expresamente un plazo de prescripción para iniciar un procedimiento administrativo sancionador con respecto a eventuales hechos constitutivos de infracción, resulta improcedente invocar el decaimiento apoyado en los mismos elementos que configuran la prescripción.

68. Respecto a la supuesta vulneración al principio del debido proceso, por la afectación al derecho a defensa dada por la indisponibilidad de los medios de prueba, la SMA alega que la empresa está obligada a mantener disponible toda la información relevante de los CES, como lo establece el artículo 53 inciso segundo del Decreto Supremo N° 319 de 2001, del Ministerio de Economía, Reglamento de Medidas de Protección, Control y Erradicación de Enfermedades de Alto Riesgo para las Especies Hidrobiológicas *-en adelante, RESA-*. En consecuencia, la supuesta falta de documentación se debe a negligencia de la empresa, y como tal, no es una circunstancia que el infractor pueda alegar a su favor. Agrega también que la empresa aportó gran cantidad de documentación en el procedimiento sancionatorio, lo que contradice la alegación de indefensión.

69. En cuanto a la supuesta inutilidad o desnaturalización de la multa impuesta, la SMA reafirma que ella sancionó por hechos que tienen una data específica y que no lograron ser desvirtuados por la empresa, no obstante que la conducta posterior de la reclamante fue ponderada al determinar la sanción.

70. En tercer lugar, la Superintendencia ha afirmado el cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad aplicables al derecho administrativo sancionador, y la tipicidad propiamente tal.

71. La SMA afirma que la empresa levanta abstractamente estas supuestas ilegalidades, y sólo la hace concreta respecto de un cargo que se formuló respecto de varios CES, esto es, "apozamiento de redes en sector aledaño a su locación".

72. Sobre este punto, la reclamada hace presente que la empresa no está levantando una vulneración a los principios de legalidad y tipicidad, en relación a la configuración de la infracción, sino que está citando el análisis de uno de los efectos de la infracción, que es la creación de un riesgo. Por tanto, lo que alega la empresa no se condice con un análisis de tipicidad, al extremo que se estaría citando como infracción a este principio la circunstancia del artículo 40 letra a) de la LOSMA.

73. Agrega también que el tipo infraccional específico está recogido en el artículo 35 letra a) de la LOSMA, por lo tanto, lo que correspondería aclarar, desde la lógica del principio de tipicidad o legalidad, es si hubo un incumplimiento de las condiciones normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.

74. Al respecto, la SMA señala que todas las resoluciones de calificación ambiental que estimó incumplidas por el hecho relativo al "*apozamiento de redes en sector aledaño a su locación*", dicen relación con el capítulo y considerando de la autorización ambiental referido a la normativa ambiental aplicable, esto es, RAMA y LGPA.

75. Para dicho servicio público, la conducta de apozar o acopiar una o más redes de gran envergadura y peso, cubiertas con material orgánico, sobre el sustrato bentónico, resulta incompatible con: (i) la obligación de mantener la limpieza y el equilibrio ecológico de la zona concedida, que se encuentra establecida en el artículo 74 inciso final de la LGPA; y (ii) el deber de adoptar medidas para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos que pudiesen afectar el fondo marino o columna de agua, que se encuentra establecida en el artículo 4 letra a) del RAMA; luego no vulnera el principio de legalidad o tipicidad.

76. Añade además que la alegación de la empresa respecto de la división de la normativa para generar una mayor cantidad de supuestas infracciones, imponiendo múltiples multas, guarda relación con una vulneración al principio *non bis in ídem*, el cual no se desarrolla en lo más mínimo.

77. En cuarto lugar, la Superintendencia ha negado la existencia de vicios al momento de tener o dar por acreditados los hechos imputados, y la prescindencia de la prueba ofrecida por ella.

78. Al respecto, la SMA contesta utilizando la misma división de incumplimientos en cuatro grupos que hace la empresa en su reclamación, los que se relacionan con: (i) manejo de redes y limpieza de playas, (ii) mortalidades, ensilaje y manejo de bins, (iii) sobreproducción y planes de contingencia, y (iv) mal emplazamiento de instalación; estos se resumirán enseguida.

(i) manejo de redes y limpieza de playas

79. Al respecto, la SMA reafirma su posición acerca de la calidad de ministros de fe de los fiscalizadores de Sernapesca. Además, expone los motivos por los cuales considera que existen infracciones separadas, una que se configura por el *"apozamiento de redes en sector aledaño a su locación"*, y otra que se configura por *"no seguimiento del procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes"*.

80. En ese sentido, señala la reclamada que el procedimiento obligatorio de transporte, limpieza y desinfección de las redes, se encuentra en el artículo 9 numeral 1 letra a) del RAMA, y en el artículo 22B inciso segundo del RESA; y agrega que las resoluciones de calificación ambiental de estos CES, establecen que se deberá dar cumplimiento íntegro a lo establecido en el RESA y el RAMA, previniendo que el titular de los proyectos deberá mantener la limpieza del área y terrenos aledaños libres de todo residuo generado por la industria acuícola.

81. La SMA afirma que en 7 CES fiscalizados -*CES Valverde 2, CES Quetros 1, CES Cuptana 1, CES Valverde 1, Marta, CES Sur Puyuhuapi, y CES Canalad 1*- se constató la presencia de redes en el fondo marino, circunstancia que evidenció el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 8 numeral 1 letra a) del RAMA, que de ser cumplida debidamente elimina la posibilidad de encontrar redes dispuestas en el fondo marino sin sus respectivos envases o contenedores; mientras que en otros 3 CES fiscalizados -*CES Punta Gansos, CES Graffer, y CES Sur Punta Paredes*- se constató que las redes removidas fueron depositadas directamente en la cubierta de las embarcaciones de traslado, infringiendo la norma establecida en el artículo 22B, inciso segundo del RESA.

82. En cuanto al fundamento jurídico de las infracciones de *"apozamiento de redes en sector aledaño a su locación"*, la SMA señala que este se encuentra en el artículo 74 de la LGPA, y en el artículo 4 letra a) del RAMA; y señala además que las respectivas resoluciones de calificación ambiental señalan expresamente que será obligación de los operadores de los centros *"...impedir que las redes tengan contacto con el fondo"*.

83. Reconoce la reclamada que el procedimiento obligatorio de transporte, limpieza y desinfección de redes, consta de etapas que puede durar varios días, pero esto no obsta a que se exija el cumplimiento de obligaciones expresamente establecidas. En ese sentido, afirma que la empresa desconoce la naturaleza de las obligaciones infringidas y sus objetivos de protección, y que éstas

no establecen un criterio de incumplimiento reiterado para estimarse infringidas. Por el contrario, tanto el procedimiento de retiro establecido en el artículo 9 numeral 1 letra a) del RAMA como la prohibición del artículo 22B inciso segundo del RESA, son obligaciones cuya infracción se configura por la constatación de hechos unívocos que no requieren ser reiterados en el tiempo.

84. En cuanto a la inconsistencia alegada por la reclamante, entre los criterios para la formulación de cargos en contra de ella y la aprobación de programas de cumplimiento a otras empresas, la SMA señala que esas empresas se acogieron al beneficio del artículo 52 de la LOSMA, que recoge el Programa de Cumplimiento como alternativa al procedimientos sancionatorio. La aprobación de estos está dentro del marco de discrecionalidad técnica y jurídica que posee, y que la empresa optó por la presentación de descargos, siendo que los dos escenarios son diferentes: la presentación del Programa de Cumplimiento conlleva la aceptación de las infracciones imputadas, pero ocurre exactamente lo contrario si decide presentar descargos.

85. Afirma también que el argumento de la empresa debe ser descartado por cuanto ella introduce, como elemento de la obligación, el plazo o periodo de tiempo por el cual las redes hayan estado depositadas en el fondo marino. Agrega que, en este caso, la infracción no dice relación con el incumplimiento de la prohibición de mantener los contenedores o envases de redes en los centros por más de 7 días, o en una forma distinta a la establecida en la norma, sino que con el hecho de que una vez retiradas las redes, estas no fueron depositadas inmediatamente en dichos contenedores o envases, cuestión que se evidencia al haberse constatado redes en el fondo marino dentro del área de concesión.

86. Respecto de las prácticas de las empresas del rubro y el criterio de realidad alegado por la empresa, señala que es impertinente, que no puede usarse para justificar los incumplimientos, y que además revela ausencia de voluntad por parte de la empresa para hacerse cargo de sus obligaciones sectoriales y ambientales, y que reafirma que la empresa tiene un claro conocimiento de que mediante la ejecución de los procedimientos en la forma por ella detallada en su reclamación, se encontraba infringiendo la normativa sectorial y ambiental aplicable, exigida por las respectivas resoluciones de calificación ambiental.

87. Adicionalmente la SMA refuta que exista identidad entre el "apozamiento de redes en sector aledaño a su locación", y el "no seguimiento del procedimiento obligatorio para el transporte,

limpieza y desinfección de las redes". Esta última consistiría en cumplir estrictamente con las condiciones que tienen por objeto prevenir los riesgos de afectación del medio ambiente o del equilibrio ecológico, o de introducción o propagación de enfermedades de alto riesgo, entre las que se encuentra la que de una vez retiradas las redes, estas se depositen inmediatamente en contenedores u otros envases, mientras que la primera constituye una prohibición de carácter general; y que ambas no se encuentran asociadas entre sí.

88. Respecto de las infracciones relacionadas con *"incumplimiento de la obligación de mantener la limpieza de las playas y terrenos de playa aledaños a los centros de cultivo libres de todo residuo sólido generado por la acuicultura"*, la SMA señala que está contenida en el artículo 4 letra b) del RAMA, y reitera la calidad de ministros de fe de los fiscalizadores de Sernapesca, que hace innecesaria la georreferencia de las fotos, así como la irrelevancia de realizar inspecciones sucesivas para acreditar el incumplimiento de estas obligaciones.

89. Agrega que, respecto del error de tipificación de la infracción, puesto que algunos objetos serían activos de la empresa, la SMA señala que la norma en cuestión se refiere a todo residuo sólido generado por la industria acuícola, sin distinciones con respecto al valor económico o posteriores usos. Ahondando en este asunto, afirma que el término "residuos" debe entenderse desde una perspectiva sistémica, considerando los objetivos para los cuales fueron establecidas estas obligaciones, esto es, mantener la limpieza y equilibrio ecológico de la zona concedida, la protección del medio ambiente, y evitar la introducción y propagación de enfermedades de alto riesgo; en consecuencia, no debe atenderse a si existe un estado de desuso temporal o permanente, sino a los riesgos que puedan derivar por ser depositados en las playas aledañas a los centros, máxime cuando la empresa no acredita de forma alguna que las redes, cables y boyas depositadas se encontraban libres de residuos tales como restos de mortalidades, productos químicos, u otros agentes contaminantes.

