

Valdivia, doce de agosto de dos mil veinte.

VISTOS

- 1) A fs. 1 y ss., compareció el Sr. Pablo Ortiz Chamorro, abogado, RUN N° 13.950.666-K, con domicilio en Badajoz N° 45, piso 8, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, quien en representación convencional de **TURISMO LAGO GREY S.A.**, RUT N° 78.413.000-2, empresa del giro de su denominación, del mismo domicilio, en adelante «la Reclamante», interpuso recurso de reclamación del art. 56 del art. segundo de la Ley N° 20.417, en adelante «LOSMA», en relación con el art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, contra la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante «la Reclamada» o «la SMA», por la dictación de las siguientes resoluciones: (i) Res. Ex. N° 745 de 9 de diciembre de 2019, en adelante «la Res. Ex. N° 1745», que rechazó recurso de reposición interpuesto por la Reclamante contra la resolución que se indicará enseguida, y (ii) Res. Ex. N° 1358, de 25 de septiembre de 2019, en adelante «la resolución sancionadora», que puso término al procedimiento sancionatorio rol D-065-2018, imponiendo sanciones de multa a la Reclamante por 8 cargos relacionados con incumplimientos de varias resoluciones de calificación ambiental, aplicables a la unidad fiscalizable Hotel Lago Grey, por un total de 988,5 UTA. En ese sentido, solicitó que ambas resoluciones sean dejadas sin efecto total o parcialmente, pues adolecerían de vicios de legalidad.

I. Antecedentes de los actos administrativos reclamados

- 2) Que, en lo que interesa a la reclamación de autos, de los antecedentes administrativos acompañados al informe de la SMA, a fs. 464 y ss., consta que:
 - a) a fs. 465, por Res. Ex. N° 1/ROL D-065-2018, de 5 de julio de 2018, el Fiscal Instructor formuló cargos contra la Reclamante, por lo que consideró eran



diversas infracciones a 7 resoluciones de calificación ambiental aplicables a la Reclamante en relación con el Complejo Turístico Lago Grey, emplazado dentro del Parque Nacional Torres del Paine.

En dicha formulación de cargos se imputaron las siguientes 6 infracciones al art. 35 letra a) de la LOSMA, a saber:

Cargo 1: Inadecuado manejo de residuos generados por el Hotel y la embarcación Grey II, según lo constatado en la inspección ambiental de 11 y 12 de noviembre de 2015, contraviniendo lo dispuesto en varios considerandos de las RCA N° 44/1998, N° 157/2010, N° 185/2001, y N° 67/2012, clasificada como **leve**.

Cargo 2: La Planta de Tratamiento de Aguas Servidas (PTAS) del Hotel opera bajo condiciones distintas a las que fueron aprobadas ambientalmente y el efluente líquido es descargado sin previa declaración y superando los volúmenes de caudal autorizado, contraviniendo lo dispuesto en varios considerandos de las RCA N° 157/2010, y N° 185/2001, clasificada como **leve**.

Cargo 3: La emisión de residuos líquidos no ha sido efectuada conforme a la normativa aplicable, en contravención a lo dispuesto en algunos considerandos de la RCA N° 157/2010, clasificada como **grave**.

Cargo 4: El Titular no ha implementado las medidas de control acústico comprometidas en la Sala de Generadores Eléctricos del Hotel, en contravención a lo dispuesto en algunos considerandos de la RCA N° 157/2010, clasificada como **leve**.

Cargo 5: El Titular omitió adoptar medidas para ejecutar la operación de carguío de combustible al catamarán Grey III bajo condiciones seguras, en contravención a lo dispuesto en algunos considerandos de las RCA N° 44/1998, y N° 282/2014, clasificada como **leve**.

Cargo 6: El Titular omitió adoptar parte de las medidas relativas al Plan de Contingencia de derrame

de hidrocarburos, en contravención a algunos considerandos de la RCA N° 282/2014, clasificada como **leve**.

Además, se imputó la siguiente infracción al art. 35 letra j) de la LOSMA, a saber:

Cargo 7: Omisión de entrega de los antecedentes requeridos mediante Res. Ex. N° 474, de 24 de abril de 2018 y en inspección ambiental del día 12 de noviembre de 2015, en contravención de lo dispuesto en el art. 3 letra e) de la LOSMA, clasificada como **leve**.

Y, por último, se imputó la siguiente infracción al art. 35 letra e) de la LOSMA, a saber:

Cargo 8: El titular no ha remitido la información requerida mediante Res. Ex. N° 574, de 2 de octubre de 2012 y sus posteriores modificaciones, en contravención de lo dispuesto dicha resolución, clasificada como **leve**.

- b) a fs. 1622, que el 3 de agosto de 2018, la Reclamante presentó Programa de Cumplimiento, el que fue modificado y refundido con el objeto de incluir observaciones hechas por la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA; sin embargo, consta a fs. 2099, que por Res. Ex. N° 5/Rol D-065-2018, de 6 de noviembre de 2018, dicha autoridad rechazó el Programa de Cumplimiento.
- c) a fs. 2135, que el 20 de noviembre de 2018, la Reclamante presentó sus descargos, en los cuales señaló:
 - i) que el procedimiento de fiscalización habría demorado 9 meses, violando el art. 27 de la Ley N° 19.880, no constando que en ese procedimiento haya existido caso fortuito o fuerza mayor que justifique dicha demora.
 - ii) que la infracción N°8 estaría prescrita.
 - iii) que en las infracciones N° 1, 2, 3 y 4, hubo una serie de desprolijidades probatorias y errores de apreciación por la SMA.
- d) a fs. 2230, que por Res. Ex. N°8/ROL D-065-2018, de

31 de julio de 2019, el fiscal instructor requirió una serie de antecedentes a la empresa relacionados con la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.

- e) a fs. 2239, que, por presentación de 8 de agosto de 2019, la empresa reiteró una serie de argumentos procedimentales vertidos en sus descargos y no respondió el requerimiento de información antedicho.
- f) a fs. 2245, que por Res. Ex. N°9/ROL D-065-2018, de 2 de septiembre de 2019, el fiscal instructor tuvo presente la antedicha presentación y decretó el cierre de la investigación.
- g) a fs. 2248 y ss., que el fiscal instructor emitió su dictamen, sin fecha, donde propuso al Superintendente tener por configuradas todas las infracciones objeto de cargos, a partir de lo indicado en los informes de fiscalización DFZ-2015-641-XII-RCA-IA, respecto de los cargos N° 1, 2, 3, 4 y 7, y DFZ-2017-6428-XII-RCA-IA, respecto de los cargos N° 5 y 6; reclasificar las infracciones N° 2, 5 y 6 de leves a graves, al configurarse el art. 36 núm. 2 letra e) de la LOSMA, por la centralidad de la medida incumplida, su permanencia en el tiempo, y su grado de implementación; y además sancionar a la empresa con las siguientes multas: cargo N° 1, de 51 UTA; cargo N° 2, de 355 UTA; cargo N° 3, de 380 UTA; cargo N° 4, de 4,5 UTA; cargo N° 5, de 152 UTA; cargo N° 6, de 39 UTA; cargo N° 7, de 8 UTA; y cargo N° 8, de 1 UTA; sumando en total 990,5 UTA. En la determinación de dichos montos, solicitó al Superintendente tener presente aplicar el art. 40 letra i) de la LOSMA, porque existió cooperación eficaz del infractor sólo respecto del sub hecho 1.3 del cargo N° 1, sub hecho 4.2 del cargo N° 4 y sub hecho 5.4 del cargo N° 5; y en el caso de la letra f) de dicho artículo, porque en cuanto la capacidad económica del infractor pudo establecer su tamaño económico como Empresa Grande 2, pero no pudo considerar su capacidad de pago, por no haberlo pedido el

infractor.

- h) a fs. 2348 y ss., que por Res. Ex. N° 1358, de 25 de septiembre de 2019, el Superintendente del Medio Ambiente resolvió sancionar a la empresa con razonamientos idénticos a los propuestos por el fiscal instructor, manteniendo los montos de multa recomendados, excepto en el cargo N° 3 que fue rebajado en 2 UTA, con lo que la sanción impuesta alcanzó un total de 988,5 UTA.
- i) a fs. 2452 y ss., que la empresa interpuso recurso de reposición del art. 55 de la LOSMA, reiterando las alegaciones sobre vicios de procedimiento que había hecho presente en sus descargos.
- j) a fs. 2473, consta que por Res. Ex. N° 1745, de 6 de diciembre de 2019, el Superintendente rechazó el recurso de reposición antes indicado.

II. Antecedentes de la reclamación de autos

- 3) Que, del expediente judicial de autos consta que:
 - a) a fs. 1 y ss., la empresa interpuso recurso de reclamación del art. 17 N° 3 de la Ley N° 26.600 en contra de las resoluciones ya indicadas previamente, esto es, la que resolvió el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria, así como esta última, basada en los siguientes argumentos:
 - i) que la resolución sancionatoria es ilegal por recalificar arbitrariamente los cargos 2, 5 y 6, de leves a graves,
 - ii) que, aun si lo anterior no se considerase ilegal, la calificante del art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA no resulta aplicable respecto de esos cargos.
 - iii) que la resolución sancionatoria ha impuesto una multa claramente desproporcionada, por no haber considerado la circunstancia de capacidad de pago, ni las medidas correctivas implementadas para los cargos 5 y 6.
 - b) a fs. 401 se declaró admisible la reclamación, y

según lo dispuesto en el art. 29 de la Ley N° 20.600, se solicitó informe a la SMA, así como copia autenticada del expediente administrativo completo y debidamente foliado que sirvió de base para dictar el acto reclamado.

- c) a fs. 409 la SMA evacuó el informe y acompañó la copia autenticada del expediente administrativo. En su informe, dicho organismo solicitó el rechazo de la reclamación, basada en los siguientes argumentos:
- i) que la reclamación de autos es totalmente incongruente respecto de los argumentos aducidos en el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria, por lo que incurre en desviación procesal.
 - ii) que la recalificación de gravedad de las infracciones N° 2, 5 y 6 en la resolución sancionatoria, de acuerdo a la jurisprudencia, es legal si está debidamente fundada, lo que concurre en autos.
 - iii) que, respecto a las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, no procede ponderar la capacidad de pago de la reclamante, ya que no lo solicitó en el procedimiento sancionatorio, y que no acompañó antecedentes al respecto; ni tampoco ponderar las medidas correctivas, ya que éstas no cumplen con los requisitos de idoneidad, efectividad y verificabilidad.
- d) a fs. 2489, el relator certificó estado de relación, a fs. 2490 el Tribunal decretó autos en relación, y a fs. 2496, tras dos suspensiones del procedimiento por mutuo acuerdo, citó audiencia de alegatos para el martes 9 de junio de 2020, a las 9:30 horas.
- e) a fs. 2499, la empresa solicitó tener presente, respecto de la alegación de desviación procesal e incongruencia de la SMA, que ésta sólo puede aplicarse en regímenes recursivos que establecen el agotamiento previo de la vía administrativa, y no en regímenes facultativos, como es el contenido en la

LOSMA, y además acompañó varios documentos. A fs. 2682 se tuvo presente lo indicado por la empresa, y por acompañados los documentos.

