

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Santiago, catorce de abril de dos mil veintiuno.

VISTOS:

El 17 de abril de 2019 el abogado señor Ricardo Bráncoli Bravo, en representación de Olivares de Quepu S.A. (en adelante, "la reclamante" o "la empresa"), interpuso -en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600")- reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 394, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "la SMA") el 20 de marzo de 2019 (en adelante, "Resolución Exenta N° 394/2019", "la resolución sancionatoria" o "la resolución reclamada"), en virtud de la cual resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-065-2017 incoado en contra de la empresa, aplicándole una sanción por elusión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA") ascendente a 1.916 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, "UTA"). Solicita que se acoja la reclamación, con costas, y se declare que la resolución reclamada no se ajusta a la ley ni a la normativa dictada por la SMA.

El 13 de mayo de 2019 el Tribunal admitió a trámite la reclamación, asignándole el Rol R N° 208-2019.

I. Antecedentes de la reclamación

Olivares de Quepu S.A. es titular del proyecto 'Planta de Aceite de Olivas Olivares de Quepu S.A.', ingresado al SEIA vía Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, "DIA") y calificado favorablemente por la Resolución de Calificación Ambiental N° 196, de 21 de noviembre de 2003 (en adelante, "RCA N° 196/2003" o "la RCA del proyecto"), dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente (en adelante, "COREMA") de la Región del Maule. El proyecto consiste en la construcción y operación de una planta agroindustrial e instalaciones anexas (en adelante, "la Planta") en el sector de Quepo, comuna de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Pencahue, Región del Maule, para el procesamiento de aceitunas provenientes de olivos de los predios colindantes, con el objeto de producir 311.700 litros de aceite de oliva al año mediante el procesamiento de 1.700 toneladas de aceitunas. Además, la RCA autorizó que el alperujo -subproducto orgánico del procesamiento de aceitunas- fuera dispuesto como abono orgánico en plantaciones de olivos colindantes a razón de 7 kg/m².

El 30 de julio de 2015 la SMA, en conjunto con el Servicio Agrícola y Ganadero (en adelante, "SAG") efectuó una actividad de fiscalización ambiental al proyecto, la cual culminó con la elaboración del 'Informe de Fiscalización DFZ-2015-371-VII-RCA-IA'. Este informe se refiere a la constatación de hechos relacionados con: i) capacidad de producción; ii) superficie del proyecto; iii) manejo de residuos líquidos; iv) manejo de residuos sólidos; y, v) existencia de horno rotatorio en la zona de manejo de alperujo.

El 18 de agosto de 2016 la SMA, en conjunto con el SAG y la Secretaría Regional Ministerial (en adelante, "SEREMI") de Salud de la Región del Maule, efectuó una nueva actividad de fiscalización que dio origen al 'Informe de Fiscalización DFZ-2016-1081-VII-RCA-IA'. Dicho informe contiene hechos constatados relacionados con: i) capacidad de producción; ii) superficie construida; iii) manejo de alperujo; y, iv) manejo de RILes.

El 27 de diciembre de 2017 la SMA dictó la Resolución Exenta N° 1/Rol F-065-2017, mediante la cual formuló un cargo en contra de Olivares de Quepu S.A. por incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA N° 196/2003 (artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, "LOSMA"), consistente en la ejecución del proyecto y desarrollo de actividades para los cuales la ley exige RCA sin contar con ella, la que fue calificada como grave. El hecho constitutivo de infracción fue el siguiente: *"Modificación de proyecto 'Planta de Aceite Olivares de Quepu S.A.' en el sector de Quepo, comuna de Pencahue, sin contar con resolución de calificación ambiental,*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

lo que se expresa en: i) Sobreproducción de aceite y materia prima procesada, y aumento de la superficie construida asociada a las instalaciones del proyecto, incrementando sustantivamente emisiones, descargas y residuos producidos; ii) Operación de un nuevo sistema de disposición de residuos industriales líquidos, cuyos efluentes se utilizan para el riego; iii) Operación de un nuevo sistema de tratamiento y disposición de alperujo".

La condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas fueron las siguientes: artículos 8°, inciso primero, y 10, letras l) y o) de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; artículos 2°, letra g), puntos 1 y 3, y artículo 3°, letra l), punto 1, y letra o), puntos 7.2 y 8 del Decreto Supremo N° 40, de 30 de octubre de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "RSEIA").

La SMA estimó que las modificaciones introducidas por el titular al proyecto original constituían un proyecto o actividad mencionado en el artículo 3° del RSEIA, correspondiente a: i) una agroindustria de dimensiones industriales y que tiene capacidad para generar una cantidad total de residuos sólidos igual o superior a ocho toneladas por día (8t/día) en algún día de la fase de operación del proyecto, conforme al artículo 3°, letra l) del RSEIA; y, ii) un sistema de tratamiento y/o disposición de residuos industriales líquidos, cuyos efluentes se utilizaban para el riego, infiltración, aspersión y humectación de terrenos o caminos, y sistemas de tratamiento, disposición y/o eliminación de residuos industriales sólidos con una capacidad igual o mayor a 30 toneladas día (30 t/día) de tratamiento o igual o superior a cincuenta toneladas (50 t) de disposición, conforme al artículo 3° letra o), puntos 7.2 y 8 del RSEIA. La SMA consideró que las modificaciones incorporadas al proyecto original constituían un cambio de consideración al tenor de del literal g.3 del artículo 2° del RSEIA, al tratarse de obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto original, modificaban sustantivamente la extensión, duración y magnitud de sus impactos ambientales.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

La resolución que formuló cargos fue notificada personalmente al titular el 29 de diciembre de 2017.

El 15 de enero de 2018 se efectuó en las dependencias de la SMA una reunión de asistencia al cumplimiento.

El 22 de enero de 2018 el titular presentó un Programa de Cumplimiento (en adelante, "PdC") y el 21 de febrero del mismo año, un PdC refundido.

El 29 de marzo de 2018, mediante Resolución Exenta N° 6/Rol F-065-2017, la SMA estableció que, previo a resolver la aprobación o rechazo, se incorporasen observaciones al PdC refundido, otorgándole a Olivares de Quepu S.A. un plazo de 4 días hábiles.

El 9 de abril de 2018 el titular presentó una nueva versión del PdC, dando cuenta de antecedentes adicionales e incorporando observaciones.

El 17 de abril de 2018 la SMA dictó la Resolución Exenta N° 8/Rol F-065-2017, en virtud de la cual rechazó el PdC.

El 4 de mayo de 2018 Olivares de Quepu S.A. presentó descargos, solicitó medidas probatorias y acompañó documentación.

El 26 de junio de 2018, mediante Resolución Exenta N° 10/Rol F-065-2017, la SMA tuvo por presentados los descargos, se pronunció sobre las medidas probatorias solicitadas y requirió información al titular.

El 27 de junio de 2018, mediante Resolución Exenta N° 11/Rol F-065-2017 la SMA solicitó a la Dirección Ejecutiva del SEA pronunciamiento respecto de si la modificación descrita en la formulación de cargos requería ingresar al SEIA en virtud de los artículos 8° y 10, letras l) y o) de la Ley N° 19.300 en relación con el artículo 2°, letra g), puntos 1 y 3 y el artículo 3°, letra l), punto 1 y letra o), puntos 7.2 y 8 del RSEIA. Además, suspendió la tramitación del procedimiento sancionatorio hasta la recepción del pronunciamiento del SEA.

El 20 de julio de 2018 el titular presentó los antecedentes requeridos por la Resolución Exenta N° 10/Rol F-065-2017.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

El 3 de diciembre de 2018 el Director Ejecutivo del SEA remitió a la SMA el Oficio Ordinario D.E. N° 1817197/2018, de 29 de noviembre de 2018, evacuando el informe de elusión solicitado, en el cual concluyó que: "[...] las obras y actividades implementadas por el titular con el propósito de modificar el proyecto 'Planta de Aceite de Olivas Olivares' (sic), introducen cambios de consideración a la luz de lo dispuesto en los literales g.1), g.2) y g.3) del artículo 2° del RSEIA, por lo tanto, debieron haber sido ingresados al SEIA en forma previa a su ejecución".

El 2 de enero de 2019, mediante Resolución Exenta N° 13/Rol F-065-2017 la SMA levantó la suspensión del procedimiento sancionatorio e incorporó a éste el informe remitido por la Dirección Ejecutiva del SEA. Además, a través de Resolución Exenta N° 14/Rol F-065-2017, de la misma fecha, reiteró solicitudes de información remitidas a organismos sectoriales, en el contexto de las solicitudes de diligencias del titular.

El 8 de enero de 2019 el Director Regional del SAG de la Región del Maule remitió el Ord. N° 28/2019, dando cuenta de la información solicitada, señalando que Olivares de Quepu S.A. no registraba denuncias, reclamos ni procedimientos sancionatorios en contra del titular desde el año 2003 a la fecha.

El 9 de enero de 2019 la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático remitió la información solicitada, adjuntando la información registrada respecto de la empresa.