90. Agrega la SMA que existe una clara contradicción en lo sostenido por la empresa, en cuanto que las boyas, cables y redes no son residuos, pues en un documento interno de ella, denominado "Instrucción de Trabajo del Sistema Integrado de Gestión. Limpieza de Playas", ejemplifica el concepto de residuo industrial con "...objetos o maquinarias en desuso, restos de plataformas, boyas y flotadores de plumavit o plástico, etc."

(ii) mortalidades, ensilaje y manejo de bins

91. Afirma la reclamada que el fundamento jurídico de las infracciones, incluso de aquellas que fueron absueltas, se encuentran en el RESA y en la Resolución Exenta N° 1468 de 2012, que aprueba el Programa Sanitario General de Manejo de Mortalidades y su Sistema de Clasificación Estandarizado conforme a Categorías preestablecidas ("PSGM"), los que a su vez son incluidos y referidos expresamente en las respectivas resoluciones de calificación ambiental. Al respecto, cita el artículo 22A del RESA, respecto del retiro de mortalidades, disposición de mortalidades y ensilaje de mortalidades, y el Título IV del PSGM. Finalmente, para fundamentar la infracción por no poseer medios de contención la plataforma de acopio de bins, produciendo escurrimiento y caída de material orgánico al medio ambiente, cita el artículo 74 de la LGPA y la letra a) del artículo 4 del RAMA.

92. En relación al CES Valverde 1, la SMA señala que la expresión "abandonado" no es una calificación jurídica de su estado, sino una descripción de la situación fáctica en el que estaba al ser inspeccionado por Sernapesca, pues no estaban operativos los mecanismos automáticos de extracción de mortalidades y no había trabajadores, por lo que estaba sin supervisión y seguimiento. También señala que la empresa nunca señaló en qué consistía el seguimiento distinto de la única jaula con peces, y que, en cualquier caso, es incomprensible que una empresa de experiencia ejecute ese seguimiento sin retirar las mortalidades que día a día se produzcan. Además, expresa que la reclamante estaría impedida de reclamar judicialmente sobre la configuración de la infracción, basándose en hechos que no fueron alegados ni durante la fiscalización de Sernapesca, ni en sus descargos. Por último señala que la existencia de protocolos de uso y mantención de los sistemas de retiro de mortalidad, no son una evidencia de que efectivamente se sigan.

93. Por otra parte, la SMA alega que no hay inconsistencias en la formulación del cargo "*plataforma de acopio de bins con mortalidad no posee medios de contención, produciendo escurrimiento y caída de material orgánico al medio ambiente*". Al respecto señala que el Certificado Sanitario de Movimiento otorgado por Sernapesca no permitía mantener la plataforma de acopio de bins sin los medios de contención necesarios para prevenir el escurrimiento de material orgánico. Además, señala que la inspección de Sernapesca constató hechos que constituyen el presupuesto fáctico de la infracción, que es el incumplimiento del Certificado Sanitario de Movimiento, todo

esto, por remisión de la respectiva resolución de calificación ambiental.

94. Respecto de la inexistencia de otros medios de pruebas distintos al acta de inspección, la frase "caída o escurrimiento de material orgánico" es parte del cargo formulado, y jurídicamente forma parte de la conducta constitutiva de infracción por remisión de la resolución de calificación ambiental, hecha al artículo 4 letra a) del artículo 4 del RAMA. Agrega que la infracción sancionada en el CES Seno Vera dice relación con la efectiva constatación de la ausencia de medidas adecuadas y suficientes para impedir el vertimiento de residuos y desechos, y que debe considerarse que los cargos son formulados para recién dar inicio al procedimiento administrativo sancionador, cuando aún no existe la información suficiente para hacer una representación de la realidad que sea lo más comprehensiva, segura e integradora de los hechos efectivamente acaecidos.

95. En ese sentido, agrega que la formulación de cargos debe ser entendida como una "estimación" de las supuestas infracciones, considerando que el mínimo exigible es que en la formulación de cargos se identifiquen los hechos que constituyan el presupuesto fáctico de la infracción y su fundamento jurídico, y que el cargo formulado, a su vez, se refiera a la relación entre ambos elementos. No obstante, dada las circunstancias constatadas en el acta de fiscalización y el emplazamiento del CES Seno Vera, la SMA considera que puede presumirse que efectivamente hubo vertimientos al cuerpo receptor.

96. Sobre la contingencia del CES Seno Vera, la SMA reconoce su existencia, pero sostiene que la evidencia acompañada por la empresa no es adecuada para demostrar lo que reclama. Agrega que tanto el plan de emergencia para mortalidades masivas y el plan de contingencia de retiro de mortalidades son documentos que no demuestran que se hayan seguido los procedimientos en ellos contenidos, sino que demuestran sólo su existencia. Además, agrega que la cifra de mortalidad del CES Seno Vera en enero y febrero se demostraría por los documentos "Hoja de Registro de Mortalidad por Día" e "Informe de Operación elaborado por Sernapesca", pero ambos se pueden descartar, el primero por haber sido generado por la misma empresa, y el segundo por referirse en realidad al CES Valverde 1.

(iii) sobreproducción y planes de contingencia

97. Al respecto de la sobreproducción, la SMA señala que en la formulación de cargos no se toma en cuenta la normativa vigente a esa fecha, sino la vigente al momento de la infracción, por lo que no se habría actuado ilegalmente.

98. Por su parte, en lo referido a los planes de contingencia, la reclamada reitera lo sostenido en la resolución reclamada, que el verdadero sentido de la norma en análisis dice relación con la obligación de mantener los planes de contingencia por escrito, en formato papel y no en formato digital, pues el objetivo es el de mantenerlos accesible a los trabajadores de los CES de inmediato. Además, expresa que el acceso a los planes de contingencia es de relevancia ambiental, por cuanto estos tienen por objeto hacerse cargo, de forma pronta y efectiva, de eventuales situaciones de riesgo ambiental y sanitario.

(iv) mal emplazamiento de instalación.

99. Al respecto, la SMA no realiza réplica alguna.

100. **En relación con las alegaciones de la empresa relacionadas con el cumplimiento de la normativa ambiental sanitaria, la Superintendencia no informa al respecto.**

101. **En quinto lugar, y último, la Superintendencia ha negado la existencia de vicios y de falta de motivación en la determinación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.**

i) Riesgo, letra a) del artículo 40 de la LOSMA

102. La SMA señala que la referencia a la medida provisional dictada en el procedimiento administrativo, y la consideración de riesgo de ella, no fue reclamado en su momento por la empresa, y la califica de oportunista y extemporánea.

103. En particular, respecto del retiro de redes posterior a la inspección de Sernapesca, la SMA considera éste no elimina el peligro ocasionado; no obstante, el retiro sí fue considerado, y dado que en promedio se retiraron en los 5 días posteriores a las fiscalizaciones realizadas, se asumió que el riesgo y peligro asociado tuvo un carácter temporal, y además fue considerado como un factor de disminución de la sanción, encuadrada en el la circunstancia genérica del artículo 40 letra i) de la LOSMA, por considerar una conducta posterior positiva del infractor.

104. Por otra parte, agrega que la resolución reclamada señaló que para determinar el peligro ocasionado se consideraron tres factores o circunstancias: (i) peligro inherente de la actividad acuícola (ii) peligro de cada infracción; y, (iii) las que se analizan en un contexto ambiental o territorial, propio de los sectores donde se constataron las infracciones. Es decir, se consideraron las cualidades específicas de las infracciones cometidas para configurar el peligro ocasionado, en un contexto determinado, esto es, se analizó el peligro concreto.

105. Además, la SMA considera que para establecer la existencia de peligro, no es necesario la constatación de afectación del componente ambiental, ni la ponderación del impacto ocasionado producto de la infracción.

106. En cuanto al peligro ocasionado por la presencia de basura en la playa, la SMA reitera que para el análisis de riesgo, no se requiere un resultado dañoso, y que las inspecciones de Sernapesca evidencian que existen estructuras de la empresa, algunas en mal estado, situadas en las costas, así como residuos propiamente tales, producto de las operaciones de los centros, todo lo cual genera un potencial riesgo de enredamiento y desplazamiento de animales, producto de su interacción con estas; no obstante, recuerda que el riesgo fue calificado de bajo, ya que no es inexistente.

107. Respecto del peligro ocasionado por la infracción asociada a las mortalidades, expresa que en el caso del CES Seno Vera efectivamente se ponderó la existencia de una contingencia, al extremo que absolvió a la empresa del cargo relacionado con el no sometimiento a ensilaje de toda la mortalidad, por cuanto dicho sistema estaba sobrepasado.

i) Beneficio económico, letra c) del artículo 40 de la LOSMA.

108. La SMA contesta cada uno de los argumentos de la empresa siguiendo el orden propuesto por ésta, que recordamos son: (a) aplica una metodología de determinación del beneficio económico que no se encontraba aprobada al momento de la sanción, (b) la metodología utilizada adolece de errores elementales, (c) se asumen caprichosamente hechos que no son tales, y (d) que aún si todo fuera cierto, aplicándose correctamente la metodología, el beneficio económico resultante sería mucho menor. Las contestaciones a cada una de éstas se resumirán enseguida.

109. Respecto de la alegación (a), considera que el documento denominado "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales", es un documento referencial que no crea ningún criterio nuevo desconocido por los regulados, y cuyo objetivo tiene solo el objeto de transparentar con más detalle los criterios que se han usado para la determinación de sanciones pecuniarias. Agrega que ella misma ha generado jurisprudencia administrativa en las resoluciones sancionadoras finales, por lo que la reclamante podría haber verificado que no hay innovación, sino sólo mayor transparencia.

110. Respecto de la alegación (b), señala que la metodología de estimación de beneficio económico no es una copia del modelo utilizado por la EPA, sino que éste ha servido de referencia, adaptándolo al contexto normativo nacional. Considera que en la ponderación del beneficio económico obtenido por motivo de la infracción, es indiferente si este fue originado por costos retrasados o evitados, por ganancias ilícitas, o por cualquier otra circunstancia según sea el caso, y que es irrelevante si la EPA tiene o no un modelo de estimación para ello.

111. Respecto de la alegación (c), la SMA considera que el caso englobado dentro de los beneficios por ventajas competitivas es el del infractor que opera a una capacidad mayor a la que debiese y obtiene una ganancia ilícita por el extra de producción; mientras que la empresa intentaría ahora señalar que la SMA lo trata como un caso en que el infractor vende productos o servicios prohibidos por la ley, obteniendo un ingreso ilegal.