- f) a fs. 2681, acta de instalación del Tribunal; a fs. 2683, certificado de alegatos, y a fs. 2684, certificado de estudio.
- g) a fs. 2685, certificado de acuerdo, y a fs. 2686, que el Tribunal designó como redactor al ministro Sr. Iván Hunter Ampuero.

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que, la Reclamación se basa en los siguientes argumentos:

- a) La resolución sancionatoria es ilegal por recalificar arbitrariamente los cargos 2, 5 y 6, de leves a graves, sin antecedentes que lo justifiquen en el procedimiento administrativo sancionador, por lo que la Reclamante fue impedida de presentar descargos y prueba respecto de estas modificaciones.
- b) Si lo anterior no se considerase ilegal, la calificante del art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA no resulta aplicable respecto de esos cargos, pues las exigencias que se estiman vulneradas (i) no corresponden a medidas para hacerse cargo de los efectos adversos del proyecto, y (ii) aun cuando lo fueran, el incumplimiento no satisface los criterios de centralidad, permanencia y grado de implementación exigido por la SMA. En ese sentido la Reclamante indicó que esta clasificación es improcedente, porque la descripción del art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA está referida a medidas para eliminar o minimizar los efectos del proyecto y no sus contingencias, añadiendo que en el caso de autos, por una parte, las medidas infringidas están referidas a contingencias, y por la otra, todos sus proyectos aprobados por DIA, no producen efectos significativos, no considerando medidas al respecto.
- c) La resolución sancionatoria ha impuesto una multa claramente desproporcionada, por no haber considerado la

circunstancia de capacidad de pago, ni las medidas correctivas implementadas para los cargos 5 y 6.

SEGUNDO. Que, el informe de la SMA contradice lo anterior, basado en los siguientes argumentos:

- a) La controversia de una reclamación debe limitarse al contenido y alcance de la resolución del recurso de reposición, con las alegaciones que ahí se contenían, pero el reclamo de autos no contiene ninguna alegación que haya sido formulada en sede de reposición, ni menciona alguna ilegalidad respecto a la resolución de dicho recurso, por lo que debe rechazarse de forma íntegra.
- b) La recalificación de gravedad de las infracciones N° 2, 5 y 6 en la resolución sancionatoria, de acuerdo a la jurisprudencia, es legal si está debidamente fundada, lo que concurre en autos al aplicar el art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA en base a los criterios de relevancia o centralidad de la medida incumplida, permanencia en el tiempo del incumplimiento y el grado de implementación de la medida. Añadió que, para determinar a qué medidas le aplica la citada norma, se debe determinar si efectivamente ésta tiene por objeto minimizar efectos determinados del proyecto, siendo irrelevante si está evaluado por DIA o por EIA, pues ambos generan efectos ambientales, o si tales efectos son o no permanentes. En ese sentido, también agregó que para la centralidad debe ponderarse el conjunto de medidas incumplidas, y no cada medida por separado. Así, las medidas incumplidas son centrales ya que tienen por objeto evitar los riesgos asociados a la descarga de contaminantes de las aguas servidas en el río Grey, evitar riesgos asociados a la indebida manipulación de combustibles, como es el derrame ocurrido, y controlar de forma efectiva, rápida y adecuada la ocurrencia de estos incidentes.
- c) Respecto a las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, no procede ponderar la capacidad de pago de la Reclamante, ya que no lo solicitó en el procedimiento sancionatorio, y no acompañó antecedentes al respecto; ni

tampoco corresponde ponderar las medidas correctivas que habría ejecutado el Titular respecto de los cargos N° 5 y 6, ya que éstas no cumplen con los requisitos de idoneidad, efectividad y verificabilidad necesarios para su procedencia.

TERCERO. Que, de lo anterior, el Tribunal identifica las siguientes controversias:

- a) Si existe desviación procesal como afirma la SMA;
- b) Si la SMA puede recalificar las infracciones 2, 5 y 6, en perjuicio del administrado, sin mediar nuevos antecedentes entre formulación de cargos y resolución sancionatoria;
- c) Si, en caso de poder hacerlo, en las infracciones 2, 5 y 6, se configura la clasificación del art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA;
- d) Si la SMA debía, para efectos de la proporcionalidad de la sanción de cada infracción, considerar la capacidad de pago;
- e) Si la SMA debía, para efectos de la proporcionalidad de la sanción de las infracciones 5 y 6, considerar las medidas correctivas implementadas.

I. SOBRE SI EXISTE DESVIACIÓN PROCESAL

CUARTO. Que, la primera defensa esgrimida por la SMA en su informe es la desviación procesal, indicando que las alegaciones planteadas en sede judicial no fueron promovidas en la vía administrativa, y más concretamente en el recurso de reposición (fs. 426). En efecto, señala que en el recurso de reposición interpuesto en contra de la Res. Ex. N° 1358, de 25 de septiembre de 2019 -resolución sancionatoria- solo se habría cuestionado el incumplimiento del plazo del art. 27 de la Ley N° 19.880, la supuesta prescripción de la infracción N°8 (fs. 426), presuntas irregularidades del procedimiento sancionatorio y la vulneración al principio del *non bis in idem* (fs. 427). En cambio, en la reclamación judicial de fs. 1 y ss., se estarían planteando tres alegaciones absolutamente distintas: modificación de la calificación de la gravedad de los cargos 2, 5 y 6, incumplimiento del requisito de gravedad de las

infracciones y desproporción de la multa por no considerar la capacidad de pago ni tampoco las medidas correctivas implementadas (fs. 428). Para fundamentar esta tesis invoca sentencias del Segundo Tribunal Ambiental (Rol N° 118-2016), la Corte Suprema (Rol N° 42004-2018) y de este Tribunal (Rol R-8-2019).

QUINTO. Que, para una correcta resolución de este asunto, se hace necesario dejar establecidos los siguientes antecedentes:

- a) Consta a fs. 2470, en el petitorio del recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución sancionatoria, que la Reclamante solicitó que se deje sin efecto la misma, en virtud de los fundamentos desarrollados en el escrito.
- b) Consta de fs. 2452 a 2470, que el recurso de reposición se fundó en los siguientes antecedentes: 1) violación del plazo del art. 27 de la Ley N° 19.880, por transcurrir más de 6 meses entre el IFA y la formulación de cargos; 2) prescripción del cargo N° 8; 3) vulneración del principio conclusivo respecto de escrito que solicita resolver los descargos y recurso de reposición, y de escrito que reitera lo anterior; y 4) vulneración al principio *non bis in idem*.
- c) Consta a fs. 47, que la Reclamante solicitó en la Reclamación judicial que se declare que las resoluciones reclamadas no se ajustan a la normativa vigente y, como petitorio N°1, que se deje sin efecto la resolución sancionatoria, en los términos solicitados en el cuerpo del escrito, citando al efecto el art. 30 de la Ley N° 20.600.
- d) Consta a fs. 3, que, en líneas gruesas, en la Reclamación interpuesta ante este Tribunal se alegan los siguientes vicios: i) la resolución sancionatoria es ilegal por recalificar arbitrariamente los cargos 2, 5 y 6, de leves a graves, sin nuevos antecedentes, causando indefensión; ii) que aún si se estimare lícito la calificante del art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA no resulta aplicable; y iii) la resolución sancionatoria es desproporcionada, al no considerar la circunstancia de capacidad de pago del infractor, ni las medidas correctivas implementadas para los cargos 5 y 6.

SEXTO. Que, el Tribunal rechazará la alegación de desviación procesal o falta de congruencia alegada por la SMA, por no concurrir sus presupuestos. En primer lugar, porque las pretensiones deducidas por la Reclamante en sede administrativa y judicial no son diferentes. Al respecto, tal como se indicó, consta a fs. 2470 que en el petitorio del recurso de reposición la Reclamante solicitó que se deje sin efecto la resolución sancionatoria en virtud de los fundamentos desarrollados en el escrito. Tal petición conforma el ejercicio de una pretensión de anulación, esto es, que el acto terminal sea dejado sin efecto por motivos o razones de legalidad. En efecto, el recurso administrativo de reposición constituye un mecanismo de impugnación de los actos administrativos que se ejerce ante la propia Administración, "siendo una instancia dirigida a obtener la anulación, revocación o reforma de un acto (...) presentada a la autoridad administrativa por el titular de un interés jurídico, de acuerdo a determinadas formas y dentro de los plazos señalados por la ley" (Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, pp. 410 y 411). De la definición anterior se desprende que el recurso en cuestión procede con diferentes finalidades para lo cual deberá revisarse el o los motivos esgrimidos: a) cuando el motivo esgrimido por el impugnante se vincula al mérito u oportunidad, la pretensión no puede ser otra que la revocación o reforma del acto. En este caso, el recurso pretende activar el ejercicio del poder discrecional de la autoridad administrativa, con la finalidad de que ésta lo modifique o retire del sistema jurídico por razones de interés público; b) en cambio, cuando el motivo esgrimido por el impugnante es la ilegalidad del acto, la finalidad del recurso no es otra que lograr su anulación, esto es, que sea dejado sin efecto por la misma autoridad que lo dictó. De esta forma, no cabe sino concluir que la pretensión ejercida por la Reclamante con la interposición del recurso de reposición a fs. 2452, al basarse en motivos de ilegalidad y solicitar que el acto sancionatorio sea dejado sin efecto por esas razones, es una pretensión anulatoria.

SÉPTIMO. Que, la pretensión anulatoria interpuesta en sede administrativa coincide con la pretensión anulatoria deducida en la Reclamación de fs. 1 y ss., pues, tal como lo hemos

señalado, la Reclamante solicita en el N°1 de su petitorio que la resolución sancionatoria sea dejada sin efecto, citando incluso, el art. 30 de la Ley N° 20.600 que dispone el imperativo efecto anulatorio de la sentencia que acoge la acción. En consecuencia, para el Tribunal no hay duda de que no existe discrepancia entre las pretensiones ejercidas en ambas sedes; por tal razón, los precedentes del Segundo Tribunal Ambiental (Rol R-118-2016), y la Corte Suprema (Rol N° 42004-2018) que hacen referencia a la disconformidad y falta de congruencia entre lo solicitado en sede administrativa y judicial, no resultan aplicables.

OCTAVO. Que, como se pudo apreciar del considerando Quinto, no existe duda que los motivos de ilegalidad invocados por el impugnante en el recurso de reposición son diferentes a los esgrimidos al momento de interponer la reclamación judicial. Es decir, aún cuando se ha mantenido intacta la pretensión, la Reclamante ha introducido en sede judicial alegaciones o motivos diferentes. La pregunta que cabe realizarse es si, en este supuesto, también se configuraría un caso de desviación procesal. La respuesta a esta interrogante debe plantearse desde la naturaleza del recurso de reposición en materia sancionatoria ambiental, y su diferente posición jurídica en relación a los otros recursos administrativos diseñados por el legislador en materia ambiental.