El 11 de enero de 2019, mediante oficio Ord. N° 9/2019, la SEREMI de Medio Ambiente de la Región del Maule dio cuenta de la información solicitada señalando que no existían registros de denuncias o reclamos ambientales en contra de Olivares de Quepu S.A. con posterioridad a la dictación de la RCA N° 196/2003.

El 4 de marzo de 2019 la SEREMI de Salud del Maule remitió la información solicitada, incluyendo antecedentes relativos a: i) Sumario Sanitario RIT N° 590/2012; ii) Resolución Sanitaria Exenta N° 850/2013; y, iii) Acta de Fiscalización N° 27439.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

El 4 de marzo de 2019, mediante Resolución Exenta N° 15/F-065-2017 la SMA incorporó los antecedentes remitidos por el SAG, la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático y las SEREMI de Medio Ambiente y de Salud de la Región del Maule. Asimismo, tuvo presente que no se recibió respuesta de los antecedentes solicitados a la Municipalidad de Péncahue.

El 6 de marzo de 2019, mediante Memorándum D.S.C.-Dictamen N° 29/2019, el instructor del procedimiento sancionatorio remitió dictamen al Superintendente.

El 20 de marzo de 2019 el Superintendente dictó la resolución sancionatoria, aplicando a Olivares de Quepu S.A. una multa de 1.916 UTA, que se desglosa en 1.500 UTA por concepto de beneficio económico y 416 UTA por concepto de componente de afectación.

El 3 de julio de 2020, la SMA dictó la Resolución Exenta N° 1.109, que rectificó de oficio el considerando 338 de la Resolución Exenta N° 394/2019, en cuanto señalaba que "[...] *al ser Olivares de Quepu S.A. una empresa categorizada como Grande N° 1 -de acuerdo a la información provista por el SII- se determina que **no procede la aplicación** de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción [...]*". La rectificación consistió en la eliminación del adverbio "no", quedando dicho considerando del siguiente tenor: "[...] *al ser Olivares de Quepu S.A. una empresa categorizada como Grande N° 1 -de acuerdo a la información provista por el SII- se determina que **procede la aplicación** de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción [...]*". Además, la resolución rectificatoria señaló que "[...] *en virtud de que Olivares de Quepu corresponde a una empresa Grande N° 1, a las que de acuerdo a las Bases Metodológicas corresponde aplicar una reducción por factor de tamaño económico, en el rango de 62,5% a 100%, atendido su tamaño económico la SMA consideró un factor de 82,85%*" (destacado del Tribunal).

Cabe hacer presente que el 5 de abril de 2019, mediante Resolución Exenta N° 60, de la Comisión de Evaluación Ambiental del Maule (en adelante, "RCA N° 60/2019), Olivares de Quepu S.A. obtuvo calificación favorable del proyecto

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

'Regularización planta de aceite de olivas, producción de hueso y orujo deshidratado' (en adelante, 'el nuevo proyecto') el cual ingresó al SEIA, vía DIA, el 17 de abril de 2018. Este proyecto consistió en una regularización de las instalaciones construidas con posterioridad a la RCA N° 196/2003, en particular, las piscinas de acumulación de alperujo y de agua del proceso de lavado de olivas, objeto del procedimiento administrativo sancionatorio. El nuevo proyecto autorizó: i) el aumento de la capacidad de procesamiento de aceitunas por temporada agrícola de 1.700 t/año a 15.000 t/año; ii) el aumento de producción de aceite de oliva de 280 a 2.500 toneladas de aceite extra virgen y 200 toneladas de aceite de oliva de segunda categoría; iii) la generación de 2.100 toneladas de hueso húmedo; iv) la generación de 4.967 toneladas de orujo por temporada, que será utilizado como abono vegetal en las plantaciones de olivos colindantes; y, v) la generación de 4.780 toneladas de alpechín (agua vegetal obtenida luego de la segunda extracción de aceite) que luego en estanque dosificador se dispone como fertirriego.

II. Del proceso de reclamación judicial

A fojas 153, el abogado señor Ricardo Bráncoli Bravo, en representación de Olivares de Quepu S.A. interpuso reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 394/2019, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente (S), que sancionó a su representada con una multa ascendiente a 1.916 UTA. Solicita que se acoja la reclamación, y que se corrija por el Tribunal o se ordene corregir a la SMA lo siguiente:

i) La inconsistencia contenida en la determinación final del beneficio económico obtenido por la empresa, a fin de descontar de la cifra de estimación de ganancias operacionales obtenidas con motivo de la infracción en el período 2013-2018 -"2.197" (sic) UTA- la suma de 1.522 UTA, equivalente a la estimación de las inversiones realizadas por la empresa durante los años 2013 y 2014;

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

ii) Deducir la suma de 307,82 UTA del monto de la ganancia operacional estimada por la SMA, en tanto corresponde a una suma invertida en los años 2013 y 2014 no considerada en la cuantía de la sanción;

iii) Dejar sin efecto los considerandos pertinentes en relación con el análisis efectuado respecto al denominado 'valor de seriedad' asociado a la importancia del riesgo o peligro ocasionado y circunscribir la seriedad de la infracción en la categoría N° 1 del documento 'Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales', de la SMA, publicado en el Diario Oficial el 31 de enero de 2018 (en adelante, "las Bases Metodológicas"), esto es, "ser categorizado como un riesgo de mínima entidad";

iv) Dejar sin efecto los considerandos 309 a 317, ordenando a la SMA reconsiderar la conducta anterior de la empresa como un factor de disminución de la sanción aplicable; y

v) Dejar sin efecto los considerandos 335 a 339 ordenando a la SMA reconsiderar la capacidad económica como un factor de disminución de la sanción.

A fojas 183, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó a la reclamada informar.

A fojas 188, el Superintendente del Medio Ambiente (S), en representación de la SMA, se apersonó en el procedimiento, solicitó ampliación del plazo para informar, acreditó personería y otorgó patrocinio y poder.

A fojas 189, el Tribunal proveyó "*como se pide*".

A fojas 192, el abogado señor Emanuel Ibarra Soto, en representación de la SMA, evacuó informe en conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600, solicitando el rechazo de la reclamación en todas sus partes, por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el derecho, con expresa condenación en costas.

A fojas 211, el Tribunal tuvo por evacuado el informe.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

A fojas 215, el Tribunal dictó la resolución de autos en relación y fijó el día 9 de julio de 2020 a las 10:00 horas como fecha para la vista de la causa.

A fojas 230, el abogado de la reclamante solicitó la suspensión de la vista de la causa, en virtud de lo señalado en el artículo 165 N° 6 del Código de Procedimiento Civil.

A fojas 232, el Tribunal suspendió la audiencia fijando nueva fecha para el día 20 de agosto de 2020.

A fojas 520, la reclamante presentó un escrito "téngase presente" y acompañó documentos, entre ellos, la resolución de la SMA que rectificó la resolución reclamada, y sentencias de la Excma. Corte Suprema y la judicatura ambiental sobre temas debatidos en autos.

A fojas 524, se dejó constancia que el 20 de agosto de 2020 se efectuó la vista de la causa, en la que alegaron el abogado patrocinante de la reclamante señor Ricardo Bráncoli Bravo, y la abogada mandataria de la reclamada señora Katharina Buschmann Werkmeister. Además, se dejó constancia que la causa quedó en estudio por 15 días.

A fojas 525, el Tribunal tuvo presente lo señalado por la reclamante en el escrito de fojas 520, y por acompañados los documentos, con citación.

A fojas 531, la causa quedó en acuerdo y se designó como redactor de la sentencia al Ministro señor Cristián Delpiano Lira, Presidente.

III. Fundamentos de la reclamación y del informe

Conforme a lo expuesto en la reclamación y en el informe de la reclamada, los asuntos debatidos en autos son los siguientes:

1. Eventuales inconsistencias cometidas por la SMA en la determinación final del beneficio económico obtenido por la empresa

La reclamante alega que existe una inconsistencia en la estimación del beneficio económico, toda vez que la SMA olvidó descontar de la cifra estimada de ganancias operacionales

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

obtenidas con motivo de la infracción durante el período 2013-2018, ascendente a la suma de \$ 1.250.093.539 -2.157 UTA- la cifra de \$ 882.454.891 -1.522 UTA-, correspondiente a la estimación de las inversiones realizadas durante los años 2013 y 2014, las cuales fueron expresamente reconocidas en el considerando 255 de la resolución reclamada. Afirma que en el considerando 258 de la referida resolución se señala expresamente que al beneficio económico calculado debe descontarse los montos asociados a esta sobreproducción, pero que la SMA "*inexplicablemente*" no efectuó tal operación aritmética. Agrega que las Bases Metodológicas reconocen expresamente el descuento del costo de las inversiones realizadas por el infractor para alcanzar el escenario de incumplimiento.