112. Respecto de la alegación (d), la SMA contesta en el mismo orden en que la empresa cuestiona el error de estimación; señalando que no existe: (i) error en el cálculo de la producción comercializable; (ii) error en la metodología de ganancia, o (iii) error en la tasa de descuento.

113. A fs. 1943, la empresa acompañó informe en derecho, realizado por don Francisco Zuñiga Urbina, donde analiza el procedimiento administrativo sancionador seguido en contra de la reclamante.

114. A fs. 2081 la empresa realizó observaciones al informe de fs. 648 presentado por la SMA.

115. A fs. 2088 consta que el 22 de diciembre de 2015 se celebró la vista de la causa, alegando las partes reclamante y reclamada.

116. A fs. 2091 la SMA realizó observaciones al informe en derecho de fs. 1943 presentado por la reclamante.

117. A fs. 2100 la empresa realizó observaciones a la presentación de fs. 2091 de la SMA.

CONSIDERANDO

Primero.- Que la presente reclamación recae sobre la resolución exenta N° 994, de 28 de octubre de 2015, de la SMA, que puso término al procedimiento sancionatorio seguido contra la empresa, determinando que había cometido diversas infracciones leves de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 35 y 36 de la LOSMA, e imponiéndole una multa total de 4143 UTA. A continuación este Tribunal analizará las controversias planteadas.

a) Sobre la existencia de vicios en el procedimiento de fiscalización que motivó el procedimiento administrativo sancionatorio.

Segundo.- Que la reclamante señala que el artículo 2° de la LOSMA atribuye a la SMA una competencia exclusiva y excluyente para fiscalizar los instrumentos de carácter ambiental ahí expresados. Como resultado de esa afirmación, en principio, un establecimiento que cuenta con una resolución de calificación ambiental no puede ser fiscalizado por un organismo sectorial, pues éste es absolutamente incompetente. Por tanto, a su juicio, si la SMA desea obtener colaboración de ese organismo sectorial para la fiscalización de ese establecimiento, debe construir un argumento que permita superar ese problema: se debe acordar entre la SMA y el órgano sectorial un convenio que permita la encomienda de gestión, y además debe subprogramarse la inspección.

Tercero.- Que la encomienda de gestión es excepcional y está permitida sólo en los términos del artículo 37 de la Ley N° 18.575, que señala que ésta se hace a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante contrato, además con las limitaciones de la Ley N° 18.803. Ese mecanismo no es aplicable al presente caso, por razones evidentes. Tampoco es aplicable la encomendación de funciones, mecanismo establecido en el artículo 38 de la misma ley, también por razones evidentes. En ese sentido, la Contraloría ya señaló en su dictamen N° 30678/1988 que éste último artículo "...prevé esencialmente un convenio entre dos entes de derecho público para que uno de ellos, que no es naturalmente competente, ejerza las atribuciones del que

lo es...”, con lo que coincide éste Tribunal, recordando que este mecanismo solo se permite “...en aquellos lugares donde no exista un determinado servicio público...”, y este no es el caso.

Cuarto.- Que, en ese sentido, de asumirse la interpretación propuesta por la reclamante, los convenios de encomendación de funciones sólo podrían ser esencialmente temporales, y aplicarían sólo en las regiones que la SMA no tuviese presencia; es decir, no podrían aplicarse porque en todas las regiones tiene presencia. Además privaría de efecto al artículo 17 de la LOSMA, por cuanto los programas y subprogramas sólo garantizarían adecuadamente la participación en la fiscalización de la SMA y de los organismos sectoriales, en la medida que se celebren esos convenios. Extensivamente, también privaría de efecto al artículo 70 letra o) de la Ley N° 19.300, pues el Ministerio sólo podría solicitar informes para la interpretación administrativa de las normas de calidad, de emisión y de planes de prevención y de descontaminación a la SMA, que bajo el criterio de la reclamante, es el único servicio público competente para fiscalizar esas normas y planes.

Quinto.- Que, por otra parte, contrasta la redacción del artículo 2° con la del artículo 35 de la LOSMA. En éste último, la atribución es expresa, y además armónica con el artículo 59 de la LOSMA, en cuanto señala que “...iniciado un procedimiento administrativo sancionador por parte de la Superintendencia **no podrá ningún organismo sectorial con competencia ambiental, por los mismos hechos, iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio de competencias propias o denunciarlos a la justicia civil, a menos que la Superintendencia se declare incompetente. Los organismos sectoriales con competencia ambiental que, en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de estas infracciones estarán obligados a denunciarlos a la Superintendencia...**” (el destacado es nuestro).

Sexto.- Que, el artículo 2° de la LOSMA ha concebido un mecanismo, por el cual la SMA -además de su competencia de fiscalización directa- tiene competencia exclusiva para organizar y coordinar la fiscalización ambiental, por la cual los órganos sectoriales no pueden rehusar ser parte de los programas y subprogramas de fiscalización que establezca la SMA. Además, están obligados a cumplir con las instrucciones sobre fiscalización ambiental integrada que ha establecido la SMA, cuando ejecuten acciones de fiscalización de acuerdo a los referidos programas y subprogramas. No obstante, estos deben participar en la elaboración de dichas instrucciones, por cuanto son ellos quienes administran

los instrumentos de gestión de recursos naturales que se insertan en el contenido autorizatorio de la resolución de calificación ambiental. Por su parte, el incumplimiento de estas instrucciones no implica automáticamente la nulidad o ineficacia de lo obrado, sea por la SMA o un órgano sectorial, sino que debe estarse al caso específico, sin perjuicio de la responsabilidad funcionaria que proceda. Incluso, si el órgano sectorial inspecciona el contenido autorizatorio de una resolución de calificación ambiental, en instalaciones no priorizadas de forma reservada y conjunta con la SMA en un subprograma, tampoco puede implicar automáticamente la nulidad de lo obrado, sin perjuicio de la responsabilidad funcionaria que proceda.

Séptimo.- Que, los programas y subprogramas son herramientas de gestión pública que no son vinculantes. A modo de ejemplo, es absurdo considerar que si en un año un organismo sectorial hizo más inspecciones que las programadas, las hechas en exceso son nulas; así como es absurdo considerar que las hechas en instalaciones no priorizadas de forma reservada y conjunta con la SMA en un subprograma, también son nulas. En consecuencia, si Sernapesca en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras de los instrumentos de gestión de recursos naturales que se insertan en el contenido autorizatorio de una resolución de calificación ambiental, inspecciona instalaciones no priorizadas dentro de un subprograma de fiscalización, únicamente debe derivar a la SMA los antecedentes con carácter de denuncia, tal como señala el párrafo segundo del artículo 59 de la LOSMA.

Octavo.- Que, por tanto, se desestimará el argumento de la empresa en relación a la violación del artículo 22 de la LOSMA, por cuanto no es necesario un convenio de encomendación para el ejercicio de las competencias fiscalizadoras de Sernapesca sobre el RAMA y el RESA en cuanto están integradas en contenido autorizatorio de las resoluciones de calificación, ni tampoco lo es un acto administrativo de encomendación específica. El desarrollo de esta actividad fuera de un subprograma de fiscalización, dada la detección de infracciones cuya sanción administrativa corresponde a la SMA, impuso el deber de Sernapesca de actuar conforme al párrafo segundo del artículo 59 de la LOSMA, el que fue cumplido, e impuso el deber a la SMA de tramitar la denuncia de acuerdo a lo indicado en el párrafo final del artículo 47 de la LOSMA, el que también fue cumplido. Particularmente, la SMA consideró que dicha denuncia tenía mérito suficiente para iniciar un procedimiento sancionatorio sin necesidad de fiscalizaciones adicionales.

Noveno.- Que en relación a la calidad de ministro de fe que tienen los fiscalizadores de la SMA y de Sernapesca, éste Tribunal considera que el artículo 51 de la LOSMA debe interpretarse en sentido amplio, reconociendo dicha calidad respecto de todos los fiscalizadores que según sus leyes sectoriales la tengan atribuida, y en consecuencia, reconociendo que respecto de los hechos consignados por ellos existe la presunción legal de veracidad del artículo 8 de la misma ley.

Décimo.- Lo anterior es plenamente concordante con la coordinación directiva que ejerce la SMA respecto de la fiscalización ambiental, con la competencia que conservan los órganos sectoriales coordinados respecto de los instrumentos de gestión de recursos naturales o de otra índole insertos en el contenido autorizatorio de las resoluciones de calificación ambiental, y de sus competencias autónomas de fiscalización, todo de acuerdo al artículo 2° de la LOSMA. Por tanto, se desestimaré el argumento de la empresa, ya que se reconoce la calidad de ministro de fe de los fiscalizadores que según sus leyes sectoriales la tengan atribuida

Undécimo.- Que en lo relacionado con la falta de encomendación y el uso del concepto de órgano denunciante para sobreponerse a éste, el Tribunal ya ha afirmado su posición respecto de ésta figura. Además, desecharé la alegación de la empresa sobre la esencialidad del análisis del mérito de la denuncia para decidir sobre inspecciones adicionales. Éste Tribunal considera que ese análisis no debe expresarse en un acto formal, por lo que no es un requisito indispensable para una posterior formulación de cargos. En todo caso, la formulación de cargos conlleva implícitamente la consideración por parte de la SMA de la existencia de mérito suficiente en la denuncia.

Duodécimo.- Que conjuntamente con lo ya alegado por la empresa, ésta considera que hay un bajo estándar probatorio en la mayoría de los cargos formulados, y que hay demora en la tramitación del procedimiento de fiscalización, lo que sería la génesis de posteriores incumplimientos a una serie de derechos y principios vulnerados en el marco del procedimiento sancionatorio, a saber: **(i)** que la mayoría de los temas denunciados por Sernapesca se basan en fotografías no georreferenciadas e imágenes submarinas a las cuales la SMA da fe sin mayor análisis y comprobación en terreno, y que no son concluyentes al imputar un incumplimiento, **(ii)** que las imágenes submarinas serían oscuras debido a las características naturales de los lugares donde se emplazan los centros, lo que sería relevante en algunos centros, pues el único medio de prueba incorporado en los

procedimientos sancionatorios son fotografías no georreferenciadas, que no acreditan el lugar y origen de lo observado, **(iii)** que Sernapesca inspeccionó los centros una sola vez y que se le imputó eventuales incumplimientos a procedimientos que pueden durar varios días, como el manejo de redes, o que se realizan semanalmente en el marco de los protocolos de limpieza que la empresa tiene, como la limpieza de playas, y **(iv)** que, a partir de ese estándar probatorio, se formulan cargos por una serie de incumplimientos que la SMA nunca constató en terreno.