NOVENO. Que, en efecto, a diferencia de los recursos administrativos ante el Director Ejecutivo del SEA o el Comité de Ministros (Arts. 20, 29 inciso 4°, y 30 bis inciso 5°, de la Ley N° 19.300), o el ejercicio de la invalidación impropia ante el órgano que dictó el acto (Art. 17 N°8 de la Ley N° 20.600), el recurso de reposición consagrado en el art. 55 de la LOSMA es de naturaleza potestativa y no de ejercicio obligatorio. Esto marca una diferencia crucial al momento de establecer la desviación procesal. Ello por dos razones. En primer lugar, la desviación procesal o incongruencia es una institución ampliamente reconocida por la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales y de la Corte Suprema. No obstante, su consagración obedece más a razones de diseño institucional que a la necesidad de establecer mecanismos de preclusión en la conformación de los vicios o motivos de ilegalidad del acto administrativo.

En efecto, el legislador al establecer el ejercicio obligatorio de recursos administrativos como condición previa al acceso a la jurisdicción, está consagrando un mecanismo de control interno, de manera de evitar la judicialización de conflictos que se puedan autocomponer. Para ello es necesario que la Administración conozca de los vicios que pretenden hacerse valer, con el fin de examinar la regularidad del acto y eventualmente subsanar los errores en que haya incurrido, evitando, de ese modo, la judicialización del asunto. Señala la doctrina: "en general, en los ordenamientos que exigen el agotamiento de la vía administrativa, este se entiende como un presupuesto para el ejercicio de acciones judiciales consistente en efectuar gestiones o interponer recursos administrativos en forma previa. Las justificaciones de tal exigencia son debatidas a nivel doctrinario, pero es inequívoco que la función que cumple es la de evitar un litigio eventual, al poner a la Administración sobre aviso respecto de las dudas que suscita la regularidad de un acto administrativo. Estando advertida de tales dudas, la Administración puede actuar a tiempo, echando marcha atrás respecto de una operación administrativa con las herramientas de acción típicas con que cuenta" (Barros, Alberto, y Valdivia, José Miguel: "Sobre el reclamo contra la resolución que interviene en un procedimiento de invalidación en materia ambiental", en *Justicia Ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las II Jornadas de Justicia Ambiental*, Ediciones Der, 2019, p. 145).

DÉCIMO. Que, esta finalidad se vería seriamente burlada si el impugnante pudiese en la acción judicial modificar sustancialmente o añadir nuevos motivos de ilegalidad, o simplemente reservarse los vicios más importantes para la etapa judicial, privando a la Administración de la posibilidad de realizar el control previo y subsanar sus errores. Por ese motivo la prohibición de desviación procesal cumple una función central en este diseño institucional: pone en el impugnante la carga de desarrollar en el recurso administrativo todos los vicios que considera que afectan la legalidad del acto, y a su vez, impide invocar en sede judicial motivos de ilegalidad nuevos.

UNDÉCIMO. Que, en este sentido, la amplitud del plazo de 30 días administrativos establecido por el legislador para la

interposición de los recursos administrativos ante el Director Ejecutivo del SEA o el Comité de Ministros (art. 20 inciso 1° de la Ley N° 19.300) se explica por la necesidad de darle al impugnante un espacio de tiempo razonable para desarrollar todos los motivos de ilegalidad que afectan al acto. La interposición del recurso administrativo produce efectos en la futura impugnación judicial, por lo que el legislador ha previsto un término mucho más extenso que los cinco días que el art. 55 de la LOSMA dispone para el ejercicio de la reposición por el sancionado. De esta forma, es posible advertir que, a diferencia de los otros recursos administrativos en materia ambiental, la prohibición de desviación procesal no cumple rol alguno en el diseño recursivo de las sanciones ambientales.

DUODÉCIMO. Que, un segundo argumento para rechazar la desviación procesal alegada por la SMA está vinculado a la idea de *garantía* que, para los administrados, subyace en los recursos administrativos. Cuando estos tienen un carácter potestativo -como el de reposición del art. 55 de la LOSMA- deben ser concebidos como un derecho de reacción del interesado frente a actos administrativos que producen perjuicio a sus derechos e intereses. Por tal razón la interposición de un recurso no puede colocar al interesado en una posición de agravio en relación a su futura impugnación judicial. En la especie, si el sancionado tuviese la carga de individualizar todos los motivos de ilegalidad del acto terminal en el recurso de reposición, se produciría un desincentivo a su ejercicio dado los efectos de su interposición y el escaso plazo que tiene para hacerlo. Con todo, resulta insostenible que la SMA alegue infracción a la congruencia cuando entiende que la reposición sería una instancia para ejercer el derecho de defensa del infractor (fs. 442).

DECIMOTERCERO. Que, en consecuencia, tratándose de un recurso de naturaleza potestativa como el de reposición del art. 55 de la LOSMA, el impugnante puede invocar en sede judicial motivos de ilegalidad nuevos, diferentes a los esgrimidos en la instancia administrativa, sin que se configure una desviación procesal, al no existir un deber de promover la controversia en forma previa ante la Administración. No resulta aplicable a

este caso, el precedente R-8-2019 de este Tribunal, por tratarse de un caso de agotamiento obligatorio de la vía administrativa.

II. SOBRE SI LA SMA PUEDE RECALIFICAR LAS INFRACCIONES 2, 5 Y 6, SIN MEDIAR NUEVOS ANTECEDENTES ENTRE LA FORMULACIÓN DE CARGOS Y RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.

DECIMOCUARTO. Que, la Reclamante alega como primer motivo de ilegalidad que la SMA habría procedido a efectuar una reclasificación de la gravedad de los cargos 2, 5 y 6 en la resolución sancionatoria, sin que haya existido antecedente en el expediente administrativo que justifique la nueva calificación de los hechos; además, agrega que no se reformularon los cargos (fs. 9). Señala que la SMA utilizó los mismos antecedentes tanto para descartar como para acreditar la calificante del art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA, primero en la formulación de cargos y luego en la resolución sancionatoria (fs. 9). Indica que esta circunstancia hace que la resolución impugnada carezca de motivación (fs. 10). Agrega que se ha incurrido en una vulneración al derecho de defensa garantizado en el art. 19 N°3 de la Constitución Política de la República, al efectuarse una recalificación de la gravedad de la infracción, afectando la congruencia e impidiendo defenderse de las imputaciones y presentar prueba (fs. 15). Además, alega que se ha invertido la carga de la prueba al tener que desvirtuar la gravedad que la propia SMA descartó al calificar los hechos como infracción leve en la formulación de cargos (fs. 16). Culmina señalando que la recalificación de los cargos sin que exista una reformulación previa o antecedentes que la justifiquen, vulnera el derecho de igualdad ante la ley (fs. 18).

DECIMOQUINTO. Que, la SMA señala, en primer lugar, que la recalificación de la gravedad ha sido aceptada por el Segundo Tribunal Ambiental en causa R-51-2016, confirmada por la Corte Suprema, exigiéndose únicamente la motivación de la gravedad en la resolución sancionatoria. Así entonces la SMA considera que las recalificaciones de la gravedad se encuentran ajustadas a derecho porque cumplen con el deber de fundamentación (fs. 433). Agrega que se consideró no solo los IFA sino, además,

como se indica en la resolución sancionatoria en los considerandos 39 y ss., los antecedentes y respuestas planteadas en el escrito de descargos de 20 de noviembre de 2018, y los escritos de 20 de marzo, 18 de abril y 8 de agosto, todos de 2019 (fs. 434). Añade que se realizaron diligencias probatorias en virtud del art. 50 de la LOSMA, al requerir a la Reclamante antecedentes para justificar las medidas correctivas, así como sus antecedentes financieros (fs. 435). Posteriormente, desde fs. 437 a 441, argumenta el cumplimiento de los requisitos de relevancia o centralidad, permanencia en el tiempo y grado de implementación de las medidas incumplidas, criterios definidos por la SMA como parte de la "entidad del incumplimiento". Así también, en relación a la vulneración del principio de congruencia, el derecho a defensa y el derecho de igualdad ante la ley, señala que la Reclamante pretende llevar la discusión a los límites del derecho penal. Agrega que no se ha producido indefensión desde que la Reclamante no ha alegado la improcedencia de la recalificación en el recurso de reposición. Tampoco existiría infracción al deber de congruencia ya que ha sido sancionado por los hechos que se le atribuyeron en la formulación de cargos (fs. 442). Añade que no ha invertido la carga de la prueba ya que la SMA solo ha requerido a la empresa que acredite el cumplimiento de sus obligaciones ambientales (fs. 443). Finaliza indicando que los casos en que se han reformulado los cargos se debe a una variación en los hechos, cuestión completamente distinta a la de autos (fs. 444).

DECIMOSEXTO. Que, como se puede apreciar, el conflicto jurídico a resolver consiste en determinar si la SMA puede modificar en la resolución sancionatoria la calificación de la gravedad de la infracción que realizó en la formulación de cargos, o en la terminología del art. 36 de la LOSMA, cambiar su clasificación. En este sentido, se determinó en el acto terminal la aplicación del art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA, que señala: "Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativa-mente: (...) e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental". Para resolver esta controversia se deben

tener presente las siguientes circunstancias:

- a) A fs. 465 y ss., consta la formulación de cargos realizada por la SMA. En el resuelvo II, de acuerdo a lo previsto en el art. 36 N°3 de la LOSMA, se clasifican como leves los cargos 2, 4 y 5 (fs. 494);
- b) A fs. 485, consta que el **cargo N°2**, está constituido por el siguiente hecho: La Planta de Tratamiento de Aguas Servidas (PTAS) del Hotel opera bajo condiciones distintas a las que fueron aprobadas ambientalmente y el efluente líquido es descargado sin previa declaración y superando los volúmenes de caudal autorizado. A su vez, este cargo está compuesto de los siguientes sub hechos divididos en dos secciones: **primera sección, Estructura de la PTAS:** a) PTAS no cuenta con un estanque ecualizador cuya finalidad es la regulación de caudales punta que eventualmente pudieran producirse, así como almacenar las aguas servidas que se generan en caso de contingencias; b) Mantenimiento de ciertas estructuras pertenecientes al antiguo sistema de infiltración de efluentes (aprobada por RCA N°185/2001), todos los cuales sobresalen del nivel del terreno natural; c) No se mantiene un registro de control diario de mantenciones, inspecciones y mediciones de parámetros in situ y no existe capacitación de los trabajadores respecto a estos puntos; **segunda sección, Descarga de Efluentes:** d) El caudal tratado de la PTAS alcanzó un valor promedio de 108.278 l/día, valor cuatro veces mayor al aprobado ambientalmente (28.560 l/día); e) El efluente de la PTAS ha sido dispuesto en el río Grey, sin declaración previa, observándose -además- que el Hotel carece de un stock de tabletas decoloradoras (inspección ambiental 2015 e inspección sectorial 2017).
- c) A fs. 487, consta que el **cargo N° 5**, está constituido por el siguiente hecho: El Titular omitió adoptar medidas para ejecutar la operación de carguío de combustible al catamarán Grey III bajo condiciones seguras. A su vez, se establecieron los siguientes sub hechos:
 - a) El bote utilizado para transportar el combustible

hasta el catamarán Grey III habría sido tripulado únicamente por una persona, lo que impidió monitorear adecuadamente el procedimiento desde ambos extremos del bote; b) Previo a la operación de carga, el operario encargado no inspeccionó visualmente la posible existencia de anomalías en el bote Fritz ni en el estanque empleado para transferir combustible, a efectos de asegurar su buen funcionamiento; c) No se acredita la realización de capacitaciones y entrenamiento de personal encargado del carguío/trasvasije de combustible; d) No se acredita que el estanque empleado para el carguío del catamarán se encontrara certificado.

d) A fs. 489 y 490, consta que el **cargo N° 6**, está constituido por el siguiente hecho: El titular omitió adoptar parte de las medidas relativas al Plan de Continencia de derrame de hidrocarburos. Este hecho, a su vez, está compuesto por los siguientes sub hechos: a) El área de mantención no contaba con los elementos y equipos para otorgar una rápida e inmediata respuesta ante la contingencia acontecida; b) El titular dio aviso sobre el derrame de hidrocarburos al río Grey el día 20 de marzo de 2017, y no dentro de 24 horas; c) El titular no entrega el registro de asistencia al último simulacro y capacitación relativo al control de derrame de hidrocarburos, los cuales no estaría realizando con la periodicidad comprometida.

e) A fs. 2386, 2399 y 2404 consta en la resolución sancionatoria que, tras confirmar que se había infringido la RCA, se reclasificaron las infracción N° 2, 5 y 6 como graves según el art. 3 N°2, letra e) de la LOSMA, sosteniendo que para poder aplicar dicha clasificación, no es necesaria la concurrencia del efecto que la medida busca prevenir, bastando el incumplimiento grave de la misma, para lo cual atiende a distintos criterios, que alternativamente pueden o no concurrir según el caso, los que serían: i) centralidad de la medida incumplida, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo

del correspondiente efecto identificado en la evaluación; 2) permanencia en el tiempo del incumplimiento; y 3) grado de implementación de la medida.