Adicionalmente, sostiene que las Bases Metodológicas establecen que el beneficio económico ilícito debe ser estimado a valor presente asociado al mismo período o fecha en que se cometió la infracción, para luego capitalizar dicho valor hasta la fecha estimada de pago de la multa (5 de abril de 2019), descontándole la tasa de descuento fijada por la SMA para el caso concreto (10,7%). Agrega que no se observa en la resolución sancionatoria que la SMA haya aplicado la tasa de descuento y que el monto del beneficio económico haya sido debidamente capitalizado, como lo exigen las Bases Metodológicas, circunstancia que evidencia en mayor medida el error de cálculo contenido en dicha resolución.

Asimismo, alega que la SMA no tuvo en consideración el pago que Olivares de Quepu S.A. efectuó a la empresa Santamaría Chile SpA por la suma de \$ 178.429.244, equivalentes a 307,82 UTA, y que corresponde a la compra de los derechos de dicha sociedad en el contrato de asociación o cuentas en participación suscrito con Santamaría Chile SpA el 30 de abril de 2013, complementado por contrato de 6 de noviembre de 2015. Agrega que la suma pagada en agosto de 2017 corresponde a las inversiones efectuadas por Olivares de Quepu S.A., a través del referido contrato, en los años 2013 y 2014, que son los años considerados por la SMA para efectos de calcular las inversiones asociadas a la sobreproducción. Señala que la

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

inversión correspondiente a la participación de la sociedad Santamaría Chile SpA no estaba considerada como parte de las inversiones asociadas a la sobreproducción en los referidos años porque se trataba, precisamente, de un contrato de asociación o cuentas en participación. Agrega que esta situación se evidencia contablemente sólo en agosto de 2017, cuando Olivares de Quepu S.A. adquirió la participación de Santa María SpA en dicho contrato, pero que el referido monto corresponde a inversiones de los años 2013 y 2014, asociadas a la sobreproducción. Sostiene que, consecuentemente, la cifra de 307,82 UTA también debería ser considerada junto con las 1.522 UTA reconocidas por la SMA como inversiones asociadas a la sobreproducción, para los efectos de descontar dicho costo de la ganancia adicional que determinó.

Sin embargo, señala que no se trata de un error ni omisión de la SMA, pues ésta no tenía como relacionar el pago de 307,82 UTA a Santamaría SpA por su participación en el mencionado contrato con las inversiones asociadas a la sobreproducción de Olivares de Quepu S.A. No obstante -agrega- en atención a que la correcta determinación del beneficio económico es indispensable para aplicar una sanción que observe la debida proporcionalidad, es necesario hacer presente la existencia de dicha inversión, pues ignoraba y no podía saber cuáles serían los términos y cálculos que efectuaría la SMA para imponer la sanción.

Refiere que las inversiones totales del año 2017 ascendieron a \$ 201.065.441, equivalentes a 347 UTA, pero que sólo se consideró la suma de \$ 178.429.244, equivalentes a 307,82 UTA, que es la inversión asociada a la sobreproducción correspondiente a los años 2013 y 2014.

Refiere que no pretende circunscribir el objeto de la litis a un juicio de tarificación para la aplicación de multas ambientales, pues la SMA determinó de la ganancia operacional con motivo de la infracción -2.157 UTA-, pero olvidó continuar con la segunda parte de la fórmula de determinación de la ganancia ilícita establecida en sus Bases Metodológicas, la cual consiste en: i) deducir de la ganancia operacional

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

obtenida en el escenario de infracción, las inversiones realizadas para alcanzar el nivel de sobreproducción, en su calidad de costos directos; ii) aplicar la tasa de descuento fijada por la SMA; y, iii) capitalizar el monto de dicha ganancia a la fecha estimada de pago de la multa.

Indica que *"obviar la deducción del costo de las inversiones asociadas a la sobreproducción de aceite de oliva durante los años 2013 y 2014, la aplicación de la tasa de descuento y posterior capitalización"*, contravendría la motivación de la resolución reclamada, y el contenido de las Bases Metodológicas y constituiría una transgresión del principio de proporcionalidad. Agrega que la falta de corrección de las omisiones constatadas vulneraría la finalidad preventiva de la sanción, principio inspirador de dicho documento.

Atendido lo anterior, solicita que se ordene que la resolución reclamada se ajuste a la ley y a la normativa dictada por la propia SMA y que se corrija u ordene corregir la inconsistencia contenida en la determinación final del beneficio económico, *"de forma de descontar a la cifra estimación (sic) de ganancias operacionales obtenidas con motivo de la infracción durante el período 2013 a 2018, ascendente a la suma de cifra (sic) de 2.197 UTA, la cifra de 1.522 UTA equivalente a la estimación de las inversiones realizadas por la empresa durante los años 2013 y 2014, tal como la propia SMA reconoce en el considerando N° 258 de la R.E. N° 394/2019, aplicando la tasa de descuento del 10,7% y posteriormente capitalizar la cifra obtenida a la fecha estimada de pago de la infracción, o en su defecto, ordene a la SMA la corrección de la resolución sancionatoria en el sentido expuesto"*. Adicionalmente, solicita *"deducir la cifra de 307,82 UTA del monto de la ganancia operacional estimada por la SMA, en tanto corresponde a una suma invertida en los años 2013 y 2014 no considerada en la cuantía de la sanción consignada en la resolución sancionatoria"*.

La SMA, en primer lugar, sostiene que existe una discrepancia entre los argumentos expuestos en el cuerpo de la reclamación y el petitorio. Señala que las alegaciones relativas a la no

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

aplicación de la tasa de descuento de 10,7% y a la falta de consideración del costo de oportunidad en el cálculo del beneficio económico, fueron efectuadas en el cuerpo del escrito pero que no se consideraron en el petitorio, por lo que no deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal. En efecto, señala que al revisarse el petitorio se observa que la reclamante no solicita la corrección de la determinación del beneficio económico por aplicación de la tasa de descuento ni tampoco por la consideración del costo de oportunidad. En consecuencia, no habiendo sido enunciadas de forma alguna estas alegaciones en el petitorio, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y al artículo 27 de la Ley N° 20.600, no deben ser consideradas como peticiones sometidas al fallo del Tribunal. Agrega que, si se considera el petitorio, el Tribunal sólo debería analizar, respecto del cálculo del beneficio económico, las alegaciones referidas a la consideración del valor de las inversiones realizadas y al pago efectuado por Olivares de Quepu S.A. a la empresa Santamaría Chile SpA. Sin perjuicio de lo anterior, afirma que *"para dar una respuesta completa al reclamo"* se referirá a cada uno de los argumentos planteados por la reclamante.

En segundo término, en cuanto al fondo de la controversia, sostiene que, de acuerdo con las Bases Metodológicas, en este caso el beneficio económico de la infracción *"sí consideró el valor de las inversiones, sí aplicó la tasa de descuento, y si se realizaron los ajustes asociados al costo de oportunidad del dinero"*, por lo que las alegaciones de la reclamante no tienen sustento. Señala que lo que no considera la reclamante es que -como se indicó en los considerandos 227 y 257 de la resolución sancionatoria- el método de estimación del beneficio económico se encuentra explicado en el referido documento. Señala que, conforme al método de estimación de las Bases Metodológicas, el beneficio puede provenir de una disminución en los costos, un aumento en los ingresos, o de una combinación de ambos en un determinado momento o período que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción. Así -señala-, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

como la combinación del beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas, anticipadas o adicionales. En concreto -expone- este beneficio equivaldrá al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir y no cumplir la normativa, y que, por ello, para su determinación, es necesario configurar los escenarios de cumplimiento e incumplimiento en el caso concreto, principalmente, a través de la identificación de las fechas reales o estimadas y, luego cuantificar los costos o ingresos asociados.

Hace presente que el modelo de estimación corresponde a una serie de algoritmos y fórmulas aritméticas propias de las matemáticas financieras, de aplicación general para todos los casos, por lo cual no se detalla en la resolución sancionatoria, sino que se encuentra explicado en forma esquemática en el acápite 5.1 de las Bases Metodológicas, 'Estimación del beneficio económico obtenido'. Agrega que en dicho acápite es posible identificar claramente todas las variables consideradas en la estimación, incluyendo la tasa de descuento, que en este caso corresponde a un 10,7% y que representa el costo de oportunidad del dinero para el infractor.

Señala que en este caso la infracción imputada configura una hipótesis de beneficio económico obtenido a partir de ganancias ilícitas, considerando que el titular obtuvo ingresos a partir de la producción de aceite y materia prima procesada por sobre los límites autorizados en la RCA N° 196/2003. Agrega que el total estimado de las ganancias ilícitas del titular, que considera tanto los ingresos obtenidos a partir del aceite de primera y segunda extracción, el hueso para venta y el alperujo deshidratado vinculados a la producción por sobre el límite autorizado, así como también sus correspondientes costos de producción, asciende a \$ 1.250.093.539,23, equivalentes a 2.157 UTA. Señala que según lo expuesto en los considerandos 241 a 250 de la resolución reclamada, dichos valores no consideran los ajustes asociados a los efectos tributarios de los ingresos generados ni el costo de oportunidad del dinero, que deben calcularse conforme a lo indicado en las Bases Metodológicas.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Indica que ello se debe a que la reclamante no considera que - como se indicó en los considerandos 227 y 257 de dicha resolución- estas ganancias estimadas corresponden a un elemento del caso sobre el cual aplica el método de estimación del beneficio económico, que se encuentra detalladamente explicado en las Bases Metodológicas.