Decimotercero.- Que, al respecto, éste Tribunal considera que tales alegaciones no son vicios del procedimiento de fiscalización, sino que se refieren a la valoración de la prueba hecha por el Fiscal Instructor y por el Superintendente, y como tal es alegada más adelante por la empresa y es allí donde se resolverá.

Decimocuarto.- Que, además, para la empresa, el tiempo transcurrido entre las inspecciones y la formulación de cargos habría afectado claramente su derecho a defensa, por cuanto algunos CES que fueron objeto de cargos, a esa fecha se encontraban en descanso o ya no existían, lo que les impidió aportar prueba en contrario.

Decimoquinto.- Que, sin perjuicio de lo señalado por la SMA, éste Tribunal considera que la empresa no ha negado que durante las inspecciones recibió copia de las actas de fiscalización de varios CES, lo que además está comprobado por las firmas de recepción de éstas por los responsables de los CES inspeccionados. A modo de ejemplo, consta la recepción del acta de fiscalización de los siguientes CES por los trabajadores de la empresa que se indican: a fs. 811 y 812 para el CES Valverde 2, recibida por Manuel García; a fs. 820 y 821 para el CES Quetros 1, recibida por José Aravena; a fs. 827, para el CES Seno Vera, recibida por Rodrigo Altamirano; a fs. 833 y 836, para el CES Gertrudis 1, recibida por Miguel Molina; a fs. 843 y 844, para el CES Valverde 1, recibida por Fabián Sepúlveda; y a fs. 854 y 855, para el CES Cuptana 1, recibida por Carolina Lira, y por tanto ha tenido conocimiento desde el principio de todos los hechos constitutivos de infracción, al menos para esos CES. Respecto de los demás CES fiscalizados, en su mayoría se encontraban en descanso sanitario, y por tanto sin personal, no obstante, se acompañan fotos y videos de los CES inspeccionados, salvo en el CES Seno Vera, donde no obstante se entregó copia del acta de fiscalización.

Decimosexto.- Que, además, la empresa ha aportado evidencia en apoyo de sus descargos durante el procedimiento sancionatorio, los

que están enumerados a fs. 565 y ss. No obstante, aunque a fs. 571 se tienen por acompañados por el Fiscal Instructor, estos no se encuentran en el expediente administrativo remitido a este Tribunal. A pesar de esto, se constata que han sido considerados por dicho funcionario en la elaboración del dictamen, así como por el Superintendente al momento de resolver el procedimiento sancionatorio.

Decimoséptimo.- Que, por tanto, se desestimará el argumento de la empresa en relación a la afectación de su derecho a defensa motivado por el tiempo transcurrido entre las inspecciones y la formulación de cargos.

Decimooctavo.- Que en cuanto a la alegación de la empresa sobre la violación del artículo 25 de la LOSMA, por cuanto para que una fiscalización ambiental y sus resultados sean válidos, deberían ajustarse al estándar establecido por las instrucciones técnicas impartidas por la SMA, y al argumento de la SMA que tales aplicaban entonces sólo en presencia de un convenio de encomendación y de una programación y subprogramación; éste Tribunal reitera que es indiferente la existencia de convenios de encomendación. Tal es así que la SMA los ha dejado sin efecto por medio de la resolución exenta N° 673 de 14 de agosto de 2015, creando junto a los órganos con competencia en fiscalización ambiental, una Red Nacional de Fiscalización Ambiental, basados en el principio de coordinación del artículo 5° de la Ley N° 18.575, sin desconocer la coordinación directiva que ejerce la SMA, en especial lo dispuesto en el artículo 22 de la LOSMA. Por su parte, en relación a que las inspecciones de Sernapesca se realizaron en incumplimiento de las instrucciones impartidas por la SMA de acuerdo al citado artículo, esto igualmente es indiferente, por cuanto dichas fiscalizaciones se realizaron al margen del subprograma de fiscalización, y como se señaló, estos son una herramienta de gestión pública que no son vinculantes. En consecuencia, se desestimará también este argumento de la empresa.

b) Sobre el decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio respecto del CES Valverde 2, CES Quetros 1, CES Cuptana 1, CES Valverde 1 y CES Seno Vera.

Decimonoveno.- Que siendo distintos los procedimientos de fiscalización y de sanción, estos solamente aparecen conectados en cuanto los medios de comprobación obtenidos en la inspección propiamente tal, así como otros que hayan podido obtenerse por otras vías, como requerimientos de información -artículo 3° letra e) de la LOSMA- y citaciones a declarar -artículo 29 de la LOSMA-, constituyan

prueba necesaria para una correcta formulación de cargos, donde efectivamente se realiza un análisis jurídico respecto de la adecuación de los hechos constatados a los tipos infraccionales.

Vigésimo.- Que, en ese sentido, cuando el artículo 47 de la LOSMA establece que el procedimiento administrativo sancionatorio podrá iniciarse de oficio cuando la SMA tome conocimiento, por cualquier medio, de hechos que pudieren ser constitutivos de alguna infracción de su competencia; no está afirmando que la toma de conocimiento produce *ipso iure* el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio. Lo anterior se comprende mejor al revisar el artículo 48 de la LOSMA, puesto que establece que las medidas provisionales podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador; pero, si como afirma la empresa, el procedimiento administrativo sancionador comienza *ipso iure* con la detección de infracciones, éste artículo carecería de sentido.

Vigésimo primero.- Que, el citado artículo 47 de la LOSMA únicamente establece de dónde pueden provenir los antecedentes fundantes de una resolución por la que se formulan cargos, siendo éste último el acto administrativo que de acuerdo al artículo 49 de la misma ley da normal inicio al procedimiento administrativo sancionador, lo que además, en aplicación del artículo 37 de la LOSMA, una vez notificada dicha resolución al presunto infractor, produce la interrupción del plazo de prescripción de las infracciones.

Vigésimo segundo.- Que en consecuencia, no se acogerá la alegación de la empresa, por cuanto los procedimientos de fiscalización y de sanción están desligados de forma jurídica y funcional. Esto conlleva a que el plazo para la tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio deba contarse desde la resolución por la que se formulan cargos a un administrado presuntamente infractor, y por tanto, no se configura el elemento tiempo necesario para la aplicación del decaimiento del procedimiento administrativo. En consideración a lo anteriormente expuesto, se rechazan también las demás alegaciones de la empresa referentes al decaimiento.

c) Sobre los incumplimientos a los principios de legalidad y tipicidad aplicables al derecho administrativo sancionador.

Vigésimo tercero.- Que este Tribunal considera que el artículo 35 de la LOSMA establece los tipos infraccionales respecto de los cuales la SMA tiene la competencia exclusiva para sancionar. No obstante,

varios de estos tipos infraccionales remiten a diversas normas administrativas, que los integran, complementan y perfeccionan, lo que respetará el principio de tipicidad siempre que (i) el núcleo central de la conducta esté suficientemente caracterizado o descrito en la norma de rango legal, (ii) exista remisión expresa a la norma de destino, y (iii) que la norma infralegal complemente adecuadamente el tipo infraccional, describiendo mejor la conducta exigible al administrado.

Vigésimo cuarto.- Que en el presente caso, es necesario analizar las resoluciones de calificación ambiental de las que es titular la empresa *-limitadas a los CES en los que se formuló cargos por apozamiento de redes, ya que es el único cargo al que específicamente hace referencia la empresa-* y que es la norma administrativa a la que remite el artículo 35 letra a) de la LOSMA, para esclarecer si en ellas se describe suficientemente la conducta tipificada como infracción. De esta revisión, realizada para los CES Quetros 1 (resolución exenta N° 61/2011), CES Cuptana 1 (resolución exenta N° 965/2009), CES Sur Puyuhuapi (resolución exenta N° 658/2008), y CES Canalad 1 (resolución exenta N° 203/2011), se concluye que todas hacen idéntica remisión al RAMA y al RESA, expresando que se dará cumplimiento a estos de forma íntegra.

Vigésimo quinto.- Que en cuanto a la remisión que hacen las resoluciones de calificación ambiental a la LGPA, si bien puede considerarse que su artículo 74 tiene una descripción genérica de la conducta que debe observar un concesionario, esta está lo suficientemente descrita, aunque debe ser complementada con los reglamentos que se dicten. Esto ha sucedido, y el reglamento remitido es el RAMA, en particular el artículo 4° letra a).

Vigésimo sexto.- Que del análisis de la normativa en cuestión puede concluirse que, en lo que respecta al primer párrafo de la letra a), la descripción que ella contiene es una referencia genérica a procedimientos internos que debe adoptar y cumplir un centro de cultivo con el fin de evitar efectos negativos sobre el fondo marino, columna de agua, playas y terrenos de playa, en su área de influencia. Es decir, la idoneidad de las medidas se debe analizar según el caso particular, pues la empresa queda en libertad para establecerlas. Sin embargo, cuando se contrasta con el párrafo segundo, éste último tiene un grado de precisión mayor en cuanto a las conductas que debe adoptar el administrado, puesto que señala claramente cómo debe hacerse la acumulación, traslado y disposición de desechos y residuos. En ese sentido, el párrafo primero contiene una precisión inferior en la descripción de los elementos del tipo,

no obstante que pueda examinarse la adecuación de la actividad de la empresa a ambos párrafos, según sea el caso.

Vigésimo séptimo.- Que por su parte, el artículo 9° número 1 letra a) del RAMA, establece condiciones generales y específicas para la limpieza y lavado de las artes de cultivo, con una descripción precisa de los elementos del tipo; y en consecuencia, se cumplen los principios de legalidad y tipicidad para ambas letras de ambos artículos del RAMA, por cuanto el administrado puede conocer con precisión cuáles son las conductas exigibles, y se desechará en ese sentido, la alegación de la empresa.

Vigésimo octavo.- Que no obstante lo anterior, la empresa reclama que también se ha infringido la tipicidad propiamente tal, ejemplificando con los cargos relativos al *"apozamiento de redes"* y al *"no seguimiento del procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes"*, señalando que son un solo hecho, así como con los cargos relativos a la *"no disposición adecuada de las mortalidades"* y *"plataforma de acopio de bins con mortalidad no posee medios de contención, produciendo escurrimiento y caída de material orgánico al medio ambiente"*, señalando igualmente que son un solo hecho.

Vigésimo noveno.- Que este Tribunal considera que la tipicidad es una característica que debe reunir la conducta o el comportamiento del administrado, que consiste en que coincide con la conducta descrita en el tipo, es decir, se trata de la subsunción o adecuación de una conducta concreta al supuesto de hecho contenido en la norma.