Respecto de la **infracción N°2**, de fs. 2386 a 2389, se sostuvo que concurre el criterio de **centralidad**, porque la RCA N° 157/2010 que aprueba el proyecto "Ampliación Hotel Lago Grey, Modificación y Mejoramiento de Servicios Básicos", consiste en la operación de la PTAS en conformidad a las especificaciones, medidas e instalaciones allí contempladas, para asegurar el debido tratamiento de los riles generados en el Hotel que serán descargados al río Grey y, por ende, evitar los riesgos asociados a la descarga de los contaminantes de las aguas servidas en los ecosistemas presentes en el cuerpo receptor, especialmente considerando su emplazamiento en el parque nacional Torres del Paine; se sostuvo también que existe **permanencia** en el tiempo de la infracción pues respecto del sub hecho e) indicó que éste se constató en inspección ambiental de 11 de noviembre de 2015, y en acta de inspección de la Seremi de Salud de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, de 1 de abril de 2017; y respecto del sub hecho c) el titular aún no acredita la instalación del caudalímetro ni la implementación de las medidas preventivas en la operación y mantenimiento de la instalación; y se sostuvo también que hay un bajo **grado de implementación** de éstas.

Respecto de la **infracción N°5**, de fs. 2399 a 2401, se sostuvo que concurre el criterio de **centralidad**, porque la RCA N° 282/2014 estableció un conjunto de medidas y acciones de carácter preventivo desarrolladas en el Anexo C de la DIA, y en el considerando 7 de la misma RCA, respecto del cumplimiento del D.S. N° 75/2009 MINSEGPRES, con la finalidad de proceder a un suministro seguro de combustible en la embarcación "Grey III" en el Lago Grey, y así evitar riesgos asociados a su indebida manipulación -como lo sería un derrame de combustible- considerando los componentes naturales renovables en el Parque Nacional Torres del Paine y en

particular en el Lago Grey. Se sostuvo también que existe **permanencia** en el tiempo del incumplimiento, pues la falta de realización de las capacitaciones en manejo y carguío de combustible (sub hecho 5.3), así como de la certificación SEC del estanque de almacenamiento de petróleo (sub hecho 5.4), se extendió en el tiempo, y no consta que el titular las hubiese cumplido con anterioridad. Finalmente, se sostuvo también que hay un bajo **grado de implementación** de éstas, dado que ocurrió el derrame de petróleo que se buscaba evitar. Respecto de la **infracción N° 6**, de fs. 2404 a 2405, se sostuvo que concurre el criterio de **centralidad**, porque la RCA N° 282/2014 contempló un Plan de Contingencias y Emergencias que cuenta con un conjunto de medidas en el Anexo C de la DIA y en el considerando 7 de la misma RCA, a propósito del cumplimiento del D.S. N° 75/2009 MSGP, con la finalidad de contar con una respuesta adecuada, rápida y eficiente en la ocurrencia de eventos de emergencias o contingencias de derrames de combustible, en el contexto de su manejo y trasvasije en las embarcaciones que operan en el Lago Grey, los que podrían afectar el parque nacional Torres del Paine, y en particular en el Lago Grey; se sostuvo también que existe **permanencia** en el tiempo del incumplimiento, pues en el sub hecho N° 1, que el titular no haya contado con los materiales para contener un derrame de petróleo en las dependencias el hotel, permite presumir que tampoco contaba con aquellos previamente; en el sub hecho N° 2, que el aviso a la SMA sobre el incidente luego de 7 días del evento, es un tiempo considerable; y en el sub hecho N° 3, la no acreditación de la realización de los últimos tres simulacros en derrame de combustibles permite indicar que el incumplimiento se extendió en el tiempo; y se sostuvo también que hay un bajo **grado de implementación** de éstas, dado que no se contuvo el derrame ni se dio aviso temprano a la SMA.

DECIMOSEPTIMO. Que, el Tribunal rechazará la alegación de la Reclamante. Para ello se debe considerar que la formulación de cargos constituye un acto trámite que contiene la imputación

inicial y provisoria que realiza la Administración respecto del presunto infractor. El art. 49 de la LOSMA lo regula exigiendo la descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada. En este acto trámite se fijan las coordenadas fácticas y la calificación jurídica de la infracción, lo que permite al presunto infractor desarrollar sus defensas y alegaciones a lo largo del procedimiento. No cabe duda que se trata de un acto esencial para la conformación del objeto del procedimiento, y muy especialmente para la etapa de instrucción y posterior decisión.

DECIMOCTAVO. Que, sin embargo, para efectos de definir cuál es el grado de vinculación que tiene el órgano que detenta la potestad sancionadora en relación a esta imputación inicial, se debe considerar lo dispuesto en el art. 54 inciso 3° de la LOSMA, que señala: "*Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos*". Esta norma consagra el denominado *principio de congruencia*, conforme al cual la potestad sancionadora solo puede ejercerse respecto de los hechos que hayan sido incorporados en la formulación de cargos. Si bien es una norma cuya finalidad es proteger la defensa del presunto infractor, también marca un ámbito de acción o espacio de libertad para la autoridad, coherente con la provisionalidad de la imputación. En efecto, es necesario reconocer un ámbito de apreciación a la SMA para que adopte la decisión que mejor satisfaga el interés público. Ese margen tiene como límite infranqueable los hechos contenidos en la formulación de los cargos, pero no abarca todos los aspectos de la infracción o la sanción. Esto significa que la autoridad administrativa, respetando la congruencia, puede introducir modificaciones en la resolución sancionatoria con el objetivo de que la sanción cumpla su función disuasiva y permita hacer coercible las normas que protegen el medio ambiente y la salud de las personas.

DECIMONOVENO. Que, en este sentido, tal como se describió en el considerando Decimosexto, la resolución sancionatoria no

contiene hechos diferentes a los que se imputaron en los cargos. Esto es, la SMA mantuvo la infracción del art. 35 letra a) de la LOSMA en base a los mismos hechos descritos en la formulación de cargos. Tampoco consideró hechos diferentes para efectos de definir la gravedad de la infracción, pues éstos siguen siendo los mismos. La única modificación realizada respecto de los cargos 2, 5 y 6 se refirió a su calificación jurídica o ponderación, puesto que el incumplimiento de las medidas fue considerado grave en la resolución sancionatoria, clasificación que no se había efectuado inicialmente. Dicha modificación, sin embargo, se basó en los mismos antecedentes fácticos, y solo existió una diferente apreciación.

VIGÉSIMO. Que, la Reclamante acompaña los siguientes documentos con los que pretende acreditar que la autoridad administrativa, en otros casos, ha procedido a reformular cargos cuando ha querido alterar la gravedad de la infracción:

- a) A fs. 55 y 69, respectivamente, Res. Ex. N°1/Rol D-067-2017 de 29 de agosto de 2017, formulación de cargos de la SMA en contra de Sociedad de Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA, y Res. Ex. N°4/Rol D-067-2017 de 21 de febrero de 2018, reformulación de cargos a la misma empresa.
- b) A fs. 2651 y 2661, respectivamente, Res. Ex. N°1/Rol D-017-2019 de 12 de febrero de 2019, formulación de cargos de la SMA contra Norte Inversiones Ltda., y; Res. Ex. N°3/Rol D-017-2019 de 7 de mayo de 2019, reformulación de cargos a dicha empresa;
- c) A fs. 2667 y 2675, respectivamente, Res. Ex. N°1/Rol D-014-2019 de 11 de febrero de 2019, formulación de cargo de la SMA contra Constanza Restovic Malina Servicios Gastronómicos E.I.R.L.; y Res. Ex. N°2/Rol D-014-2019 de 18 de marzo de 2019, reformulación de cargos contra dicha empresa.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, a continuación, se hace una breve explicación de la diferencia en el contenido de las resoluciones de cargos y reformulación de los mismos:

Sociedad de Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA				
Resolución	Clasificación formulación de Cargos	Resolución	Clasificación reformulación de cargos	Criterio para reformulación
Res. Ex. N°1/Rol D-067-2017 (fs. 55)	Cargo N°1 Grave Cargos N° 2, 3, y 4 Leve	Res. Ex. N°4/Rol D-067-2017 (fs. 69)	Cargo N°1 Grave Cargos N° 2 y 3 Grave	Se cambia calificación de gravedad de los cargos N°2 y 3 Existencia de antecedentes nuevos explicados desde fs. 80 a 89

Norte Inversiones Ltda.				
Resolución	Clasificación formulación de Cargos	Resolución	Clasificación reformulación de cargos	Criterio para reformulación
Res. Ex. N°1/Rol D-017-2019 (fs. 2651)	Leve Superación norma de emisión de ruido	Res. Ex. N°3/Rol D-017-2019 (fs. 2661)	Grave Superación norma de emisión de ruido Incumplimiento parcial de medidas provisionales	Se agrega un nuevo cargo y se cambia calificación de gravedad por existir riesgo significativo a la salud de la población

Servicios Gastronómicos E.I.R.L.				
Resolución	Clasificación formulación de Cargos	Resolución	Clasificación reformulación de cargos	Criterio para reformulación
Res. Ex. N°1/Rol D-014-2019 (fs. 2667)	Leve Superación norma de emisión de ruido	Res. Ex. N°2/Rol D-014-2019 (fs. 2671)	Grave Superación norma de emisión de ruido Incumplimiento parcial de medidas provisionales	Se agrega un nuevo cargo y se cambia calificación de gravedad por existir riesgo significativo a la salud de la población

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, es efectivo lo que señala la Reclamante en cuanto a que dichas resoluciones contienen una reformulación de los cargos efectuados por la SMA. Sin embargo, a diferencia de este caso, en aquellos la recalificación de la gravedad quedó definida por la existencia de hechos diferentes y adicionales a los indicados en la formulación de cargos original como es el riesgo significativo para la salud de la población, y la existencia de antecedentes nuevos reunidos durante la etapa de instrucción. En otras palabras, se debe reformular cargos cuando existan hechos o antecedentes nuevos que modifiquen la gravedad de la infracción. Esta no es la situación de autos, en que, sobre la base de los mismos hechos y sin antecedentes adicionales, la autoridad realiza una diferente apreciación o ponderación de la gravedad de la infracción.