Además, señala que la resolución reclamada consideró que la empresa incurrió de forma anticipada en inversiones que le permitieron el aumento de la producción por sobre lo autorizado y que deben ser descontadas de los ingresos ilícitos para determinar las ganancias ilícitas. Agrega que, bajo estas consideraciones, las inversiones asociadas a la sobreproducción que se contemplan en la estimación ascienden a un total de \$ 882.454.891, equivalentes a 1.522 UTA, valor que corresponde a la suma de las inversiones incurridas el 2013, por \$ 338.440.207 y en 2014, por \$ 544.014.684. Añade que este monto se considera como una inversión en activo fijo que posibilita la sobreproducción y se incorpora a la estimación en el marco del escenario de incumplimiento, inversión a la cual aplican los efectos tributarios y de costo de oportunidad del dinero, de la forma indicada en las Bases Metodológicas. Afirma que es por ese motivo que no corresponde que sean "descontados" de las ganancias por sobreproducción en la forma de una sustracción simple -como sugiere la reclamante- sino que los montos de estas inversiones se incorporan al modelo de estimación de beneficio económico con el tratamiento correspondiente a una inversión en el activo fijo. Es por esto - agrega- que no es correcto afirmar que no se consideraron dichas inversiones en la estimación. Indica que, en base a la lectura del acápite 5.1 de las Bases Metodológicas, es posible apreciar la aplicación matemática de cada una de las variables y así descartar lo reclamado por Olivares de Quepu S.A., en orden a que no se habrían considerado en la estimación las inversiones en activo fijo y el costo de oportunidad del dinero en el tiempo.

Agrega que, en este caso, sobre el valor de las ganancias ilícitas obtenidas con motivo de la infracción, equivalentes a 2.157 UTA, se deben considerar los efectos tributarios, ya que

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

estos ingresos generaron un aumento en la base imponible de la empresa en los períodos analizados y el costo de oportunidad de dicho dinero. Expone que no olvidó -como sugiere la reclamante- descontar a la cifra de estimación de ganancias operacionales obtenidas en razón de la infracción en el período 2013-2018, el valor correspondiente a las inversiones realizadas, ya que la reclamante no consideró que, conforme a las Bases Metodológicas, era necesario previamente efectuar los correspondientes ajustes tributarios y los relativos al costo de oportunidad del dinero. Así -explica- no existe el error numérico invocado por la actora, ya que las 1.500 UTA de beneficio económico se calcularon en consideración a dichos ajustes.

Concluye que el beneficio económico fue correctamente determinado en la resolución sancionatoria conforme a las Bases Metodológicas, no existiendo inconsistencias. Por tal motivo -agrega-, no se vulneró el principio de proporcionalidad ni el fin preventivo de la sanción.

En cuanto a la alegación relativa a la no consideración del pago efectuado por Olivares de Quepu S.A. a la empresa Santamaría Chile SpA, sostiene que ésta debe ser rechazada por cuanto: i) el desembolso no será un costo asociado a los ingresos ilícitos; y, ii) el pago efectuado no consta de forma alguna en el procedimiento sancionatorio.

En cuanto a lo primero, sostiene que la reclamación no da cuenta de cómo el desembolso efectuado, asociado al pago a la empresa Santamaría Chile SpA configuraría un costo asociado directamente a la obtención de los ingresos ilícitos alcanzados por la sobreproducción. Agrega que debe considerarse que los desembolsos incurridos en la adquisición de acciones de una sociedad difícilmente pueden considerarse como costos directamente asociados a la obtención de ingresos ilícitos por la producción por sobre los límites normativos en que incurrió el infractor. En consecuencia, a su juicio, como este desembolso no se encuentra asociado a las ganancias ilícitas del procedimiento sancionatorio, no pueden ser consideradas en la determinación del beneficio económico.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

En cuanto a lo segundo, indica que no es ésta la oportunidad para realizar una alegación de tal naturaleza, pues no se ha incurrido en ilegalidad al no considerarse dicho desembolso, ya que no se contaba con los antecedentes que respaldan el supuesto pago efectuado por la reclamante. Señala que la misma actora reconoce que este desembolso no pudo ser considerado anteriormente por la SMA y que no acompañó en el procedimiento sancionatorio ni el contrato ni los comprobantes asociados al supuesto pago, y tampoco mencionó el desembolso ni en los descargos ni en ninguna otra presentación.

Concluye que la inversión asociada a las ganancias ilícitas fue correctamente determinada y no incurrió en ilegalidad en su cálculo.

2. Eventual ponderación incorrecta del componente de afectación

a) Alegaciones generales relativas a la consideración de la importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

La reclamante alega que, contrariamente a lo sostenido por la SMA, en el procedimiento administrativo existen antecedentes objetivos para concluir que no se verificaron consecuencias negativas directas asociadas a la infracción. Señala que, por una parte, la SMA descarta la verificación de un daño como consecuencia de la infracción, entendido en sentido amplio, comprendiendo las "consecuencias negativas directas", "menoscabo" o "afectación", pero, por otra, indica que analizará el riesgo asociado, para, luego, determinar si existe alguna probabilidad de que tal riesgo pueda generar un "efecto adverso" en un receptor, previa e inicialmente descartado.

Señala que se incorporó al expediente el 'Estudio Técnico agronómico para evaluar el efecto del uso de alperujo proveniente de la operación de la Planta de Aceite de Oliva Olivares de Quepu S.A. ubicada en sector de Quepo, comuna de Penciahue, VII Región', realizado por el Centro de Investigación y Desarrollo Agrícola Rosario o Centro de Evaluación Rosario (en adelante, "Estudio Técnico CER"), con el propósito de acreditar la inexistencia de efectos ambientales negativos,

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

incluyendo su riesgo de ocurrencia, para que la SMA tuviera antecedentes concretos respecto de los componentes ambientales suelo y aguas superficiales y subterráneas a fin de descartar la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

Afirma que en los descargos también se acompañaron estudios técnicos a propósito de la evaluación de la DIA del nuevo proyecto, vigentes y validados desde el punto de vista ambiental por los organismos sectoriales competentes, según da cuenta la RCA N° 60/2019.

Señala que la conclusión técnica es enfática respecto de los referidos componentes ambientales que, al momento de los análisis encomendados, no arrojaron ninguna consecuencia negativa que hubiese sido ocasionada por el almacenamiento de alpechín o la disposición de alperujo y orujo en el tiempo, siendo de toda lógica descartar la existencia de un *"peligro concreto"*, *"real"* o *"inminente"* que hubiese concurrido en la especie, *"en tanto la actividad nunca pudo haber tenido la aptitud tal de generar un riesgo"*.

Sostiene que para la SMA el Estudio Técnico CER no sería suficiente, pues no tendría la aptitud de *"reemplazar una evaluación integral, realizada en el contexto de evaluación de impacto ambiental, con intervención de todos los actores y servicios involucrados"*, y, además, porque *"[...] es relativamente reciente, por lo que no se cuenta con información respecto del tiempo intermedio en el cual el titular mantuvo en operación las modificaciones sin evaluación previa"*.

Señala que, de acuerdo con el razonamiento de la SMA, la única posibilidad de descartar la ocurrencia de un daño o peligro en el ámbito de un procedimiento sancionatorio sería mediante el pronunciamiento y observaciones de los organismos con competencia ambiental y en el marco del SEIA, lo que es una *"contradicción evidente"*, pues la propia LOSMA habilita a la SMA a considerarlo como criterio.

Indica que el Estudio Técnico CER es reciente porque fue encargado para abordar objetiva y precisamente el criterio de determinación de sanciones de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, no en base a supuestos teóricos, abstractos o

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

bibliográficos, sino *in situ*, metodología que permite dar cuenta de la situación real de los componentes ambientales y, en base a ello, razonablemente evaluar la posibilidad de haberse verificado un peligro real de ocurrencia de daño en algún momento. Hace presente que dicho estudio concluye que el almacenamiento de alpechín o la disposición de alperujo y orujo en el tiempo, no arrojaron ninguna consecuencia negativa que pudiese haber sido ocasionada sobre el suelo, aguas superficiales y subterráneas; por lo que descarta la existencia de un peligro concreto o inminente que hubiese amenazado en algún momento la integridad de tales componentes ambientales, en tanto la actividad nunca pudo haber tenido la aptitud tal de generar un riesgo.

Señala que la SMA "*prácticamente descarta de plano*" el contenido del Estudio Técnico CER en un breve considerando - 270- de la resolución reclamada que en absoluto efectúa alguna valoración de sus conclusiones, lo cual constituye una vulneración de lo dispuesto en el artículo 17 letra f) de la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, "Ley N° 19.880"), así como una falta de motivación.