Trigésimo.- Que, efectivamente, a todos los CES que se les formuló cargos por *"apozamiento de redes"* al violar el artículo 4° letra a) del RAMA, también se les formuló cargos por *"no seguimiento del procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes"* al violar el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA. En todos estos casos, un mismo hecho, la constatación de redes usadas sucias en contacto con el fondo marino, han fundado ambas infracciones. Lo anterior, en principio, viola el principio *ne bis in ídem* por cuanto existe identidad subjetiva, fáctica y de fundamento. Respecto de esta última, si los bienes jurídicos protegidos que resultan afectados *-entiéndase puestos en riesgo y eventualmente dañados-* por el mismo hecho, tienen una misma fundamentación teleológica o idéntico fin protector, no cabe el doble castigo del mismo. Sin embargo, de los argumentos de la SMA es posible deducir que considera existe un concurso ideal, por cuanto entiende que una acción o un conjunto de acciones unitariamente

consideradas, cumplen las exigencias de dos o más tipos infraccionales, y que as su vez constituyen coetáneamente dos o más infracciones distintas. No obstante, es necesario dilucidar si ese concurso es real o aparente, utilizando los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Trigésimo primero.- Que, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA, en su inciso primero establece un procedimiento estricto para el retiro de las redes, que no deja espacio al titular para un manejo distinto, y en su inciso segundo contiene una prohibición de acopiar o mantener en sectores aledaños al CES excepto si ha cumplido con lo establecido en el inciso primero. El titular, al no seguir ese procedimiento estricto y la prohibición subsecuente, habría infringido sus resoluciones de calificación ambiental.

Trigésimo segundo.- Que, por su parte, el artículo 4 letra a) del RAMA, en su inciso primero no establece procedimiento alguno, sino que deja a disposición del titular, la adopción de medidas necesarias para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad acuícola, y que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, mientras que su inciso segundo establece un procedimiento estricto para la acumulación, traslado y disposición de dichos desechos y residuos. El titular, al no adoptar las medidas necesarias para evitar que las redes usadas y sucias retiradas dispusieren residuos en el fondo marino, habría infringido sus resoluciones de calificación ambiental.

Trigésimo tercero.- Que, no obstante, bajo un examen de evitabilidad conjunta, es posible considerar que el cumplimiento de las obligaciones del artículo 9 número 1 letra a) del RAMA, habrían evitado el incumplimiento de las infracciones del artículo 4 letra a) del RAMA. Sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones del artículo 4 letra a) del RAMA, no habrían evitado el incumplimiento del artículo 9 número 1 letra a) del RAMA. Es decir, si el titular tras retirar las redes usadas y sucias, las hubiese depositado inmediatamente en un contenedor estanco, no hubiese infracción a ninguno de los dos artículos. En ese sentido, la única medida idónea que debe adoptar el titular para dar cumplimiento al artículo 4 letra a) del RAMA es la del artículo 9 número 1 letra a) del mismo reglamento.

Trigésimo cuarto.- Que, en consecuencia, el único incumplimiento que ha existido es la violación del artículo 9, numeral 1, letra a) del RAMA, y el depósito de las redes en el lecho marino ha debido

tenerse en cuenta para configurar eventual y adecuadamente la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA. Como resultado, **subsistirán los cargos A.2, B.2, C.2, D.2, G.2, J.2, y P.2, y se eliminarán los cargos A.1, B.1, C.1, D.1, G.1, J.1 y P.1.**

Trigésimo quinto.- Que por su parte, respecto de los cargos relativos a la "no disposición adecuada de las mortalidades" y "plataforma de acopio de bins con mortalidad no posee medios de contención, produciendo escurrimiento y caída de material orgánico al medio ambiente", que son imputados por la SMA al CES Seno Vera, la empresa reclama violaciones a la tipicidad propiamente tal.

Trigésimo sexto.- Que como se ha señalado en el procedimiento administrativo sancionatorio, al momento de la fiscalización por Sernapesca, el CES Seno Vera se encontraba bajo circunstancias excepcionales lo que implicó una mortalidad mucho mayor que la habitual, que justificó que Sernapesca autorizara un Certificado Sanitario de Movimiento, como reconoce la SMA a fs. 1883.

Trigésimo séptimo.- Que el manejo de mortalidad, para efectos del RAMA, solamente está regulado en el artículo 4 letra a), que como ya se señaló, en su inciso primero no establece procedimiento alguno, sino que deja a disposición del titular, la adopción de medidas necesarias para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad acuícola, y que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, mientras que su inciso segundo establece un procedimiento estricto para la acumulación, traslado y disposición de dichos desechos y residuos. Por su parte, el manejo de la mortalidad, para efectos del RESA, tiene un tratamiento mucho más detallado, pero no se ha imputado a la empresa ningún incumplimiento de éste respecto de los hechos constatados por Sernapesca. Además, la empresa tiene obligaciones que derivan de la Resolución Exenta N° 1468 de 2012, de Sernapesca, que aprueba Programa Sanitario General de Manejo de Mortalidades.

Trigésimo octavo.- Que, anotadas ya las diferencias entre el primer y segundo inciso del artículo 4 letra a) del RAMA, cabe destacar que, como consta a fs. 824, en el CES Seno Vera se detectaron, entre varios hechos, los siguientes: (i) una plataforma de ensilaje sin medios de contención para evitar escurrimientos, (ii) en dicha plataforma están acopiados maxisacos al máximo de su capacidad y algunos sin tapa, y (iii) una embarcación del servicio de buceo con mortalidad acopiada encima de ella y sin contenedores. En opinión de éste Tribunal, los hechos descritos en el (i) incumplen

el inciso primero, por cuanto el diseño de la plataforma es implementado por el titular aunque verificada su idoneidad por el Sernapesca *-donde los criterios de idoneidad pueden divergir-*; los descritos en el punto (ii) y (iii) incumplen el inciso segundo, por cuanto el llenado de los maxisacos y el modo de acumulación, traslado y disposición de desechos y residuos, no quedan al arbitrio del titular: como establece el Certificado Sanitario de Movimiento, a fs. 522, los maxisacos debían ser llenados *"a 3/4 de su capacidad, sellados, enzunchados y con inactivador de mortalidad..."* y como dispone el citado inciso segundo, la acumulación, traslado y disposición de desechos y residuos debe ser en contenedores herméticos, lo que no sucedió en la embarcación del servicio de buceo. Este razonamiento es similar al contenido en la resolución reclamada a fs. 1884 y ss. No se aprecia aquí unidad de acción, siquiera jurídica, sino hechos separados que dan lugar a infracciones.

Trigésimo noveno.- En consecuencia, este Tribunal, reiterando lo previamente razonado respecto del principio de legalidad y de tipicidad, considera que estos se cumplen respecto de esta infracción, que la empresa conoce con suficiente certeza cuál es la conducta exigida, y además que se trata de hechos distintos, se desechará la alegación de la empresa. En consecuencia, **subsistirán los cargos E.2 y E.4.**

d) Sobre la existencia de vicios al momento de tener o dar por acreditados los hechos imputados, y la prescindencia de la prueba ofrecida por la empresa.

Cuadragésimo.- Que en este punto, el Tribunal mantendrá la agrupación hecha por la empresa: (i) manejo de redes y limpieza de playas, (ii) mortalidades, ensilaje y manejo de bins, (iii) sobreproducción y planes de contingencia, y (iv) mal emplazamiento de instalación; estos se abordarán enseguida, haciendo un control de motivación del acto administrativo.

(i) manejo de redes y limpieza de playas

Cuadragésimo primero.- Que respecto de este punto específico, el Tribunal considera que, tal como ha señalado antes, los funcionarios de Sernapesca tienen la calidad de ministro de fe y que, en consecuencia, se aplica el artículo 51 de la LOSMA en sentido amplio.

Cuadragésimo segundo.- Que como resultado, existe una presunción de veracidad respecto de los hechos constatados en los CES Valverde

2, CES Quetros 1, CES Cuptana 1, CES Valverde 1, CES Marta, CES Sur Puyuhuapi, y CES Canalad 1. Es decir, en todos ellos se constató la presencia de redes depositadas sobre el fondo marino utilizando una cámara submarina, y que respecto de los centros CES Punta Gansos, CES Graffer y CES Punta Paredes se constató que las redes removidas fueron depositadas directamente en la cubierta de las embarcaciones de traslado. Lo anterior está complementado con las fotografías adjuntadas por Sernapesca e incorporadas al expediente.

Cuadragésimo tercero.- Que en cuanto a los CES Cuptana 1, CES Punta Ganso, CES Sur Puyuhapi, CES Estero Soto, CES Valverde 5, CES Harry, CES Cuptana 9, CES Punta Paredes, CES Bahía Anita, CES Luna 2 y CES Gertrudis 1, se constata la presencia de residuos y desechos, así como de estructuras y equipamiento de la empresa en mal estado, en los alrededores inmediatos de estos CES. Lo anterior está complementado con las fotografías adjuntadas por Sernapesca e incorporadas al expediente.

Cuadragésimo cuarto.- Que en relación a los CES Valverde 2, CES Quetros 1, CES Cuptana 1, CES Valverde 1, CES Marta, CES Sur Puyuhuapi, y CES Canalad 1, la empresa reconoce que las redes se encontraban sumergidas y en contacto con el fondo. A modo ejemplar, para el caso del CES Valverde 2 la empresa señaló que el apozamiento de redes forma parte del procedimiento regular de manejo de redes, por el cual las redes desmontadas se mantienen en el centro aproximadamente por una semana previo a su retiro; y acompañó como medios de prueba: (i) guía de despacho 417250, de 15 de febrero de 2013 (fs. 790), para retiro de redes apozadas mediante la embarcación "Catay" y transporte al taller B y B Nets Ltda., (ii) declaración jurada citada por la empresa a fs. 1188, por la que se afirma que las redes se retiraron y apozaron el 9 de febrero de 2013, que a fs. 1373 se tuvo por acompañado por la SMA, pero no está en el expediente remitido, (iii) copia de protocolo de instalación, recambio y extracción de redes, código IT-OPR-09, que a fs. 1373 se tuvo por acompañado por la SMA, pero no está en el expediente remitido, no obstante fue acompañado por la empresa en su reclamación y rola a fs. 610 y ss.; (iv) fotografías del proceso de manejo de redes, y (v) informe de la consultora Poch sobre el estado del centro.