VIGÉSIMO TERCERO. Que, con todo, es efectivo que la nueva calificación jurídica de los hechos no fue sometida a la contradicción del presunto infractor. Esto, sin embargo, no afecta la validez o legalidad de la sanción, por las siguientes razones:

- a) En primer término, porque tal como se ha indicado, es necesario reconocerle a la SMA un espacio o margen de apreciación que le permita modificar la propuesta inicial sin salirse de los hechos señalados en la formulación de cargos, con el propósito de adaptar la calificación de la gravedad a los fines de la sanción. Lo anterior no obsta a que deba efectuarse la reformulación de cargos cuando, para reclasificar la gravedad de la infracción, deban incorporarse o considerarse hechos o antecedentes diferentes;
- b) En segundo lugar, se debe tener presente que la reformulación de cargos no se encuentra prevista como trámite en el procedimiento administrativo sancionador, pero se justifica en la necesidad de dar cumplimiento a las exigencias de congruencia de la resolución sancionatoria. Por ende, si no ha existido modificación en cuanto a los hechos, no resulta procedente efectuar una reformulación de los cargos, como lo señala la

Reclamante, por más que existan componentes de la decisión que no se hayan discutido previamente. En este sentido, no resultan aplicables aquí las garantías penales derivadas del *ius puniendi*, que sería la única forma de entender que la actividad sancionadora debe oír en forma previa al presunto infractor en todos los aspectos de la sanción.

- c) En tercer lugar, el presunto infractor al momento de interponer su recurso de reposición, pudo perfectamente controvertir la clasificación de gravedad de la infracción, e incluso, los hechos constitutivos de la misma. Sin embargo, se aprecia a fs. 2452 y ss. que nada de ello ocurrió, lo que no significa -como se ha concluido en el considerando Decimotercero- que no puedan plantearse en esta Reclamación.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, adicional a lo anterior, y aun cuando pudiese estimarse que la SMA cometió un vicio del procedimiento, éste no sería esencial conforme lo dispone el art. 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880, pues la Reclamante ha tenido la oportunidad de ejercer adecuadamente su defensa en relación a los hechos que fueron recalificados en la resolución sancionatoria. En efecto, consta a fs. 2233 que, mediante Res. Ex. N°8/Rol D-065-2018, de 31 de julio de 2019, la SMA le solicita al titular acreditar y/o acompañar la siguiente información:

- a) En relación al hecho infraccional N°2 de la Res. Ex. N°1/Rol D-065-2018, acompañar y/o acreditar: i) la instalación del estanque ecualizador a través de fotografías fechadas y georreferenciadas, boletas y/o facturas de su compra e instalación; ii) mediante fotografías fechadas y georreferenciadas acreditar el retiro de ciertas estructuras superficiales; iii) certificar, mediante registro adecuado y fehaciente, la realización de las mantenciones, monitoreo y medicaciones a la PTAS, así como la realización de capacitaciones a los operarios; iv) acreditar la compra y fecha de instalación del caudalímetro en la PTAS y adjuntar mediciones diarias desde su instalación a la fecha de la presente resolución; v) acreditar fehacientemente la compra y/o registro de pastillas de decoloración desde

noviembre de 2015 a la fecha;

- b) En relación al hecho infraccional N°5, se solicitó acompañar y/o acreditar la realización de las capacitaciones y entrenamiento en manejo de combustible, mediante registro fehaciente de dicha circunstancia;
- c) En relación al hecho infraccional N°6, se solicitó acompañar y/o acreditar: i) la adquisición de stock e implementos de control de derrame de hidrocarburos mediante facturas y boletas; ii) acreditar la realización de simulacros y capacitaciones relativas al control de derrames y la fecha de las mismas.

VIGÉSIMO QUINTO. Que, el titular no solo no solicitó en los descargos la práctica de diligencias probatorias sino además no cumplió con este requerimiento de información, cuya finalidad era recopilar antecedentes para verificar el cumplimiento de sus obligaciones. Así entonces resulta evidente que la Reclamante ha tenido amplias oportunidades de defenderse de la imputación de los hechos infraccionales y de su gravedad, habiendo la autoridad indicado de modo expreso y concreto, los medios de prueba o antecedentes que debía acompañar para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones contenidas en la RCA. Además, en caso alguno supone vulneración a las reglas de las cargas probatorias, dado que de acuerdo al art. 24 inciso final de la Ley N° 19.300, el titular debe ejecutar su proyecto sometién dose estrictamente a la RCA. Por eso, solicitarle información al titular para acreditar el cumplimiento de las obligaciones a las que está sujeto por la RCA, no implica invertir la carga de la prueba.

VIGÉSIMO SEXTO. Que, a mayor abundamiento, se debe considerar que el principal efecto anulatorio vinculado a este supuesto vicio sería retrotraer el procedimiento al estado de reformulación de cargos, con el propósito que el presunto infractor pueda formular alegaciones puramente jurídicas (no fácticas pues los hechos son los mismos) en relación a la calificación de la gravedad de la infracción. Sin embargo, esas alegaciones son precisamente las que está conociendo el Tribunal en el contexto de esta reclamación judicial.

III. SOBRE SI EN LAS INFRACCIONES 2, 5 Y 6, SE CONFIGURA LA CLASIFICACIÓN DEL ART. 36 N° 2 LETRA E) DE LA LOSMA

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, la Reclamante sostiene que la clasificación del art. 36 N°2 letra e) de la LOSMA no resulta aplicable respecto de los cargos N° 2, 5 y 6, pues las exigencias que se estiman vulneradas (i) no corresponden a medidas para hacerse cargo de los efectos adversos del proyecto, y (ii) aun cuando lo fueran, el incumplimiento no satisface los criterios de centralidad, permanencia y grado de implementación exigido por la SMA. En ese sentido indicó que esta clasificación es improcedente, porque la descripción del art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA está referida a medidas para eliminar o minimizar los efectos del proyecto y no sus contingencias, añadiendo que en el caso de autos, todos sus proyectos están aprobados por DIA, dado que no generaban efectos adversos significativos del art. 11 de la Ley 19.300, propio del ingreso por EIA; por ende, dichas medidas no se hacen cargo de ningún efecto adverso conforme lo exige la indicada clasificación, sino que son medidas de prevención o manejo de contingencias. En resumen, la citada clasificación sólo aplicaría en caso de proyectos ingresados por EIA.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, la SMA sostiene que la recalificación de la gravedad de las infracciones N° 2, 5 y 6 en la resolución sancionatoria, de acuerdo a la jurisprudencia, es legal si está debidamente fundada, lo que concurre en autos al aplicar el art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA en base a los criterios de relevancia o centralidad de la medida incumplida, permanencia en el tiempo del incumplimiento y el grado de implementación de la medida. Añadió a fs. 447 y ss. que, para establecer a qué medida le aplica la citada norma, se debe determinar si efectivamente ésta tiene por objeto minimizar efectos adversos determinados del proyecto, siendo irrelevante si ingresó por DIA -pues igual pueden generar efectos ambientales en los términos del art. 2 letra k) de la Ley N° 19.300-, o si estas medidas son de mitigación, reparación o compensación propios de los EIA, o si tales efectos son o no permanentes. En ese sentido, también agregó que en la centralidad debe ponderarse

el conjunto de medidas, y no cada medida por separado. Así, las medidas incumplidas son centrales ya que tienen por objeto evitar los riesgos asociados a la descarga de contaminantes de las aguas servidas en el río Grey, evitar riesgos asociados a la indebida manipulación de combustibles -como es el derrame ocurrido-, y controlar de forma efectiva, rápida y adecuada la ocurrencia de estos incidentes.

VIGÉSIMO NOVENO. Que, de acuerdo a lo expuesto, se debe resolver, en primer lugar, cuál es el ámbito de aplicación de la calificante de la gravedad, es decir, si se puede aplicar al incumplimiento de las medidas previstas en una DIA; en segundo lugar, determinar si puede aplicarse esta calificante de la infracción respecto del incumplimiento de medidas incluidas en el plan de contingencias, o solo a las medidas para prevenir o eliminar efectos adversos entendidos como impactos ambientales; y en tercer lugar, definir si se cumple con el criterio de centralidad que otorga la calidad de graves a los incumplimientos de los cargos 2, 5 y 6.

TRIGÉSIMO. Que, sobre la primera controversia el Tribunal es de opinión que la disposición debe interpretarse en el sentido de incluir tanto las medidas contempladas en un EIA como en una DIA. En efecto, el legislador al establecer el listado del art. 10 de la Ley N° 19.300 ha considerado que esos proyectos o actividades son susceptibles de causar efectos ambientales adversos. La vía de evaluación, por su parte, se encuentra determinada por la intensidad del impacto que se produce. Así cuando los proyectos producen los efectos del art. 11 de dicha ley, el titular está obligado a evaluar su proyecto por medio de un EIA. En ese caso, deberá presentar un plan de medidas de mitigación destinado a evitar o disminuir los efectos significativos adversos de un proyecto o actividad (art. 16 inciso final de la Ley N° 19.300). No obstante, ello no significa que los proyectos evaluados por medio de una DIA no puedan contener medidas para minimizar o eliminar efectos adversos, precisamente porque producen impactos ambientales, pero en menor intensidad. En este contexto, las medidas tienen por finalidad mantener los impactos ambientales bajo los umbrales que hacen aplicable el art. 11 de la Ley N° 19.300 como también dar cumplimiento a la normativa ambiental aplicable al

proyecto.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, así lo resolvió además la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 5 de marzo de 2018, Rol N° 11.485-2017, al señalar: "Así, es importante recalcar que las medidas comprometidas en una RCA, buscan mitigar, compensar o reparar el impacto ambiental vinculado a un proyecto, si proviene de un EIA o, en caso de estar contenidas en una DIA, aquellas buscarán hacerse cargo del efecto ambiental que se considera de menor entidad, orientándose además a prevenir la ocurrencia de uno de mayor envergadura, siendo ésta la razón por la que se comprometen seguimientos de variables medioambientales que permitan verificar que la prognosis respecto de la inexistencia de impactos mayores se mantiene en el tiempo (...) En este escenario normativo es insostenible la tesis propugnada por la recurrente, pues de aceptarse aquella sólo cabría preguntarse, cuál es el objetivo de las medidas contenidas en las RCAs incumplidas, pues si aquella por su naturaleza no puede generar efecto alguno, no se visualizaría la necesidad de su implementación. Por el contrario, aquellas se prevén porque justamente la realización de los proyectos contenidos en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, generan impactos. Es decir, el proyecto no es inocuo, cuestión que determina la adopción de determinadas medidas para prevenir cualquier tipo de daño al medio ambiente".