A continuación, se refiere al riesgo o peligro, señalando que según la SMA la operación de una planta productora de aceite de oliva sin evaluación ambiental previa generaría por sí misma un peligro respecto de diversos componentes ambientales. Sin embargo, señala que el peligro que una actividad susceptible de causar impacto ambiental puede generar debe entenderse como un riesgo que admite distintos niveles de intensidad conforme a la realidad particular de un proyecto. Agrega que afirmar sin justificación que la operación de la Planta genera por sí misma un peligro, porque debiera haber contado con acciones de control y medidas de mitigación o compensación, no se condice con la realidad conforme evidencia la RCA N° 60/2019. Hace presente que a la fecha de dictación de la resolución sancionatoria se encontraba disponible en el expediente de evaluación el Informe Consolidado de Evaluación (en adelante, "el ICE") del nuevo proyecto con todos los pronunciamientos de

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

los organismos sectoriales en que se acreditaba que éste cumple con la legislación aplicable; que sus acciones de control son adecuadas y que no requiere de medidas de mitigación ni de compensación al no verificarse impacto significativo alguno.

Concluye que los supuestos considerados por la SMA para ponderar la importancia del eventual daño causado o peligro ocasionado se circunscriben a un marco teórico y bibliográfico alejado de la realidad concreta del proyecto. Agrega que, aun cuando acompañó en el procedimiento sancionatorio los antecedentes concretos y efectivos que permiten dimensionar objetivamente el riesgo, la SMA prescindió de ellos considerándolo de *"moderada entidad"*, lo cual *"se aparta de todo criterio de razonabilidad"*.

La SMA, por su parte, señala que en la resolución sancionatoria se indicó que no existían antecedentes que permitieran confirmar que se haya generado un daño o consecuencias negativas directas producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o a uno o más de sus componentes ni otras consecuencias negativas con un nexo causa indubitado. Agrega que, conforme a lo señalado en dicha resolución, sí se generó un peligro al medio ambiente, el que se evidencia en la información proporcionada en la evaluación ambiental del proyecto de regularización de las instalaciones. Hace presente que en dicha evaluación no se consideró el período en que el proyecto se mantuvo en infracción y que, en consecuencia, no se analizaron los daños y riesgos que pudo haber generado en ese lapso.

Asimismo, sostiene que también se ponderó la información contenida en el Estudio Técnico CER, el cual, si bien desestima la existencia de un daño, no permite descartar el peligro ocasionado por la infracción durante el lapso constatado, por lo que procedió a evaluar esta circunstancia. Agrega que el referido Estudio no puede reemplazar una evaluación integral realizada en el contexto del SEIA. Sostiene que se generó un riesgo, asociado a la operación del nuevo sistema de

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

disposición de residuos líquidos y a la operación del nuevo sistema de tratamiento y disposición de residuos sólidos.

Señala que es errado lo sostenido por la actora en cuanto a que en el procedimiento sancionatorio existen antecedentes objetivos para concluir que no se verificaron consecuencias negativas directas asociadas a la infracción. En efecto, refiere que en este caso no se consideró que hubiese habido consecuencias negativas o daños, pero sí que se generó un peligro al medio ambiente, ya que la operación de una planta de aceite de oliva sin una evaluación ambiental previa durante varios años generó un peligro en diversos componentes ambientales.

Concluye que se ponderaron correctamente los antecedentes del procedimiento sancionatorio para la determinación del valor de seriedad del componente de afectación.

b) Análisis del riesgo asociado a la operación del nuevo sistema de disposición de residuos líquidos

La reclamante sostiene que para el análisis de riesgo la SMA tomó en consideración la "Guía de Evaluación Ambiental de Aplicación de Efluentes al Suelo", de 2010, del SAG (en adelante, "la Guía del SAG"), la que constituye un antecedente abstracto, de aplicación general y diseñado para la evaluación ambiental de proyectos y no para evaluar el riesgo asociado a la actividad en un procedimiento sancionatorio. Señala que la resolución sancionatoria realiza una descripción bibliográfica y teórica pudiendo haberla confirmado con el Estudio Técnico CER o con la información relativa a la evaluación del nuevo proyecto, que ya contaba con los pronunciamientos del SAG y de la SEREMI de Medio Ambiente.

Afirma que la probabilidad de concreción del peligro debe ser evaluada sobre la base de información objetiva y supuestos reales. Señala que la SMA consideró antecedentes que podían resultar perjudiciales para la empresa y que realizó una selección cuidadosa de qué antecedentes e información considerar para sustentar su posición y cuáles omitir. En

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

efecto, afirma que aportó todos los antecedentes que permiten descartar la hipótesis de peligro o riesgo, información que no fue considerada por la SMA. Sostiene que, al contrario, la reclamada señaló que parte de la información entregada en el PdC y en los descargos tendría más de 10 años, afirmación que no tiene asidero alguno, más aún si la propia SMA prescinde de información actual, como la contenida en el Estudio Técnico CER y en el ICE del nuevo proyecto.

Sostiene que la SMA concluye infundadamente que el riesgo sería de "*moderada entidad*" -en base al desconocimiento de los efectos que podría producir la disposición de RILes en el suelo, y en la mayor producción de aceite de oliva y de subproductos- omitiendo información técnica y precisa acompañada en el procedimiento que da cuenta de una conclusión contraria, esto es, la inexistencia de daños y riesgos.

La SMA, en tanto, desestima la alegación, señalando que no es efectivo que se haya omitido la información técnica que -según la reclamante- daría cuenta de la inexistencia de daños y riesgos, ya que el Estudio Técnico CER no hace referencia a los RILes, sino sólo al alperujo generado en el proceso, de forma que descarta daños -mas no riesgos, que la elusión pudo haber generado.

Respecto de la información proporcionada en la DIA del nuevo proyecto, sostiene que, como se hizo presente en la resolución sancionatoria, no debe ser considerada, ya que, al no proporcionar información sobre los años en que la empresa se mantuvo en elusión, no es concluyente para evaluar los posibles riesgos generados. Afirma que la reclamante presentó antecedentes que dan cuenta de la superación de las concentraciones máximas recomendadas de parámetros en los efluentes de agroindustrias que establece la Guía del SAG. En efecto, precisa que el "Plan de aplicación de residuos líquidos al suelo", de la empresa Solutos Ingeniería y Proyectos -que la reclamante acompañó a la Adenda 1 de la DIA del proyecto- da cuenta de la superación de los parámetros de dicha Guía. Refiere, respecto del alpechín, que se superarían las

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

concentraciones máximas del parámetro DBO5 y el pH se encuentra bajo el valor mínimo, y el agua de lavado superaría las concentraciones máximas de los parámetros DBO5 y fenoles. Reitera que, sin perjuicio que no procede incorporar estos datos en el análisis, si la SMA lo hiciera sólo perjudicarían a la reclamante por cuanto implican la superación de las concentraciones máximas de la Guía del SAG, donde se establecen criterios de evaluación para la aplicación de efluentes generados en proceso agroindustriales de frutas, hortalizas y producción pecuaria, entre otros.

Concluye que no contaba con información sobre la materia, debido a que la reclamante no proporcionó antecedentes válidos respecto de la calidad de los RILes acumulados y dispuestos durante el período de elusión, por lo que recurrió a las especificaciones técnicas de la Guía del SAG. Agrega que, en atención a que pudo estimar una tasa de riego de 20.678 L/ha/año, en una superficie de 757 hectáreas correspondientes a plantaciones de olivo -de la cual se desconocen sus efectos sobre el cultivo y el suelo, que no han sido evaluados-, no cabe sino concluir que Olivares de Quepu S.A. ha generado un riesgo al operar el nuevo sistema de disposición de RILes sin previa autorización ambiental, lo que debe ser considerado en la determinación de la sanción.

c) Análisis del riesgo asociado a la operación de un nuevo sistema de disposición de residuos sólidos

La reclamante sostiene, respecto del riesgo asociado a la operación de un nuevo sistema de disposición de residuos sólidos, que la SMA efectúa también un ejercicio abstracto debido a su "*desconocimiento*" e "*improbable estimación*" de la actividad, sobre la base de la información bibliográfica disponible. Agrega que la reclamada estableció premisas que no son fundamentadas en absoluto, tales como la existencia de "*antecedentes sobre ciertas dificultades en relación con el manejo del alperujo*", lo que no puede constituir la base inicial de análisis de una situación particular, menos aún si se disponía de antecedentes relevantes como el Estudio Técnico

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

CER y el ICE del nuevo proyecto, que acreditan la condición de los suelos y de los cursos de agua superficiales y subterráneos. En consecuencia, el "*riesgo moderado*" que señala la SMA no se verifica. Atendido lo anterior, solicita que el valor de seriedad se circunscriba a la categoría N° 1 de las Bases Metodológicas, esto es, un riesgo de "*mínima entidad*".

La SMA, por su parte, señala que no es efectivo que no haya considerado la DIA del nuevo proyecto, por cuanto su análisis respecto del posible riesgo se basó en los antecedentes aportados por la empresa en esa evaluación. Refiere que, sobre la base de esos antecedentes, consideró que el riesgo generado sobre el suelo sería considerado como de "*moderada entidad*".