Cuadragésimo quinto.- Que además, a fs. 525, la empresa afirma que *"...de la forma en que está configurada la legislación, resulta insostenible su aplicación en la mayoría de los casos, por cuanto el recambio de redes de un centro de cultivo completo considera varios días de faena, período en el cual se tendría que tener fondeada una embarcación sólo para ir recibiendo las redes hasta completar el*

centro y luego llevarse las redes retiradas para traer las nuevas, sin considerar que esta actividad se desarrolla en forma coordinada por la empresa...".

Cuadragésimo sexto.- En consecuencia, tal como ha quedado acreditado en el procedimiento sancionatorio, la empresa está realizando rutinariamente un procedimiento de manejo de redes que, al menos en lo que guarda relación con el retiro de la redes sucias y su manejo previo a su traslado en buque hasta el taller de limpieza, está en abierta contradicción con la normativa vigente, establecida en el artículo 9, numeral 1, letra a) del RAMA. A similar conclusión llegó la SMA en su resolución sancionatoria, a fs. 1887, y este Tribunal la respalda en su totalidad. No obstante, como ya se dijo, debe tenerse en cuenta que, tal como se reconoce en la misma resolución sancionatoria, los tiempos de permanencia de la redes sumergidas en contacto con el fondo, no excede de los 7 días, lo cual es importante al momento de aplicar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. En consecuencia, **se confirma la existencia de infracciones por los cargos A.2, B.2, C.2, D.2, G.2, J.2, y P.2.**

Cuadragésimo séptimo.- Que en el caso de los cargos F.2, K.1, y M.1, para los CES Punta Gansos, CES Graffer y CES Punta Paredes, respectivamente, es evidente que existe una infracción al artículo 22B inciso segundo del RESA. En las fotos se evidencia que las redes removidas fueron depositadas en la cubierta de las embarcaciones de traslado, y la prueba aportada por la empresa únicamente da cuenta de la fecha en que ocurrieron los retiros de dichas redes. A similar conclusión llegó la SMA en su resolución sancionatoria, a fs. 1877 y 1888. En consecuencia, **se confirma la existencia de infracciones por los cargos F.2, K.1, y M.1.**

Cuadragésimo octavo.- Que en cuanto a los CES Cuptana 1, CES Punta Ganso, CES Sur Puyuhipi, CES Estero Soto, CES Valverde 5, CES Harry, CES Cuptana 9, CES Punta Paredes, CES Bahía Anita, CES Luna 2 y CES Gertrudis 1, las fotografías examinadas por este Tribunal muestran que existe una violación del artículo 4 letra b) del RAMA. A similar conclusión llegó la SMA en su resolución sancionatoria, a fs. 1877, y este Tribunal la respalda en su totalidad, en especial al señalar que los sectores aledaños a los centros se están utilizando para disponer a largo plazo material usado por la empresa en sus actividad que, si bien puede ser recuperado, está en un estado de abandono y desatención que los hace comportarse como residuos. Además, el sólo hecho que la empresa reconozca que en las fotografías existe material de su propiedad, resta toda seriedad a su reiterado argumento de falta de certeza del lugar donde fueron tomadas, por no estar

georreferenciadas. En consecuencia, **se confirma la existencia de infracciones por los cargos C.3, F.1, H.1, I.1, J.3, L.1, M.2, N.1, O.1, Q.1, y R.1.**

Cuadragésimo noveno.- Que en consecuencia, se declara que no han existido vicios al momento de tener o dar por acreditados los hechos imputados en los CES señalados, ni se ha prescindido de la prueba ofrecida por la empresa; sino que ésta no ha logrado la persuasión del Superintendente para que se acepten sus descargos, ni tampoco lo ha logrado ante este Tribunal.

(ii) mortalidades, ensilaje y manejo de bins

Quincuagésimo.- Que este Tribunal ha considerado previamente que la empresa está en pleno conocimiento de las obligaciones que tiene respecto del manejo de la mortalidad, tanto en situaciones de normalidad, como en una contingencia. En ese sentido, concuerda con la SMA en que el Certificado Sanitario de Movimiento otorgado por Sernapesca disponía de condiciones estrictas para realizar un retiro de mortalidad excepcional.

Quincuagésimo primero.- Que, para configurar la infracción por el cargo E.2, como ya se ha señalado al momento de decidir sobre las alegaciones de la empresa por violaciones del principio de tipicidad propiamente tal, basta con constatar un hecho que contradiga lo dispuesto en el artículo 4 letra a) inciso segundo del RAMA, y dado lo constatado a fs. 824, esto ha ocurrido. **Como resultado, debe confirmarse la comisión de la infracción por el cargo E.2.**

Quincuagésimo segundo.- Que, por su parte, para configurar la infracción E.4, lo que exige el artículo 4 letra a) inciso primero del RAMA, es que el titular adopte medidas preventivas idóneas, y como se señaló ya, aunque el diseño de la plataforma es implementado por el titular, la verificación de su idoneidad corresponde naturalmente a Sernapesca y eventualmente a la SMA. Los criterios de idoneidad pueden divergir entre el titular y los servicios públicos, pero para concluir que una medida es inidónea no se necesita probar que los efectos que busca impedir se han producido previamente, sino que basta con demostrar que estos se producirán, lo que ha hecho la SMA a fs. 1887 y ss. **Como resultado, debe confirmarse la comisión de la infracción por el cargo E.4.**

Quincuagésimo tercero.- Que por su parte, respecto del CES Valverde 1, que al momento de la fiscalización estaba sin dotación, de las fotografías acompañadas por Sernapesca al procedimiento

sancionatorio, no se observa mortalidad alguna, en forma de peces flotando. En ese sentido, el sistema que tiene implementado la empresa en ese centro permite que al morir un pez e inmediatamente se hunda, caiga en los conos desde donde se extrae a través de un ducto de aire comprimido. Tampoco se señala en el acta de inspección que no exista un sistema de retiro de mortalidad instalado, sólo que no se realiza retiro de mortalidad.

Quincuagésimo cuarto.- Que, las fotografías muestran líneas de alimentación sucias dispuestas sobre los pasillos y conos de extracción de mortalidad del CES Valverde 1. De esta forma, la imagen de fs. 1001, muestra un pasillo con conos azules de extracción de mortalidad sucios, y líneas de alimentación sucias, otras líneas de alimentación están atadas a la baranda del pasillo, y hay redes sostenidas desde la estructura del pasillo que se sumergen en la mar. Las fotografías de fs. 1002 y 1003 registran la misma situación desde distinto ángulo y distancia. La imagen de fs. 1004 muestra una caja gris, al parecer plástica, con la inscripción "Salmosan", medicamento contra la salmonelosis, abandonada, sucia, y detrás de ella hay un cono azul de retiro de mortalidad sucio, una línea de flotadores blancos y amarillos sucia. Las fotografías de fs. 1005 y 1006 muestran la misma situación desde distinto ángulo y distancia; mientras que las imágenes de fs. 1007 y 1008 muestran un salmón, al parecer vivo. La fotografía de fs. 1009, muestra un salmón lesionado, al parecer vivo. La imagen de fs. 1010 muestra un pasillo con cuerdas atadas o situadas en éste, y en una de ellas, un par de guantes blancos usados. El resto de las fotografías son similares a las anteriores, desde diferentes ángulos y distancias.

Quincuagésimo quinto.- Que la empresa ha sostenido que el CES Valverde 1 estaba siendo desinstalado en todas las jaulas excepto la que estaba siendo objeto de control, aunque no ha explicado en detalle en qué consistía ese control y qué lo justifica. Sin perjuicio de lo anterior, la constatación de redes apoyadas en los alrededores del centro dan cuenta que se está desinstalando el centro, lo que es respaldado por la evidencia que aporta Sernapesca, en cuanto las líneas de alimentación y los conos de retiro de mortalidad están sobre los pasillos del centro, y evidentemente están sucios porque han sido utilizados en la producción del centro y han sido retirados desde el agua, donde acumulan incrustaciones y suciedades propias de su uso.

Quincuagésimo sexto.- Que, además, la empresa entrega un registro de retiro de mortalidades, que demostraría que realiza el retiro de mortalidad de forma diaria, el que no obstante la SMA no considera

por estimar que es un documento elaborado por la empresa y que carece de trazabilidad. Sin embargo, el RESA establece en su artículo 22A que debe realizarse el retiro diario de las mortalidades de peces de cada unidad de cultivo, registrarse diariamente, y que semanalmente deberá informarse a Sernapesca el número de mortalidades clasificada según su causa. La misma normativa sectorial no establece una trazabilidad especial en el registro diario de mortalidad, sino que se confía en la información entregada por la empresa. En consecuencia, no se puede prescindir de ella a discreción de la autoridad, máxime cuando su veracidad no ha sido cuestionada por Sernapesca. En consecuencia, se acogerá la alegación de la empresa en relación al CES Valverde 1. **Como resultado, debe absolverse de la comisión de la infracción por el cargo D.3, y eliminarse la multa.**

Quincuagésimo séptimo.- Que en cuanto a la misma alegación, en relación con el CES Seno Vera, este Tribunal ya ha determinado cuáles eran las circunstancias de éste al momento de la fiscalización. Sin embargo, de la lectura del mismo artículo 22A del RESA *-en su versión vigente hasta el 5 de mayo de 2016-* que es utilizado por la SMA para definir el tipo infraccional aplicable, su párrafo segundo establece que los registros de mortalidad *"...deberán consignar las unidades en que no se registró mortalidad y los días en que por condiciones climáticas u otros eventos no se pudo extraer la mortalidad de las unidades de cultivo."*

Quincuagésimo octavo.- De la norma transcrita, es evidente que se ha concebido que bajo ciertas situaciones excepcionales, tanto climáticas como de otra índole, no sea posible retirar toda la mortalidad, que es lo que establece como regla general el párrafo primero de ese mismo artículo. Sin embargo, en el presente caso y en el procedimiento administrativo, queda suficientemente probada la situación excepcional del CES Seno Vera al momento de la fiscalización, en consecuencia, se acogerá la alegación de la empresa. **Como resultado, debe absolverse de la comisión de la infracción por el cargo E.1, y eliminarse la multa.**

(iii) sobreproducción y planes de contingencia

Quincuagésimo noveno.- Que no es discutido por las partes que la Resolución Exenta N° 973, de 11 de diciembre de 2009, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la XI Región de Aysén, autorizó a la empresa una producción máxima de 2.500 toneladas anuales. Tampoco es discutido que por medio de la Resolución Exenta N° 82, de 26 de febrero de 2014, de la Comisión de Evaluación de la XI Región de Aysén, se autorizó a la empresa una cosecha máxima de 4.000 toneladas

anuales. Tampoco es discutido que a la fecha de la inspección de la SMA, ocurrida el 27 de noviembre de 2013, la empresa había cosechado en el CES Bahía Anita, una biomasa de 1.465,8 toneladas, que mantenía aún 18 jaulas pobladas con una biomasa de 2.892,9 toneladas, y que había ampliado su capacidad de siembra y producción mientras se evaluaba ambientalmente.