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que, se añade a lo anterior, un argumento de orden sistemático. El legislador en el art. 36 N°2, letra e) de la LOSMA utiliza la expresión "*efectos adversos de un proyecto o actividad*", sin calificar la clase o intensidad de ese efecto. Sin embargo, cuando ha querido referirse a los EIA y a las medidas de mitigación que el titular está obligado a presentar emplea el término: "*efecto significativamente adverso*". Así lo hace en los arts. 2 letra i), al definir Estudio de Impacto Ambiental, y 11 letras b) y e) respecto de los efectos del proyecto o actividad, ambos de la Ley N° 19.300. Igual conclusión puede extraerse de un análisis del RSEIA. En este cuerpo normativo se utiliza en reiteradas oportunidades la expresión "*efecto adverso significativo*" y muy especialmente en el art. 98 al señalar las medidas que deberá contener el Plan de Medidas de Mitigación Ambiental. Por esas razones, la

interpretación que realiza la autoridad administrativa de la calificante en discusión se encuentra ajustada a derecho.

TRIGÉSIMO TERCERO. Que, en relación a la segunda de las controversias planteadas por la Reclamante, el Tribunal rechazará esta alegación por considerar que la agravante en cuestión sí tiene aplicación respecto del incumplimiento de los planes de contingencias y emergencias. Al respecto se debe considerar que es un hecho indiscutido que el día 13 de marzo de 2017 se habría producido un derrame de hidrocarburos en el río Grey durante la carga de combustible de la embarcación Grey III. Esta contingencia puede considerarse un efecto adverso del proyecto derivado de la operación anormal del mismo.

TRIGÉSIMO CUARTO. Que, en este sentido, hay que señalar que un proyecto o actividad puede encontrarse sometido a riesgos o contingencias que deben preverse en la evaluación ambiental, con el objetivo de implementar acciones o medidas para evitar que se produzcan o minimizar su probabilidad de ocurrencia (art. 103 RSEIA, Plan de prevención de contingencias). De igual forma, en caso de producirse las contingencias, se deben evaluar ambientalmente las medidas para controlarlas y/o minimizar los efectos ambientales (art. 104 RSEIA, Plan de emergencia). En este caso, se han incumplido medidas del plan de contingencia y de emergencia cuya finalidad era, por un lado, evitar un efecto adverso del proyecto derivado de su operación anormal como es el derrame de hidrocarburos en el río Grey (medidas para ejecutar la operación de carguío de combustible al catamarán Grey III bajo condiciones seguras), y por el otro, minimizar los efectos una vez producida la contingencia (medidas relativas al Plan de Contingencia de derrame de hidrocarburos).

TRIGÉSIMO QUINTO. Que, sobre la determinación de la centralidad, grado de implementación y permanencia de las medidas incumplidas como criterio de gravedad de la infracción, el Tribunal realizará un examen en relación a cada uno de los cargos que son cuestionados.

A. Respecto del Cargo N°2.

TRIGÉSIMO SEXTO. Que, la Reclamante realiza un doble cuestionamiento en relación al cargo: por un lado, estima que no

es efectivo que la PTAS no cuente con estanque ecualizador (fs. 20 a 25), y por otro, que respecto de los demás hechos estima que las medidas no están destinadas a hacerse cargo de los efectos del proyecto y/o que las infracciones no cumplen con los criterios de centralidad, permanencia y grado de implementación.

Respecto del sub hecho a) de que la PTAS no cuenta con un estanque ecualizador:

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, efectivamente este hecho no se configura. Para ello se debe considerar que a fs. 1071, consta la Res. N°77 de 14 de marzo de 2012, de la Seremi de Salud de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, que aprueba el proyecto, instalación y funcionamiento del Sistema Particular de Alcantarillado. En esta resolución se indica que el sistema aprobado consiste "en una Planta de Tratamiento de Aguas Servidas, del tipo lodos activados, por aireación extendida, compuesta de Fosa Séptica, **Ecualizador**, Pretratamiento, Aireación, Sedimentación, Cloración-Decloración y diseñada para tratar un caudal máximo diario de 28.560 L/día" (énfasis del Tribunal).

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que, además, en los vistos de dicho acto administrativo, se señala que se consideró "el acta de inspección de fecha de 3 de febrero de 2012 levantada por el funcionario dependiente de esta autoridad sanitaria" por lo que debe entenderse que el sistema, previo a su aprobación, fue revisado por la autoridad competente, habiéndose constatado, en consecuencia, la existencia del ecualizador.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que, adicionalmente, en el IFA de las inspecciones realizadas el 11 y 12 de noviembre de 2015 se señala que "no se constató durante la inspección la existencia de un estanque ecualizador para amortiguar los caudales punta de aguas servidas que ingresan a la planta de tratamiento" (fs. 1195); sin embargo, según consta a fs. 1042, la PTAS consiste en un sistema soterrado, por lo que es posible que no se haya observado el estanque ecualizador, considerando además que en el acta no consta que los fiscalizadores hayan consultado sobre la existencia del mismo. Sin embargo, como se indicará más

adelante, estos sí observaron la antigua fosa séptica con líquidos, estructura que fue dividida en dos secciones, una de las cuales es utilizada como estanque ecualizador.

CUADRAGÉSIMO. Que, se debe agregar que a fs. 1481, consta el Ord. N°55, de 5 de junio de 2017, que contiene el Acta de Inspección del Alcantarillado Particular Complejo Turístico Lago Grey, realizado por la autoridad sanitaria de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena el 1 de junio de 2017. En esta acta, a fs. 1482, consta que solo se observó que el efluente de la PTAS no estaba siendo declorado antes de su disposición final al río Grey, por lo que se concluye que no habría otros incumplimientos asociados a la PTAS.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que, además, a fs. 1708, en el Anexo 4, Plano del Alcantarillado, presentado a propósito del Programa de Cumplimiento rechazado por la SMA, se presenta un plano del sistema donde se encuentra el estanque ecualizador, que no corresponde al de 20.000 m³, sino que a uno de 3,2 m³. A fs. 1800 se señala que el estanque ecualizador corresponde a la antigua fosa séptica, que fuera observada por la autoridad.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, en conclusión, la Reclamante ha sido sancionada por un hecho cuyo incumplimiento no se ha producido. Por esa razón, y como se dirá más adelante, corresponde rebajar la multa aplicada por este cargo.

Respecto del sub hecho b) de que existan estructuras pertenecientes al antiguo sistema de infiltración:

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, el Tribunal estima que el incumplimiento de esta medida no puede ser considerado central, ya que no tiene relación con la contención de potenciales efectos del proyecto, es decir, no se trata de una medida dispuesta en la RCA con la finalidad ambiental de eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto relacionado con las descargas de la PTAS.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que, por otro lado, la resolución sancionatoria a fs. 2386, señala que el cargo N°2 (considerando los cinco sub hechos) fue calificado de leve, pero que ahora será calificado de grave (considerando 194). Luego, en los

considerandos 199 a 214, se justifica la centralidad, permanencia y grado de implementación de las medidas del cargo N° 2, pero en ellos no se hace referencia alguna a este sub hecho.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, por último, en el Resuelvo Primero de la resolución sancionatoria, a fs. 2447, se aplica una multa por 355 UTA por el hecho infraccional N°2, lo que debe entenderse referido a los cinco sub hechos sobre los que operó la formulación de cargos y recalificación de la gravedad.

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que, en síntesis, la Reclamante ha sido sancionada por un hecho que la autoridad administrativa considera que forma parte de la gravedad del cargo, en circunstancias que aquello no se encuentra justificado. Por esa razón, y como se dirá más adelante, corresponde rebajar la multa aplicada por este cargo.

Respecto del sub hecho c) relacionado al registro de control diario de las mantenciones, mediciones de pH, temperatura y oxígeno disuelto, y que no se haya capacitado a los operarios para la ejecución de dichas labores:

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, el Tribunal estima que estas medidas sí son centrales, ya que permiten controlar el buen funcionamiento de la planta de tratamiento, y de esa forma evitar y/o detectar fallas que puedan gatillar la descarga de efluente sobre los parámetros permitidos por la normativa ambiental.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que, en este sentido, no es suficiente que la PTAS cuente con las especificaciones técnicas evaluadas ambientalmente y que son indispensables para cumplir su función; es necesario, además, que su operación se realice en forma correcta y conforme a los criterios técnicos, para lo cual la capacitación de los operarios resulta esencial.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, de igual forma, la inexistencia de un registro de control de mantenciones impide la detección temprana y preventiva de fallas en la PTAS, a la vez, que se ignora información importante al momento de efectuar la mantención.

QUINCUAGÉSIMO. Que, por último, resulta evidente que el control de los parámetros del efluente a través de mediciones de pH,

temperatura y oxígeno disuelto son indispensables para constatar que la PTAS efectivamente esté cumpliendo su finalidad.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, en consecuencia, el conjunto de medidas incumplidas por la Reclamante puede considerarse centrales desde que todas contribuyen al cumplimiento de los fines ambientales de la PTAS.

Respecto del sub hecho d) relativo a que caudal tratado de la PTAS alcanzó un valor promedio de 108.278 l/día, valor cuatro veces mayor al aprobado ambientalmente (28.560 l/día).

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, el Tribunal considera que la fijación de un caudal máximo en la evaluación ambiental y en la RCA, tiene por finalidad determinar la capacidad de tratamiento de la instalación. Así entonces, es de esperar que el funcionamiento eficiente y eficaz de ésta se encuentre condicionado por el cumplimiento de ese caudal.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Que, de esta forma, la medida en cuestión, está directamente vinculada a asegurar el funcionamiento eficiente de la PTAS, y de ese modo, eliminar el efecto adverso que el proyecto produce con sus descargas en el cuerpo receptor. Así, al haberse comprobado que se descargó un efluente que cuadruplicaba el caudal máximo autorizado, es altamente probable que la eficiencia esperada del sistema de tratamiento se haya alterado, lo que conlleva eventualmente la generación del efecto ambiental que se buscó eliminar o minimizar a través de dicho sistema.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. Que, por las razones indicadas se estima que la medida incumplida sí es central, y que además no consta en el expediente administrativo que se haya instalado un caudalímetro por lo que se trata de un incumplimiento completo y permanente.

Respecto del sub hecho e) relativo a que el efluente de la PTAS ha sido dispuesto en el río Grey, sin decloración previa.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. Que, el Tribunal estima que esta medida es central, dado que el Ril ha sido descargado al cuerpo receptor sin contar con todo el tratamiento previsto en la RCA.

QUINCUGÉSIMO SEXTO. Que, cabe señalar que la decloración es un proceso que tiene por finalidad evitar las descargas de cloro residual al río Grey, ubicado en un parque nacional, así como también las descargas de cloroaminas, que son compuestos contaminantes en muy bajas concentraciones (United State Environmental Protection Agency, March 1978, Toxicity of residual chlorine compounds to aquatic organisms, Ecological Research Series), por lo que la implementación de este proceso correspondía a una medida central para asegurar la eliminación o minimización de los efectos adversos de las descargas.

QUINCUGÉSIMO SÉPTIMO. Que, además, tal como consta en la resolución sancionatoria en el considerando 211, en dos inspecciones, el 11 de noviembre de 2015 y 1 de abril de 2017, la Reclamada no contaba con las pastillas de decloración, por lo que es muy probable que el incumplimiento se haya extendido en el tiempo.