En cuanto al Estudio Técnico CER, señala que sí fue tomado en cuenta y que en virtud de él fue posible concluir que no se evidenció un deterioro relacionado con la aplicación del alperujo sobre el componente suelo, pero que dicho estudio no permitió descartar que la elusión del nuevo sistema de disposición de residuos sólidos pudo generar riesgos al medio ambiente, el que debía ser considerado en la determinación de la sanción.

Luego, se refiere al puntaje de seriedad aplicado, señalando que de acuerdo con lo indicado en las Bases Metodológicas la definición de la categoría correspondiente a una determinada infracción se pondera de acuerdo con los criterios presentados en la Tabla 3.1, la cual indica que la Categoría 1 contempla infracciones que, copulativamente, constituyen vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de nivel bajo, no generan efectos ni riesgo en el medio ambiente o causan riesgo de mínima entidad, y no generan efectos ni riesgo en la salud de las personas, o producen riesgo de mínima entidad.

Señala que la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental fue considerada de nivel alto, atendido que se trata de una infracción por elusión al SEIA, lo cual atenta contra el principio preventivo, ya que, al no aportar la información requerida para la evaluación ambiental, se desconocen los

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

reales alcances del proyecto y se imposibilita la adopción de medidas previas para contener posibles efectos.

Concluye que, puesto que la Categoría 1 contempla infracciones que constituyen vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de nivel bajo y que en este caso la vulneración fue considerada de nivel alto -nivel que no ha sido controvertido por la reclamante-, no procede que se considere que el valor de seriedad es de Categoría 1. Por tal motivo -señala- no corresponde modificar el puntaje de seriedad de la infracción.

3. Ponderación de la conducta anterior negativa del infractor

Olivares de Quepu S.A. señala que la SMA consideró la conducta anterior negativa del infractor como un factor de incremento de la sanción atendido que: i) fue amonestada mediante Resolución Exenta N° 254, de 23 de noviembre de 2009, de la COREMA del Maule por incumplimiento de las condiciones de la RCA N° 196/2003; y, ii) fue sancionada al pago de una multa de 100 UTM el 19 de junio de 2012 por la SEREMI de Salud del Maule por supuestos incumplimientos a la normativa sectorial de su competencia.

Respecto de la amonestación, cuestiona que la SMA la haya considerado como un factor de conducta negativa, puesto que el procedimiento sancionatorio que le dio origen se inició y concluyó con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOSMA. Agrega que lo anterior contraviene los principios de legalidad, *in dubio pro reo* e irretroactividad, toda vez que se considerarían como historial negativo la existencia de sanciones previas a la dictación de la LOSMA y a la entrada en funciones de la SMA, impuestas por organismos sectoriales con competencia ambiental.

En cuanto a la sanción "*supuestamente impuesta*" por la SEREMI de Salud del Maule, refiere que ésta nunca le fue notificada, razón por la cual desconocía "*hasta esta fecha*" su existencia, situación que le impidió ejercer su derecho a defensa. Atendido lo anterior, sostiene que el acto administrativo que contiene

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

la resolución sancionatoria *"resulta totalmente ineficaz, ya que al sujeto regulado le resulta inoponible"*.

Concluye que se debe reconsiderar la conducta anterior de la empresa como un factor de disminución de la sanción, en tanto no ha sido sancionada por la SMA ni por ningún organismo sectorial con competencia ambiental con posterioridad a la entrada en vigencia de la LOSMA.

La SMA, por su parte, sostiene, respecto de la sanción impuesta por la Comisión Regional del Medio Ambiente (en adelante, "COREMA") del Maule por incumplimiento de las normas y condiciones del punto 5.1 de la RCA N° 196/2003, que según se señala en la resolución reclamada, y de acuerdo con lo establecido en las Bases Metodológicas, no existe un límite temporal para analizar la concurrencia de esta circunstancia, por lo que el análisis recae no sólo respecto de sanciones previas de la SMA, sino también de infracciones anteriores sancionadas por las COREMA, las Comisiones de Evaluación Ambiental, organismos sectoriales con competencia ambiental y órganos jurisdiccionales. Agrega que la jurisprudencia ha validado las sanciones aplicadas por otros organismos de forma previa a la entrada en vigencia de la SMA.

En cuanto a la sanción impuesta por la SEREMI de Salud del Maule -por infracciones al Decreto N° 594/1999 sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo, y al Código Sanitario-, señala que no es efectivo lo sostenido por la reclamante en orden a que no se le habría notificado *"la sanción supuestamente impuesta con fecha 19 de junio de 2012"*, ya que la resolución sancionatoria no hace mención a una sanción de esa fecha, sino a los *"incumplimientos a la normativa sectorial de su competencia con fecha 19 de junio de 2012"*. Refiere que dichos incumplimientos fueron constatados con tal fecha por una inspección de la referida SEREMI, pero que fueron sancionados mediante Resolución Sanitaria Exenta N° 850/2013. En consecuencia, atendido que la resolución sancionatoria es de 29 de agosto de 2013 y no de 19 de junio de 2012, la alegación de inoponibilidad se basa en un

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

error, por lo cual es improcedente. Agrega que en la inspección de 19 de junio de 2012 se constataron incumplimientos a la normativa sectorial de salud, como el acopio temporal de residuos sólidos (huesos de aceituna) en sacos, sobre barro, y restos de agua lluvia mezclada con materia orgánica sin contar con la debida autorización sanitaria, entre otros hallazgos. Concluye que queda de manifiesto la existencia de conducta anterior negativa, por lo que cabe ponderarla como un factor de incremento de la sanción.

4. Ponderación de la capacidad económica de la empresa y de la capacidad de pago

La reclamante cuestiona que la resolución reclamada señale que no era procedente la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción en razón de la capacidad económica de la empresa, ya que de acuerdo con la información entregada por el Servicio de Impuestos Internos (en adelante, "el SII") ésta es clasificada como "*Empresa Grande 1*", por tener ventas anuales de entre 100.000 a 200.000 Unidades de Fomento. Agrega que la SMA concluyó, sin entregar fundamento alguno, que no era necesario realizar una ponderación de la capacidad de pago, pese a que Olivares de Quepu S.A. proporcionó a la SMA, tanto sus antecedentes financieros como información sobre su flujo de caja.

Señala que la SMA consideró únicamente la clasificación entregada por el SII para dar por acreditado que la empresa tenía capacidad de pago y que, siguiendo su lógica, el mayor volumen de ventas de cualquier empresa significa per se una mayor capacidad para pagar sus obligaciones, lo que no es efectivo en todos los casos. Agrega que la SMA ejerció sus atribuciones en forma arbitraria y desproporcionadamente, puesto que las Bases Metodológicas establecen que el único tramo del tamaño de las empresas en que puede aplicarse la reducción por factor de tamaño económico corresponde a la categoría de empresa Grande N° 1, en el que se encuentra.

Alega que el nivel de ingresos por ventas no refleja necesariamente la capacidad de pago actual de una compañía,

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

pues para ello deben apreciarse otros antecedentes contables y financieros, como la exigibilidad de los pasivos a corto y largo plazo. Al respecto, afirma que los antecedentes financieros que acompañó en el procedimiento sancionatorio demuestran que: i) la multa impuesta es equivalente al patrimonio total de la empresa; ii) la empresa se encuentra en una situación de sobreendeudamiento, lo cual afecta su *ratio* financiero y con ello la posibilidad de obtener un crédito bancario para pagar la multa; iii) Olivares de Quepu S.A. tiene un flujo efectivo deficiente, el cual sólo puede hacerse cargo de sus pasivo a corto plazo; y, iv) la empresa arrastra una pérdida acumulada que sólo se extinguirá el año 2021.

Hace presente que las Bases Metodológicas constituyen una normativa obligatoria y que no pueden constituir una mera referencia para la SMA, ya que ésta ha circunscrito a su contenido el margen de su discrecionalidad administrativa para la determinación de sanciones. Agrega que dicho documento señala que el órgano fiscalizador debe ponderar una eventual disminución de la multa tomando en cuenta la situación financiera del infractor y que en forma excepcional puede negar la procedencia del ajuste o adecuar su cuantía de acuerdo con las circunstancias taxativamente indicadas, las que en este caso no concurren.

Señala que en esta materia la resolución reclamada carece de un estándar mínimo de fundamentación, pues en sólo dos párrafos desestima la ponderación del tamaño económico y la capacidad de pago, sin realizar ejercicio alguno -al menos visible- que permita corroborar que la empresa puede hacerse cargo del pago de la sanción a la luz de sus propios estados financieros, no obstante tener información en su poder para analizar su consideración como factor.

Concluye que la SMA debe reconsiderar la capacidad económica como un factor de disminución de la sanción.

Por su parte, la SMA sostiene que siempre en la aplicación de esta circunstancia ha realizado una distinción entre el tamaño económico de la empresa y su capacidad de pago. A continuación,

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

precisa que esta última es considerada de forma eventual, excepcional, y a solicitud expresa del infractor, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que se encuentra en dificultad financiera.