Sexagésimo.- Que en adelante, en la formulación de cargos, a fs. 961 y 962 consta que se hacen referencias a ambas resoluciones de calificación ambiental, notándose las diferencias entre las cosechas máximas permitidas. No hay mayor descripción de los hechos, y a fs. 964 consta que no hace referencia alguna a la sobreproducción, ni siquiera cuando se cita el informe DFZ-2013-1361-XI-RCA-IA. Sólo a fs. 976 es que se señala que se imputa a la empresa la infracción N.3 por una producción de 4.358,8 toneladas, pero al citar las condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas, la SMA se refiere a ambas resoluciones de calificación ambiental.

Sexagésimo primero.- Que en sus descargos, a fs. 1332, la empresa señala que desde febrero de 2014 se le autoriza una cosecha máxima de 4.000 toneladas anuales, que en el ciclo productivo se cosecharon 4.358,8 toneladas, y que el exceso sobre las 4.000 toneladas, ocurriría por causas ajenas a su voluntad, al verificarse una menor mortalidad a la esperada. Es decir, ante la ambigüedad en la formulación de cargos, pues tanto la cosecha máxima anual de 2.500 toneladas y 4.000 toneladas se infringirían al haberse cosechado 4.358,8 toneladas, la empresa asumió que la SMA se refería a la resolución de calificación ambiental más reciente.

Sexagésimo segundo.- Que, este Tribunal reafirma que, de la revisión de las resoluciones de calificación ambiental, debe notarse que ambas establecen un número máximo de producción expresada en toneladas anuales. Si bien el ciclo productivo, que va de 10 a 15 meses desde la siembra de smolt podría asimilarse al concepto de año móvil, no hay indicación alguna al respecto, por lo que debe considerarse que es un año calendario.

Sexagésimo tercero.- Que, además, debe notarse que el actual Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental contenido en el Decreto Supremo N° 40 de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, en su artículo 3° letra n), n.5), ordena el ingreso al SEIA de todo proyecto o actividad, sea nuevo o modificación de uno existente, cuando se contempla una producción anual igual o mayor a 35 toneladas tratándose de equinodermos, crustáceos y moluscos no filtradores, peces y otras especies, a través de un sistema de producción intensivo. En este aspecto, no hubo cambios en relación

con el Reglamento anteriormente vigente. En consecuencia, siempre se ha tenido a la vista una producción anualizada y no por ciclos productivos. Si esto es una imprecisión del regulador ambiental y sectorial, corresponderá a ellos y no a este tribunal resolverlo adecuadamente. Por último, en caso de dudas sobre el sentido y alcance del límite anual que dispone la resolución de calificación ambiental *-máxime cuando se cambia de año a ciclo productivo-* debió solicitarse la interpretación pertinente al Servicio de Evaluación Ambiental, en virtud de lo dispuesto por el artículo 81 letra g) de la Ley N° 19.300, previo informe del o los organismos con competencia en la materia específica que participaron de la evaluación, del Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, según corresponda.

Sexagésimo cuarto.- Que, en consecuencia, atendido el hecho de que la resolución de calificación ambiental vigente al momento de la inspección establece una exigencia de cumplimiento de un máximo de producción anual de 2.500 toneladas, que el nivel de producción se entiende como el producto final (output) y no la materia prima smolt (input) y que producción anual debe entenderse por producción en el año calendario y no por ciclo productivo, no habiéndose incumplido la condición que establecía la resolución de calificación ambiental vigente en términos del máximo nivel de producción anual permitido **deberá absolverse a la empresa de la comisión de la infracción por el cargo N.3, y eliminarse la multa.**

Sexagésimo quinto.- Que, por su parte, en lo referido a los planes de contingencia, se constató que en el CES Bahía Anita no existía una copia física de los planes de contingencia, y que la copia digital fue remitida por correo electrónico mientras se desarrollaba la inspección de la SMA, como consta a fs. 1894. Tras recibir dichos planes, los fiscalizadores constataron que no existían los elementos absorbentes descritos en ellos. Si bien la empresa ha demostrado que estos planes de contingencia están diseñados, el artículo 5 inciso quinto del RAMA establece que un ejemplar escrito de estos debe estar en el CES. En todo caso, el CES no los tenía siquiera en formato digital. **Como resultado, debe confirmarse la comisión de la infracción por el cargo N.4.**

(iv) mal emplazamiento de instalación.

Sexagésimo sexto.- Que al respecto, el Tribunal ya ha considerado previamente la alegación hecha por la empresa sobre los estándares probatorios, y en consecuencia se remite a lo decidido.

e) Sobre el cumplimiento de la normativa ambiental sanitaria.

Sexagésimo séptimo.- Que la empresa considera que no ha incumplido la normativa ambiental sanitaria aplicable. Nuevamente se refiere a la apreciación de la prueba en el procedimiento sancionatorio, considerando que de ponderarse correctamente, el Superintendente daría cuenta del estricto cumplimiento de la normativa ambiental, sanitaria y acuícola sectorial, con los más altos estándares dentro de la industria del rubro, tanto a nivel nacional como internacional. Como se dijo, la empresa divide ahora las infracciones en aquellas cuyo motivo es: (i) redes; (ii) basura en playa o fondo marino; (iii) mortalidad; (iv) sobreproducción; y (v) falta de planes de contingencia. Respecto de todas ellas, la SMA no presentó réplica alguna.

Sexagésimo octavo.- Que este Tribunal ya se ha pronunciado previamente respecto de todas las alegaciones de la empresa, que son repetidas en su reclamación, y a esas decisiones se remite.

f) Sobre la existencia de vicios y de falta de motivación en la determinación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

Sexagésimo noveno.- Que como se reseñó, la empresa realiza un análisis de ciertas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en especial, las letras a), d), h), que se engloban en el denominado componente de afectación, y c), que constituye el componente de beneficio económico. Todas ellas han sido contestadas por la SMA. Enseguida se analizarán el orden propuesto por la empresa, haciendo un control de motivación del acto administrativo.

(i) Riesgo, artículo 40 letra a) de la LOSMA

Septuagésimo.- Que, para las infracciones relacionadas con el manejo de redes, debe tenerse en cuenta que los cargos A.1, B.1, C.1, D.1, G.1, J.1 y P.1, por apozamiento de redes en violación del artículo 4 letra a) del RAMA, han sido eliminados. Y desde ya cabe señalar que este Tribunal está impedido para anular y ordenar reformar lo resuelto por la Administración en perjuicio de la empresa. **En consecuencia, para los cargos e infracciones A.2, B.2, C.2, D.2, G.2, J.2 y P.2, el riesgo ya ha sido calificado por la Superintendencia como bajo, y en ese nivel se mantendrá.**

Septuagésimo primero.- Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera que, en relación con el artículo 40 letra a) de

la LOSMA, la SMA debe ser consistente en la valoración del riesgo o peligro, al momento de actuar en las fiscalizaciones, sean propias o sectoriales, y en los procedimientos sancionatorios. En ese sentido, ella ha tenido conocimiento de la comisión de presuntas infracciones al debido manejo de redes, incluyendo las que erróneamente ha considerado como infracciones de apozamiento de redes, entre los años 2013 y 2014, y ha demorado hasta el 12 de enero de 2015, la solicitud de medidas provisionales que ordenen el retiro de las redes apozadas, como consta a fs. 740. En consecuencia, es contradictorio señalar que la existencia de redes en contacto con el fondo marino produce un riesgo medio alto, describiendo con detalle las consecuencias que puede tener su permanencia en esa situación, con que la SMA haya demorado un largo tiempo para adoptar las ya indicadas medidas provisionales. Esta demora demuestra que la SMA no ha podido considerar inicialmente el riesgo como medio alto, sino como bajo. A esto debe adicionarse el hecho, en el que las partes están contestes, que las redes permanecieron en esa condición por un máximo de 7 días.

Septuagésimo segundo.- Que, por su parte, para el caso de los cargos F.2, K.1, y M.1, este Tribunal considera que la SMA ha motivado adecuadamente la existencia de riesgo, como riesgo bajo, y su impacto en el valor de seriedad. En consecuencia, **se confirma que para las infracciones F.2, K.1, y M.1, existe un riesgo bajo, y que su contribución en el valor de seriedad ha sido determinado de manera consistente.**

Septuagésimo tercero.- Que respecto de las infracciones relacionadas con la presencia de basura en playas y sectores aledaños, este Tribunal considera que estas generan un riesgo bajo, tal como lo ha señalado la SMA, y que el uso por la empresa de sectores de playa para la disposición temporal de activos en mal estado, no puede considerarse como exenta de riesgo, en consecuencia, **se confirma que para las infracciones C.3, F.1, H.1, I.1, J.3, L.1, M.2, N.1, O.1, Q.1 y R.1, existe un riesgo bajo, y que su contribución en el valor de seriedad ha sido determinado de manera consistente.**

Septuagésimo cuarto.- Que acerca de las infracciones relacionadas con el manejo de la mortalidad, y tomando en consideración lo ya determinado por éste Tribunal, subsisten los cargos por las infracciones E.2 y E.4 para el CES Seno Vera. En ese sentido, se ha considerado la situación de contingencia de éste CES, no obstante, a diferencia de las obligaciones de retiro diario de mortalidad y de sometimiento a ensilaje de toda la mortalidad, que admiten un tratamiento distinto en estos casos, no ocurre lo mismo con la

disposición adecuada de la mortalidad ni con el adecuado diseño de la plataforma de acopio de bins. No obstante, la SMA ha sostenido en su resolución sancionatoria que, respecto del manejo de mortalidad, el riesgo recae principalmente en el mismo CES, en sus recursos cultivados, y en una menor medida sobre otros elementos del medio ambiente, como consta a fs. 1910. Este Tribunal considera que está correctamente ponderado el riesgo, así como la determinación del valor de seriedad. En consecuencia, **se confirma que para las infracciones E.2 y E.4, existe un riesgo bajo, y que su contribución en el valor de seriedad ha sido determinado de manera consistente.**

- (ii) **Intencionalidad, artículo 40 letra d) de la LOSMA; vulneración o detrimento de un área protegida, artículo 40 letra h) de la LOSMA**