B. Respetto del Cargo N°5.

QUINCUGÉSIMO OCTAVO. Que, respecto de este cargo el Tribunal analizará los hechos en su conjunto, dado que los argumentos de la Reclamante de fs. 30 a 37, reiteran la idea de que se trata de medidas contenidas en una DIA que no produce efectos ambientales, y que, en todo caso, estas no son centrales porque se hacen cargo solo de un riesgo y no de un efecto permanente del proyecto (fs. 31). El Tribunal en los considerandos Trigésimo a Trigésimo Cuarto dio cuenta de la improcedencia de estos argumentos al hacer aplicable la agravante al incumplimiento de las DIA y a los planes de prevención de contingencia y emergencias.

QUINCUGÉSIMO NOVENO. Que, respecto de la calificación de los hechos dentro de la gravedad, el Tribunal considera que este incumplimiento sí es central, compartiendo los argumentos de la resolución sancionatoria desarrollados desde los considerandos 266 a 270. En efecto, dentro de las contingencias asociadas al proyecto, la más probable y con mayor potencial de causar algún efecto es el derrame de combustible, y por esa razón, la DIA desarrolla un procedimiento de trabajo seguro.

SEXAGÉSIMO. Que, cabe agregar que las medidas contempladas

en la RCA 282/2014, considerando 9°, lo son para descartar los efectos del art. 11 de la Ley N° 19.300, por lo que su cumplimiento se considera indispensable para eliminar o minimizar los efectos adversos en una actividad cuyo principal riesgo es la manipulación del combustible.

C. Respetto del cargo N° 6.

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que, respecto de este cargo, el Tribunal realizará, nuevamente, un análisis separado de cada sub hecho para efectos de determinar si cumplen con los requisitos de gravedad.

Respetto del sub hecho de que el área de mantención del hotel no contaba con los elementos y equipos para una rápida e inmediata respuesta ante la contingencia acontecida.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que, el Tribunal considera que estas medidas son centrales y fueron íntegramente incumplidas por la Reclamante. En efecto, así como las medidas contempladas en el cargo N°5 estaban diseñadas para evitar una contingencia derivada del manejo y trasvasije de los hidrocarburos, las del cargo N°6 cumplen su función una vez producido el derrame, y *su objeto es minimizar los efectos ambientales del mismo, mediante la contención y limpieza.*

SEXAGÉSIMO TERCERO. Que, de esta manera, al no existir estos materiales en el área de mantención (barreras u otros materiales absorbentes y elementos de limpieza para derrames), los efectos ambientales de la contingencia producida el día 13 de marzo de 2017 no pudieron ser minimizados adecuadamente, provocando un efecto adverso mayor al que se habría producido de haber contado con ellos.

SEXAGÉSIMO CUARTO. Que, su grado de incumplimiento es total, y como lo indica la resolución sancionatoria a fs. 2405, es presumible que, si al momento de la contingencia no existían esos materiales, tampoco se contaba con ellos antes del incidente, por lo que el incumplimiento puede estimarse permanente.

Respecto del sub hecho de que el titular dio aviso sobre el derrame de hidrocarburos al río Grey el día 20 de marzo de 2017, y no dentro de 24 horas.

SEXAGÉSIMO QUINTO. Que, esta medida se considera no central. En efecto, la comunicación que se debe realizar a la SMA una vez producida una contingencia no es una medida dispuesta en la RCA para minimizar o eliminar los efectos adversos del proyecto. No existe una relación causal directa o indirecta entre el incumplimiento de este aviso y la evitación o minimización de los efectos ambientales provocados por el derrame de hidrocarburos.

SEXAGÉSIMO SEXTO. Que, con todo, el Tribunal considera que el aviso o la comunicación de la contingencia establecido en la RCA tiene por objeto que la SMA pueda ejercer sus potestades vinculadas a la fiscalización.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, por tal razón, la Reclamante ha sido sancionada por un hecho que la autoridad administrativa considera que forma parte de la gravedad del cargo, en circunstancias que aquello no se encuentra justificado en el acto reclamado. Por esa razón, y como se dirá más adelante, corresponde rebajar la multa aplicada por este cargo.

Respecto del sub hecho relativo a que el titular no entrega el registro de asistencia al último simulacro y capacitación relativo al control de derrame de hidrocarburos, los cuales no estaría realizando con la periodicidad comprometida.

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Que, el Tribunal considera que el incumplimiento de esta medida es central, completa y permanente. Se debe tener presente que el simulacro se establece en el considerando 10° de la RCA N° 282/2014, y es indicado como una de las "medidas relevantes" de los planes de contingencias y emergencias.

SEXAGÉSIMO NOVENO. Que, se debe añadir que la RCA N° 282/2014, corresponde a un instrumento destinado -en gran parte- a prever y evitar los impactos y riesgos de la operación de la embarcación Grey III, por lo que el control y reacción ante contingencias vinculadas al derrame de hidrocarburos, es un aspecto

central del instrumento de gestión ambiental. Tal como se señaló anteriormente, dentro de las contingencias asociadas al proyecto evaluado, la más probable y con mayor potencial de causar algún efecto es precisamente el derrame de combustible.

SEPTUAGÉSIMO. Que, de esa forma, la realización de simulacros permite verificar el conocimiento de los protocolos por parte de los operarios, la aplicabilidad real de los planes de emergencias ante las contingencias, así como comprobar la preparación de las instalaciones ante un incidente; por ende, constituye una actividad clave para minimizar los efectos adversos del proyecto, como es un derrame. De hecho, es probable que de haberse efectuado esos simulacros la Reclamada habría podido constatar anticipadamente la ausencia de materiales de contención, lo que le habría permitido actuar eficaz y rápidamente.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Que, al igual que el cargo N° 2, para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, no es suficiente que el titular dé cumplimiento a la RCA teniendo planes de emergencias, sino además es necesario que el personal los conozca, que se capacite técnicamente y los sepa aplicar en un escenario real.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, de igual forma, su grado de incumplimiento es total al momento de verificarse los hechos infraccionales y es muy probable que sea permanente en el tiempo. Con todo, la Reclamante a fs. 42, no señaló antecedente alguno para desvirtuar el cumplimiento de estos requisitos.

IV. SOBRE SI LA SMA DEBÍA, PARA EFECTOS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN DE CADA INFRACCIÓN, CONSIDERAR LA CAPACIDAD DE PAGO

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Que, la Reclamante de fs. 43 a 45 señala que la resolución sancionatoria es ilegal porque no consideró la capacidad de pago del infractor. Señala que la circunstancia del art. 40 letra f) de la LOSMA, esto es, la capacidad económica, se compone de dos circunstancias: el tamaño de la empresa y su capacidad de pago. El primero se trataría de un criterio objetivo que se determina a partir de la cantidad de ventas reportadas en los estados financieros y la clasificación de empresa que realiza el SII. A su vez, la

capacidad de pago correspondería a la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación de la sanción (fs. 44). Agrega que esta circunstancia se relaciona con la proporcionalidad entre la determinación de la sanción y la situación financiera del sancionado, por lo que debió ser considerada por la autoridad atendido la "realidad financiera en que está inmersa la empresa en la actualidad" (fs. 43).

SEPTUAGÉSIMO CUARTO. Que, al respecto, la SMA señala que no procede ponderar la capacidad de pago de la Reclamante, ya que esta circunstancia es considerada de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultades financieras (fs. 456), añadiendo que la información financiera se le solicitó por Res. Ex. N° 8/Rol D-065-2018, de 31 de julio de 2019, que no respondió, y en cuyo marco pudo alegar su falta de capacidad de pago, pero no lo hizo ni allí ni en la reposición presentada.

SEPTUAGÉSIMO QUINTO. Que, en primer lugar, de la Reclamación no se desprende en qué forma o medida el titular, al momento de aplicarse la sanción el 15 de septiembre de 2019, se encontraba con problemas financieros. Solo se realiza una afirmación genérica a fs. 43 (sin un respaldo probatorio), de que la empresa estaría pasando por una situación financiera delicada. Por ende, no se ha justificado en forma específica la forma en que la resolución impugnada le causa un agravio por no haber considerado la capacidad de pago.

SEPTUAGÉSIMO SEXTO. Que, por otro lado, no resulta admisible que la capacidad de pago, en cuanto componente de la capacidad económica del infractor (art. 40 letra f) LOSMA), deba ser una circunstancia que solo aplique cuando ha sido requerida por el regulado. De acuerdo al tenor del art. 40 de la LOSMA, que establece la consideración imperativa de las circunstancias que indica (en la medida que sean procedentes) y el principio de imparcialidad que debe gobernar la acción administrativa, el órgano que detenta la potestad sancionadora debe averiguar con objetividad todas las circunstancias que determinan la sanción específica. Este además es un esfuerzo que exige el

sistema sancionatorio que detenta la SMA basado en una combinación de componentes económicos (eliminación del beneficio económico del incumplimiento), punitivos (proporcionalidad a la naturaleza de la infracción y daño causado) y de adaptación de la sanción a las circunstancias específicas del caso y del infractor (ajustar la sanción dependiendo del efecto que tendrá en el destinatario).

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en este sentido, el Tribunal es de opinión de distinguir entre la consideración de la capacidad de pago, que se encuentra determinada -en gran medida- por la situación financiera del presunto infractor, y quien debe proveer la información necesaria para acreditar esa situación financiera. Es evidente que la carga de proporcionar los antecedentes que acrediten la situación financiera del presunto infractor recae en éste.

SEPTUAGÉSIMO OCTAVO. Que, en este sentido, consta a fs. 2230, que la SMA, mediante Res. Ex. N°8/Rol D-065-2018, de 31 de julio de 2019, requirió de información a la Reclamante, solicitando, entre otros antecedentes, los "estados Financieros auditados de la empresa (balance general, estado de resultados, estado de flujo de efectivo y notas de los estados financieros) o balance tributario de la empresa, correspondiente a los períodos 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019" (fs. 2235). La Reclamante, por su parte, no hizo entrega de esos antecedentes.

SEPTUAGÉSIMO NOVENO. Que, para efectos de acreditar la capacidad de pago, la Reclamante acompañó a la instancia judicial, los siguientes documentos:

- a) a fs. 2576 calendario de pago al 08 de junio de 2020 del crédito solicitado por Turismo Lago Grey S.A., al Banco de Chile producto de la contingencia del COVID-19 (Fogape Covid), por un monto de \$325.097.262.
- b) a fs. 2578, detalle consulta de créditos solicitados por Turismo Lago Grey S.A., al Banco Itaú, por un total de \$314.000.000.- cuya fecha de otorgamiento es 26 de mayo de 2020.
- c) a fs. 2579, hoja que representa aparentemente el libro registro de accionistas de Turismo Lago Grey S.A.

d) a fs. 2580, copia de contrato de compraventa de acciones de Comercial e inversiones San Nicolás SpA y otros con Comercial e Industrial Río Rubens Ltda., de 30 de enero de 2019.

e) a fs. 2590, copia de contrato de compraventa de acciones Comercial e Inmobiliaria San Nicolás SpA a Pesquera y Conservera Cabo de Hornos Ltda.