Afirma que consideró el tamaño económico de la empresa como factor de ajuste, puesto que Olivares de Quepu S.A. se encuentra en la categoría de empresa Grande N° 1 y, de acuerdo con lo señalado en las Bases Metodológicas, procede un factor de ajuste por esta circunstancia. Hace presente que la resolución sancionatoria da cuenta del tamaño económico de la empresa, pero por un "error en su texto" se indica que no correspondería una disminución. Agrega que dicho error sólo se circunscribe al texto de la resolución, pero no a la aplicación de la circunstancia, que sí fue incorporada.

En cuanto a la capacidad de pago, sostiene que no fue considerada debido a que es "un aspecto eventual y excepcional", que debe en todo caso ser alegado expresamente por el infractor, lo cual no ocurrió, por lo que, de acuerdo con lo señalado en la resolución reclamada, no procedía ponderar siquiera su aplicación.

Por otra parte, señala que las alegaciones relativas a sobreendeudamiento, flujo deficiente y pérdida acumulada son efectuadas por primera vez en la reclamación judicial, habiendo tenido oportunidad la actora para efectuarlas a través de un recurso de reposición. Agrega que en el procedimiento sancionatorio la empresa entregó información que "no se condice con los estados financieros, que indicarían que los costos son mayores y la producción menor a lo indicado a los estados financieros presentados". Agrega que, sin perjuicio de ello, los estados financieros y la información asociada a los flujos de venta de la empresa, respaldados por la información del SII, en principio darían cuenta que no presentaría dificultades financieras.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Considerando:

Primero Que, atendido que la reclamante no controvierte la configuración ni la clasificación de la infracción, el desarrollo de la parte considerativa de la sentencia se abocará al análisis de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA cuestionadas por la actora, esto es, aquellas señaladas en los literales a), c), e) y f) de dicha disposición legal, y a la proporcionalidad del monto de la multa, conforme a la siguiente estructura:

- I. Determinación del beneficio económico
- II. Ponderación del componente de afectación, en particular, del valor de seriedad asociado a importancia del daño o del peligro ocasionado
- III. Ponderación de la conducta anterior negativa del infractor
- IV. Ponderación de la capacidad económica de la empresa, en particular la capacidad de pago
- V. Proporcionalidad del monto de la multa

Segundo Que, previo al análisis de las alegaciones en particular, cabe tener presente que en doctrina se ha señalado que la consideración y aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA constituye una materialización del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria. En efecto, el profesor Jorge Bermúdez sostiene que: "[...] *la proporcionalidad consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva, a materializar el principio de proporcionalidad, ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho administrativo sancionador*" (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2ª

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014, p. 493).

Tercero Que, el Tribunal ha sostenido respecto de la ponderación de las referidas circunstancias que: "[...] *esta fundamentación permite garantizar la proporcionalidad de la sanción, así como una adecuada defensa al sancionado y la posterior revisión judicial del acto sancionatorio*" (Segundo Tribunal Ambiental, Roles R N° 196-2018, de 1° de junio de 2020, c. 28; N° 206-2019, de 15 de julio de 2020, c. 91; N° 222-2019, de 31 de diciembre de 2020, c. 39).

I. Determinación del beneficio económico

Cuarto Que, Olivares de Quepu S.A. alega que existe una inconsistencia en la estimación del beneficio económico, toda vez que la SMA olvidó descontar de la cifra estimada de ganancias operacionales obtenidas con motivo de la infracción durante el período 2013-2018 -ascendente a 2.157 UTA- la cifra de 1.522 UTA, correspondiente a la estimación de las inversiones realizadas durante los años 2013 y 2014, las cuales fueron expresamente reconocidas en la resolución reclamada.

Quinto Que, señala que las Bases Metodológicas admiten expresamente el descuento del costo de las inversiones realizadas por el infractor para alcanzar el escenario de incumplimiento y establecen que el beneficio económico ilícito debe ser estimado a valor presente asociado al mismo período o fecha en que se cometió la infracción, para luego capitalizar dicho valor hasta la fecha estimada de pago de la multa, descontándole la tasa fijada por la SMA para el caso concreto (10,7%). Agrega que no se observa en la resolución sancionatoria que la SMA haya aplicado dicha tasa de descuento y que el monto del beneficio económico haya sido debidamente capitalizado, circunstancia que evidencia, en mayor medida, el error de cálculo contenido en dicha resolución.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Sexto Que, además, sostiene que la SMA no tuvo en consideración el pago efectuado por Olivares de Quepu S.A. a la empresa Santamaría Chile SpA de la suma equivalente a 307,82 UTA, por la compra de los derechos de dicha sociedad en el contrato de asociación o cuentas en participación suscrito entre ambas el 30 de abril de 2013. Señala que dicha suma corresponde a las inversiones efectuadas, a través del referido contrato, en los años 2013 y 2014, la cual debería ser considerada junto con las 1.522 UTA reconocidas por la SMA como inversiones asociadas a la sobreproducción, para los efectos de descontar dicho costo de la ganancia adicional que determinó. Hace presente, sin embargo, que no se trata de un error ni omisión de la SMA, pues ésta no tenía cómo relacionar el pago de 307,82 UTA a Santamaría SpA con las inversiones asociadas a la sobreproducción de Olivares de Quepu S.A. En todo caso -concluye-, es necesario hacer presente la existencia de dicha inversión, atendido que la correcta determinación del beneficio económico es indispensable para aplicar una sanción que observe la debida proporcionalidad.

Séptimo Que, por su parte, la SMA, en primer lugar, sostiene que existe una discrepancia entre los argumentos expuestos en el cuerpo de la reclamación y el petitorio. En efecto, refiere que las alegaciones relativas a la no aplicación de la tasa de descuento de 10,7% y a la falta de consideración del costo de oportunidad en el cálculo del monto del beneficio económico fueron efectuadas en el cuerpo del escrito, pero no se consideraron en el petitorio, por lo cual no deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal.

Octavo Que, en cuanto al fondo de la alegación, señala que, de acuerdo con las Bases Metodológicas, el beneficio económico de la infracción consideró el valor de las inversiones, aplicó la tasa de descuento, y efectuó los ajustes asociados al costo de oportunidad del dinero.

Noveno Que, sostiene que la infracción imputada configura una hipótesis de beneficio económico obtenido a partir de ganancias ilícitas, considerando que el titular obtuvo ingresos

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

a partir de la producción de aceite y materia prima procesada por sobre los límites autorizados en la RCA N° 196/2003. Hace presente, además, que el total estimado de las ganancias ilícitas del titular equivale a 2.157 UTA, y no 2.197 UTA como señala la reclamante. Refiere que, según lo expuesto en la resolución reclamada, dichos valores no consideran los ajustes asociados a los efectos tributarios de los ingresos generados ni el costo de oportunidad del dinero, que deben calcularse conforme a lo indicado en las Bases Metodológicas.

Décimo Que, además, sostiene que no corresponde que se efectúe el descuento de las ganancias por sobreproducción en la forma de una sustracción simple -como sugiere la reclamante- sino que los montos de estas inversiones se incorporan al modelo de estimación de beneficio económico con el tratamiento correspondiente a una inversión el activo fijo.

Undécimo Que, asimismo, señala que no existe el error numérico invocado por la actora, ya que las 1.500 UTA de beneficio económico fueron calculadas en consideración a los ajustes tributarios y aquellos relativos al costo de oportunidad del dinero. Además, indica que no se vulneró el principio de proporcionalidad ni el fin preventivo de la sanción.

Duodécimo Que, por último, sostiene que la alegación relativa a la no consideración del pago efectuado por Olivares de Quepu S.A. a la empresa Santamaría Chile SpA. debe ser rechazada, por cuanto dicho desembolso no constituye un costo asociado a los ingresos ilícitos, y el pago efectuado no consta de forma alguna en el procedimiento sancionatorio.

Decimotercero Que, previo al análisis de la determinación del beneficio económico, es necesario resolver la alegación de la SMA en orden a excluir del pronunciamiento del Tribunal lo relativo a la aplicación de la tasa de descuento de 10,7% y a la falta de consideración del costo de oportunidad, por haber sido mencionado -según la reclamada- sólo en el cuerpo de la reclamación y no en su petitorio. A juicio del Tribunal, lo sostenido por la reclamada no es efectivo, toda vez que

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

explícitamente el petitorio alude a las argumentaciones señaladas en lo principal de la reclamación -entre las que se incluye aquellas relativas a la referida tasa de descuento y al costo de oportunidad- aun cuando no las haya enumerado, como hizo con las demás peticiones. En efecto, el enunciado del petitorio señala: *"RUEGO A S.S. ILUSTRE: Se sirva tener por presentado en tiempo y forma el presente recurso de reclamación judicial en contra de la R.E. 394/2019, admitirlo a tramitación y acogerlo en todas sus partes, con costas, **en razón de las argumentaciones expuestas en lo principal de esta presentación**"* (destacado del Tribunal). Por consiguiente, esta alegación será descartada.