Septuagésimo quinto.- Que este Tribunal ya ha resuelto que los protocolos y procedimientos de la empresa relacionados con el depósito de las redes está en abierta contradicción con la normativa reglamentaria. En ese sentido, los altos costos de cumplimiento argüidos no pueden ser tenidos en cuenta siquiera como un factor de disminución de la multa; al contrario, esto es un indicador de que la empresa actuó con intencionalidad teniendo en mente el evitar incurrir en dichos costos de cumplimiento. Respecto de las demás infracciones este Tribunal mantiene un razonamiento similar, y considera que la empresa se ha organizado deficientemente comportando esto una reducción de costos de cumplimiento, más allá que la SMA, por razones de eficiencia de recursos, haya hecho ese cálculo sólo para el cargo N.3, que como ya se decidió, ha debido absolverse a la empresa, no obstante de haberse formulado ese cargo correctamente, su determinación hubiese sido correcta. Por todo lo anterior se rechazan las alegaciones de la empresa al respecto. En consecuencia, para las infracciones **A.2, B.2, C.2, D.2, G.2, J.2 y P.2, las infracciones C.3, F.1, H.1, I.1, J.3, L.1, M.2, N.1, O.1, Q.1 y R.1, las infracciones E.2 y E.4, y la infracción N.2, su contribución en el valor de seriedad ha sido determinado de manera consistente.**

Septuagésimo sexto.- Que en cuanto a la circunstancia del artículo 40, letra h) de la LOSMA, este Tribunal considera que ha sido correctamente aplicada y ponderada por la SMA, y rechaza las alegaciones de la empresa al respecto. En consecuencia, para las infracciones **B.2 y C.2, y las infracciones C.3, O.1 y R.1, su contribución en el valor de seriedad ha sido determinado de manera consistente.**

(iii) **Beneficio económico, artículo 40 letra c) de la LOSMA.**

Septuagésimo séptimo.- Que, este Tribunal no concuerda con la posición sostenida por la SMA en cuanto al carácter de referencial que le atribuye al documento denominado "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales", aprobado por resolución exenta N° 1.002, de 29 de octubre de 2015, y publicada posteriormente en el Diario Oficial. El artículo segundo de dicha resolución expresa claramente que dichas bases serán aplicables a todos los procedimientos sancionatorios incoados por la SMA. Por lo tanto, en ningún caso puede considerarse que la Guía tenga un carácter referencial, sin perjuicio que en casos excepcionales y debidamente justificados la SMA pueda apartarse de ella. Además, en sus vistos se expresa claramente que, conforme a su Ley Orgánica, se radica en la SMA la facultad exclusiva de imponer sanciones administrativas, disponiendo para ello de un procedimiento reglado, y que, para el cumplimiento de lo antes indicado, se ha diseñado las bases metodológicas, como una herramienta analítica cuyo objeto es la búsqueda de coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando el efecto disuasivo de las mismas. Esas ideas se repiten en las mismas bases metodológicas.

Septuagésimo octavo.- Que, como reconoce la SMA, las bases metodológicas tienen también como finalidad transparentar con más detalle los criterios que ella ha usado para la determinación de sanciones pecuniarias. En ese sentido, este Tribunal concuerda con ella en que el marco conceptual detrás de esas bases se ha aplicado previamente, al menos así ha sido en las resoluciones sancionatorias que se han reclamado en esta sede. Sin embargo, dicho servicio público ha decidido que ese marco conceptual que había mantenido en reserva, esbozándolo en sus resoluciones sancionatorias anteriores, ha debido hacerse público, afirmando que la adopción de dicha decisión tiene el objetivo *-además de los ya antes señalados-* de poner éste marco conceptual en conocimiento de las partes interesadas, transparentando así los lineamientos y principios que la SMA tiene como propósito en el ejercicio de su potestad sancionatoria.

Septuagésimo noveno.- Que en opinión de este Tribunal, el hecho que la SMA no haya alegado que, a la fecha de dictar la resolución sancionatoria, no eran aplicables las bases metodológicas por no haber estado aprobadas, como la había hecho en otros casos, refuerza que siempre ha existido continuidad en los lineamientos y principios que ella ha aplicado en sus resoluciones sancionatorias, salvo que con la publicación de las bases metodológicas, ella se ha vinculado

directa y explícitamente en su aplicación, que es ahora mucho más detallada que la que ofrecía caso a caso previo a la publicación de estas.

Octogésimo.- No obstante lo anterior, habiéndose eliminado la infracción por el cargo N.3, y siendo éste el único caso donde se calcula el beneficio económico, este Tribunal considera innecesario pronunciarse sobre las alegaciones de la empresa al respecto.

Por estas consideraciones, y **TENIENDO PRESENTE** además lo dispuesto en los artículos 1, 5 letra c), 17 número 9), 21, 25, 27, 29, 30, 31 y 47 de la ley 20.600; 64, de la Ley N° 19.300; 158, 159, 160, 161 inciso 2°, 163, 164, 169 y 170 del Código de Procedimiento Civil, y demás disposiciones legales pertinentes,

EL TRIBUNAL RESUELVE

- 1°. **HA LUGAR**, parcialmente, a la reclamación interpuesta por Exportadora Los Fiordos a fs. 1 y siguientes, en contra de la resolución exenta N° 994, de 28 de octubre de 2015, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, por no ser ésta ajustada a derecho, según las razones consignadas precedentemente, declarándose que:
- a. Se eliminan los cargos A.1, B.1, C.1, D.1, G.1, J.1 y P.1., y sus respectivas multas, que suman 1001 UTA, según se señaló en el considerando Trigésimo cuarto.-, por infracción al principio *ne bis in idem*.
 - b. Se elimina la multa impuesta por el cargo D.3, por 105 UTA, según se señaló en el considerando Quincuagésimo sexto.-, por infracción de las reglas de la sana crítica.
 - c. Se elimina la multa por el cargo E.1, por 79 UTA, según se señaló en el considerando Quincuagésimo octavo.-, por infracción de las reglas de la sana crítica.
 - d. Se elimina la multa por el cargo N.3, por 1000 UTA, según se señaló en el considerando Sexagésimo cuarto.-, por errónea interpretación de la exigencia contenida en la resolución de calificación ambiental.
 - e. Subsisten los cargos e infracciones A.2, B.2, C.2, D.2, G.2, J.2, y P.2, según se señaló en los considerandos Trigésimo cuarto.- y Cuadragésimo sexto.-, manteniéndose las multas impuestas.
 - f. Se mantienen en sus montos las multas impuestas por las infracciones F.2, K.1 y M.1.

- g. Se mantienen en sus montos las multas impuestas por las infracciones C.3, F.1, H.1, I.1, J.3, L.1, M.2, N.1, O.1, Q.1, y R.1.
- h. Se mantienen en sus montos las multas impuestas por las infracciones E.2, E.4, N.2 y N.4.

En consecuencia, habiéndose eliminado varios cargos e infracciones, el monto de las multas confirmadas es de 1958 UTA.

2°. **SE DEJA SIN EFECTO** parcialmente la resolución exenta N° 994, de 18 de octubre de 2015, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, en todo lo que contradiga con lo dispositivo de esta sentencia.

3°. **NO SE CONDENA** en costas a la reclamada.

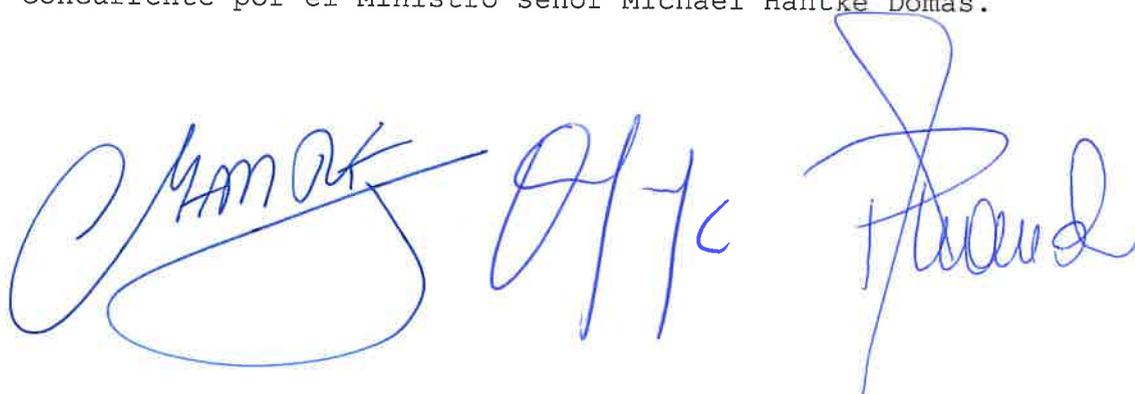
Acordada con el voto concurrente del Ministro Sr. Michael Hantke Domas, quien concurre en lo dispositivo del fallo, pero reemplazando los considerandos del Sexagésimo.- al Sexagésimo cuarto.-, por el siguiente:

Que, es incontrovertido que, al 27 de noviembre de 2013, la reclamante había ampliado su capacidad máxima de producción mientras se evaluaba ambientalmente ese mismo aumento. Sin embargo, la SMA sancionó esta conducta como incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la resolución de calificación ambiental vigente al momento de la fiscalización, aplicando el artículo 35 letra a) de la LOSMA. Para este Ministro, la conducta que la SMA considera como sobreproducción, corresponde al desarrollo de actividades para las que la ley exige resolución de calificación ambiental, sin que se haya contado con ella, dado lo establecido en el artículo 3° letra n) y n.3), del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -tanto el vigente como el derogado- en relación con el artículo 10 de la Ley N° 19.300. De esta manera, la reclamante se encontraba en la hipótesis de elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, conducta que se encuentra tipificada en el artículo 35 letra b) de la LOSMA. En consecuencia, la imputación de la SMA en contra de la reclamante no se conforma con la normativa vigente, por cuanto se debió sancionar a ésta conforme a lo establecido en la letra b) y no en la letra a) del artículo 35 de la LOSMA, por lo que se deberá absolver a la empresa de la comisión de la infracción por el cargo N.3, y eliminar la multa correspondiente.

Regístrese y notifíquese.

Rol N° R-23-2015.

Redacción del Ministro señor Roberto Pastén Carrasco, y el voto concurrente por el Ministro señor Michael Hantke Domas.

Three handwritten signatures in blue ink, likely belonging to the ministers mentioned in the text above.

Pronunciado por el Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros señores Michael Hantke Domas, Roberto Pastén Carrasco y Pablo Miranda Nigro.



Autoriza el Secretario Abogado, Señor Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, veintiséis de mayo de dos mil dieciséis, se anunció por el Estado Diario la resolución precedente.