OCTOGÉSIMO. Que, los documentos signados con las letras a), b) y c) del considerando precedente, no se encuentran firmados y carecen de fecha cierta más allá de aparecer una data que posiblemente sea la de su emisión. A su vez, los documentos signados con la letra d) y e) corresponden a copias de escritura públicas de contratos de compraventa de acciones cuya pertinencia para el presente caso no se ha explicado por la Reclamante en el otrosí de fs. 2514, y el Tribunal tampoco logra determinar. Sin embargo, no han sido cuestionados ni observados por la Reclamada. Con todo, el Tribunal no los ponderará atendida su impertinencia e inutilidad para estos efectos, siendo además posteriores a la resolución sancionatoria e incluso al recurso de reposición, por lo que no es posible fundar una ilegalidad si ni siquiera existían al momento de dictarse la sanción. Cabe agregar que la prueba en el contencioso administrativo ambiental tiene un carácter residual, atendido el carácter revisor de la potestad jurisdiccional que detentan los Tribunales Ambientales. Por ello, la prueba documental debería únicamente servir para aclarar, complementar, refutar o dar fiabilidad a la información ya disponible en el expediente administrativo. Debe tratarse además de prueba que no haya podido aportarse en las instancias administrativas, y cuya existencia sea anterior a la resolución sancionatoria.

OCTOGÉSIMO PRIMERO. Que, por lo anterior, no puede estimarse que la resolución reclamada sea ilegal por no haber considerado la capacidad de pago del infractor, si este no dio cumplimiento a la carga de suministrar información suficiente para acreditar esa circunstancia en el procedimiento sancionatorio. Se rechazará, en consecuencia, la alegación de la Reclamante.

V. SOBRE SI LA SMA DEBÍA, PARA EFECTOS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES 5 Y 6,

CONSIDERAR LAS MEDIDAS CORRECTIVAS IMPLEMENTADAS

OCTOGÉSIMO SEGUNDO. Que, la Reclamante señala que la sanción aplicada sería desproporcionada al no considerar las medidas correctivas adoptadas por la empresa. Así, respecto del cargo N°5, señala que solo se ponderó la compra de un estanque de almacenamiento de petróleo para la carga de combustible, y respecto del cargo N°6, no se habrían ponderado ninguna de las medidas correctivas (fs. 45 y 46). Añade que, en relación al cargo N°5, en las versiones rechazadas del PdC consta la elaboración de un protocolo de carguío de combustible que fue entregado a todos los trabajadores junto con la obligación de llevar registro de la carga (fs. 46). Respecto del cargo N°6 señala que la empresa acreditó la adquisición de un stock de implementos de control de derrames. Por último, indica que actualizó y validó ante la autoridad marítima una nueva versión del Plan de Emergencias a bordo por contaminación del mar por hidrocarburos, antecedente que tampoco habría sido considerado por la autoridad administrativa.

OCTOGÉSIMO TERCERO. Que, la SMA señala que para la concurrencia de esta circunstancia es necesario que las medidas correctivas sean idóneas y efectivas, y además deben estar acreditadas en el procedimiento sancionatorio mediante prueba fehaciente (fs. 458). Añade que, por Res. Ex. N°8, de 31 de julio de 2019, fue requerido el titular para proporcionar la información relativa a las medidas correctivas implementadas, no habiendo dado cumplimiento a la misma. Agrega que, respecto del cargo N°5, solo se acompañaron al expediente sancionador una propuesta de protocolo en versión Word y fotografías de bitácoras presentadas en forma asistemática, por medio de copias simples y no foliadas. Tampoco se indicó si el protocolo habría sido aprobado por alguna autoridad como tampoco se ha demostrado que se le haya hecho entrega a cada trabajador (fs. 459).

OCTOGÉSIMO CUARTO. Que, la alegación de la Reclamante será rechazada. Las acciones correctivas son aquellas que realiza voluntariamente el presunto infractor y tienen por finalidad cumplir con las medidas dispuestas en la RCA que han sido infringidas, además de contener, reducir o eliminar los efectos del incumplimiento, de manera que la conducta del agente se

ajuste íntegramente a la legalidad. Para ello es necesario: a) que la obligación incumplida sea susceptible de ser corregida; b) que las medidas adoptadas sean adecuadas e idóneas para cumplir con la RCA; c) que el titular las acredite en el procedimiento sancionatorio.

OCTOGÉSIMO QUINTO. Que, respecto del cargo N°5, de los cuatro sub hechos que conforman el cargo, tan solo dos son susceptibles de ser corregidos, y uno de ellos ha sido aceptado por la SMA (compra de estanque certificado). El sub hecho que la SMA no aceptó su corrección se vincula a la "realización de capacitaciones y entrenamiento al personal encargado de carguío/trasvasije de combustible". Sobre este sub hecho la prueba aportada por la Reclamante resulta insuficiente. Al respecto no existe prueba en el expediente administrativo de que efectivamente se hayan efectuado capacitaciones y/o entrenamiento al personal, y el denominado "protocolo de carguío de combustible" se presentó en una versión Word, sin aprobación de la autoridad respectiva. Lo mismo puede decirse del documento acompañado a fs. 151, que contiene la copia simple del protocolo de carguío de combustibles elaborado por la empresa para el Catamarán Grey III. Este documento es copia del protocolo que se acompañó en el PDC fallido, y tampoco está visado ni autorizado. De igual forma a fs. 163 y fs. 167, se acompañan respectivamente, Of. Ord. N°12600/101/VRS, de Directemar, de 17 de enero de 2019, que aprueba el Plan de Emergencia a bordo de contaminación del mar por hidrocarburos, sus derivados y otras sustancias líquidas, relativo al Catamarán Grey III; y el citado plan de emergencias, elaborado por Turismo Lago Grey S.A., para el Catamarán Grey III, de noviembre de 2018. Este instrumento no fue acompañado a la instancia administrativa aun cuando es de fecha anterior a la resolución sancionatoria.

OCTOGÉSIMO SEXTO. Que, esos instrumentos no acreditan que se haya efectuado una capacitación o entrenamiento al personal. Por ello la decisión de la SMA de entender que no se encontraba configurada la medida de corrección se ajusta a derecho. Con todo, el Tribunal no lo ponderará atendido que se aportaron en forma posterior a la resolución sancionatoria e incluso al recurso de reposición, por lo que no es posible fundar una

ilegalidad si no eran de conocimiento de la autoridad al momento de dictarse la sanción. La prueba en el contencioso administrativo ambiental tiene un carácter residual, dado la naturaleza revisora de la potestad jurisdiccional que detentan los Tribunales Ambientales; la prueba documental debería únicamente servir para aclarar, complementar o dar fiabilidad a la información ya disponible en el expediente administrativo. Debe tratarse además de prueba que no haya podido aportarse en las instancias administrativas y cuya existencia sea anterior a la resolución sancionatoria.

OCTOGÉSIMO SÉPTIMO. Que, adicionalmente, la Reclamante ha acompañado a la instancia judicial los siguientes documentos:

- a) a fs. 2598, set de 12 fotografías de abril de 2020, en la que consta la remoción de estructuras de cancha de infiltración asociadas a la RCA 185/2001;
- b) a fs. 2606, se acompaña factura N°193621 de fecha 17 de febrero de 2020 emitida por Ataindus Limitada en que consta la compra de 96 unidades de pastillas cloradas;
- c) a fs. 2607, se acompaña documento denominado "Procedimiento de Trabajo Seguro para carga de combustible a botes, lanchas y catamarán", que corresponde a la versión 2, de febrero 2020;
- d) a fs. 2619, se acompaña documento denominado "Procedimiento de trabajo seguro para carga y descarga de combustible diésel en contenedor Hotel Lago Grey", sin fecha;
- e) a fs. 2631, se acompaña factura N°1473, de 3 de marzo de 2020, por la compra de diferentes equipos para contener derrames;
- f) se acompañó además archivo winzip, que contenía los siguientes documentos: i) listados de asistencia de capacitación de 14 de octubre de 2019, de 13 de enero de 2020, y tres controles de asistencia de 10 de marzo de 2020; ii) seis imágenes simples que corresponderían a la realización de las capacitaciones;
- g) a fs. 2632, se acompaña set de seis fotografías de abril de 2020, donde consta el equipamiento para enfrentar incidentes de derrames;

h) se acompañó además archivo winzip en el que constan:
i) dos registros audiovisuales de las capacitaciones;
ii) tres registros de control de asistencia de capacitaciones del Plan de contingencia derrame de 10 de marzo de 2020; iii) Informe de entrenamiento de la Tripulación, de 22 de febrero de 2020; 24 de diciembre de 2019; de 16 de septiembre de 2019; de 9 de septiembre de 2019; y de 2 de septiembre de 2019; iv) seis imágenes simples que corresponderían a la realización de las capacitaciones.

i) a fs. 2637, documento denominado "Bodega Respel Hotel Lago Grey", que consta de tres fotografías de 18 de marzo de 2020, de la bodega del Hotel. Además, consta el listado de asistencia de capacitación de 7 de enero de 2020 y 4 de febrero de 2020.

OCTOGÉSIMO OCTAVO. Que, con estos documentos la Reclamante intenta acreditar que se habrían corregido las infracciones de los cargos N°5 y N°6. Sin embargo, el Tribunal los desechará por las siguientes razones:

a) Los signados con las letras a), b), c), e), f), g), e i) por ser todos posteriores a la resolución sancionatoria e incluso algunos posteriores a la interposición de la Reclamación de autos.

b) El signado con la letra h) también será desestimado por ser posterior a la resolución sancionatoria, a excepción del "Informe de entrenamiento de la Tripulación" correspondiente al 2, 9 y 16 de septiembre de 2019. No obstante, estos instrumentos no fueron acompañados a la instancia administrativa antes de la dictación del acto terminal, como tampoco a la reposición, por lo que no pueden ser considerados.

c) El signado con la letra d) por carecer de fecha de expedición, por lo que no puede ser considerado por el Tribunal.

OCTOGÉSIMO NOVENO. Que, en consecuencia, el Tribunal estima que la negativa de la SMA de reconocer las medidas correctivas alegadas por la Reclamada se ajusta a derecho.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los arts. 17 N°

3, 18 N° 3 y 27 y ss. de la Ley N° 20.600; en los arts. 35, 36, 40, 55 y 56 de la LOSMA, Ley N° 19.300; en los arts. 23 y 170 del CPC; en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

SE RESUELVE:

- I. **Se acoge parcialmente** la Reclamación de fs. 1 y ss., solo en cuanto a los siguientes aspectos:
 - a) Respecto del cargo N° 2, no se encuentra probado el sub hecho 2.1. letra a), y el sub hecho 2.1. letra b) no cumple con el criterio de centralidad;
 - b) Respecto del cargo N° 6, el sub hecho 6.2. no cumple con el criterio de centralidad.
- II. **Anular parcialmente** la Res. Ex. N° 1358, de 25 de septiembre de 2019;
- III. La Reclamada deberá dictar una nueva resolución sancionatoria rebajando la sanción, considerando las circunstancias indicadas en el resuelvo I;
- IV. No se condena en costas a la Reclamada por no haber sido totalmente vencida.

Regístrese y notifíquese.

Rol N° R-28-2019

Pronunciada por el I. Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Iván Hunter Ampuero, Sra. Sibel Villalobos Volpi, y Sr. Jorge Retamal Valenzuela.

Sentencia redactada por el Ministro Sr. Iván Hunter Ampuero.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Francisco Pinilla Rodríguez.

En Valdivia, a doce de agosto de dos mil veinte, se notificó por el estado diario la resolución precedente.