Decimocuarto Que, resuelto lo anterior, y en cuanto al fondo del asunto, cabe, en primer lugar, tener presente que la determinación de una sanción es una potestad discrecional de la SMA, la cual debe ser ejercida de manera razonada y fundamentada. A juicio del Tribunal, las Bases Metodológicas proporcionan una referencia útil de principios, criterios y conceptos estandarizados aplicables en el contexto de las matemáticas financieras y de la sanción administrativa; contribuyendo a modular los márgenes de discrecionalidad de la SMA y a reforzar el control de la debida fundamentación de la resolución reclamada, constituyendo de esta manera, una garantía para el administrado. En cuanto al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, si bien tiene una base de cálculo numérica/algorítmica, no se resta de lo anterior, constituyendo un componente de la sanción formando parte de las circunstancias definidas en el artículo 40 de la LOSMA, por lo que su contravención tiene como consecuencia que el acto sea ilegal.

Decimoquinto Que, para determinar la trazabilidad del beneficio económico de 1.500 UTA, el Tribunal tuvo presente el método de estimación para el caso de ganancias ilícitas señalado en las Bases Metodológicas, los fundamentos que expone la SMA en la resolución reclamada, el informe evacuado por la SMA, y la información entregada por Olivares de Quepu S.A. a la SMA el 20 de julio de 2018, en virtud del requerimiento de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

información, para el periodo comprendido entre los años 2013 y 2018, disponible en el expediente sancionatorio, y que contempla: i) estado financiero, estado de resultados y estado de flujo efectivo (fojas 1.197 a 1.211); ii) cantidad de materia prima procesada para aceite y aceituna de mesa; producción de aceite de primera y segunda extracción, alperujo producido y alperujo deshidratado, hueso para la venta y autoconsumo (fojas 1.212 a 1.217); iii) ingresos por venta y costos de producción (expresados en pesos chilenos CLP, de 2013 a mayo del 2018); iv) facturas que dan cuenta del costo mensual por retiro de residuos asimilables a residuos domiciliarios y traslado a relleno sanitario, desde enero del 2013 a julio 2018 (fojas 1.222 a 1.413) y cuatro facturas de costo de retiro y disposición de residuos peligros (fojas 1.414 a 1.418); v) resumen histórico de los costos en inversiones realizadas en la industria, desagregada mensualmente desde el año 2003 a mayo 2018 (foja 1.419); vi) gastos de mantención y de operación de la planta de orujo desde 2013 a mayo 2018 (foja 1.420) y de la planta de procesamiento de aceite desde 2011 a mayo 2018 (foja 1.421); vii) listado histórico de inversiones realizadas en la industria desde el año 2003 a mayo 2018, la descripción de la inversión y el valor libro (fojas 1.422 a 1.432); y, viii) gastos incurridos por la empresa para la "tramitación de la DIA" desde el 2010 a junio 2018 (foja 1.503).

Decimosexto Que, las Bases Metodológicas indican que: "Los fundamentos metodológicos para la determinación del beneficio económico asociado a costos retrasados y a costos evitados utilizados por la SMA, toman como referencia el modelo de estimación de beneficio económico desarrollado por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, denominado modelo BEN". Luego, señala que: "En el caso de la determinación del beneficio económico asociado a ganancias ilícitas, ya sea anticipadas o adicionales, su determinación **no es realizada en base a un modelo preestablecido, procediéndose en base a una estimación caso a caso, considerando las particularidades específicas del escenario analizado.** Sin embargo, dicha estimación responde a criterios metodológicos similares a los utilizados para la estimación de beneficio económico por costos

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

retrasados o evitados, los cuales han sido desarrollados por la SMA para su aplicación en este tipo de casos" (p.52) (destacado del Tribunal).

Decimoséptimo Que, en el caso de autos, en el considerando 238 de la resolución sancionatoria, la SMA configura una hipótesis de beneficio económico por ganancias ilícitas, obtenidas por la empresa al operar por sobre los límites autorizados en la RCA N° 196/2003 y sin contar con una nueva. La SMA agrega que: "Ello pues, en el **escenario de cumplimiento**, se entiende que la empresa **no debió haber producido por sobre los límites autorizados sin la obtención previa de la RCA que lo autorizara**. Por tanto, el titular no debió haber percibido ganancias operacionales asociadas a dicha sobreproducción". En el pie de página N° 10, la SMA aclara lo siguiente: "Conforme señalan las Bases Metodológicas, las ganancias ilícitas corresponden al beneficio económico que el infractor obtiene por el hecho de lograr un aumento en sus ganancias en un determinado periodo de tiempo, **el cual no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción o hubiese tenido lugar en otro momento del tiempo**. Estas ganancias se denominan ganancias ilícitas existiendo diversas formas en las cuales ellas pueden ser obtenidas para lo cual su análisis debe ser realizado caso a caso. Sin embargo, es posible definir que, en términos generales, corresponden a aquellas ganancias obtenidas por la generación de **ingresos asociados a una infracción a la normativa o una actividad ilícita**. Este caso puede corresponder a la **realización de una actividad que no cuenta con los permisos correspondientes por parte de la autoridad, una operación por sobre la capacidad permitida, una actividad realizada en un horario, período o circunstancia para la cual existe restricción de operar, una operación que se encuentre sujeta o una determinada condición que no ha sido cumplida, entre otras circunstancias**" (destacado del Tribunal).

Decimoctavo Que, como se señaló en el considerando anterior, la resolución sancionatoria configura la hipótesis por ganancias ilícitas. Sin embargo, **no aclara ni se especifica si se trata de ganancias ilícitas anticipadas o adicionales,**

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

asunto de relevancia debido a que la estimación del beneficio económico para cada caso, si bien se sustenta en los mismos principios y metodología, las expresiones matemáticas financieras que aplican son diferentes (ver siguientes figuras 1 y 2). El cálculo del beneficio económico por ganancias adicionales (figura 2) se diferencia de las ganancias anticipadas (figura 1), en que el escenario hipotético de cumplimiento (que corresponde a “EC_I”) es “0”, es decir, los diferenciales de flujos de caja son nulos. En otros términos, se infiere que las Bases Metodológicas presentan dos hipótesis de ganancia ilícita: anticipada o adicional, las cuales contienen un principio de exclusión entre sí, por lo que resultaría contradictorio conceptualmente que en un mismo caso apliquen ambas hipótesis.

Figura 1: Expresión matemática financiera para el cálculo del beneficio económico por ganancias anticipadas

$$BE = \left(\underbrace{\sum_{i=0}^N \frac{EI_{I+i}}{(1+r)^i}}_{VP\ EscInc_I} - \underbrace{\sum_{i=A-1}^{A-1+N} \frac{EC_{I+i}}{(1+r)^i}}_{VP\ EscCump_I} \right) * \underbrace{(1+r)^{(M-I)}}_{\text{Factor de capitalización al periodo de pago de multa}}$$

Se denomina:

- BE = beneficio económico.
- VP EscInc_I = valor presente de los flujos del escenario de incumplimiento.
- VP EscCump_I = valor presente de los flujos del escenario de cumplimiento.
- EI = diferencial de flujo de caja neto en escenario de incumplimiento.
- EC = diferencial de flujo de caja neto en escenario de cumplimiento.
- r = tasa de descuento.
- N = Número de periodos en los cuales se perciben ingresos por la actividad ilícita.
- A = Periodo a partir del cual la actividad que permite la obtención de las ganancias hubiese sido lícita.
- M = Periodo de pago de la multa.
- I = Periodo en que se comenzó a percibir ingresos producto de la actividad ilícita.
- i = índice que da cuenta de los periodos de tiempo.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Figura 2: Expresión matemática financiera para el cálculo del beneficio económico por ganancias adicionales

$$BE = \left(\sum_{i=0}^N \frac{EI_{1+i}}{(1+r)^i} \right) * (1+r)^{(M-I)}$$

VP EscInc_i

Factor de capitalización
al periodo de pago de multa

Fuente: Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, actualización 2017. p. 98 y 99.

Decimonoveno Que, con relación a lo anterior, el considerando 228 de la resolución sancionatoria señala que: “De esta forma, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción equivaldrá al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella. Por ello, para su determinación será necesario configurar dos escenarios económicos a. **Escenario de cumplimiento:** consiste en la situación hipotética en que el titular no hubiese incurrido en la infracción. De esta forma, **en este escenario los costos o inversiones necesarios para cumplir la normativa son incurridos en la fecha debida**, y no se realizan actividades no autorizadas, susceptibles de generar ingresos. b. **Escenario de incumplimiento:** corresponde a la situación real, con infracción. Bajo este escenario, **los costos o inversiones necesarios para cumplir la normativa son incurridos en una fecha posterior a la debida o definitivamente no se incurre en ellos**, y se ejecutan actividades susceptibles de generar ingresos, que no cuentan con la debida autorización” (destacado del Tribunal).

Vigésimo Que, de lo expuesto anteriormente, el Tribunal analizará el tipo de ganancias ilícitas que corresponde aplicar a Olivares de Quepu S.A. Para ello, cabe consignar que las Bases Metodológicas indican en el pie de página N° 43 (p.38), que los conceptos de beneficio por ganancias anticipadas y beneficio por ganancias adicionales son “**conceptos desarrollados por la propia SMA**”; y que se entiende como

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

beneficio por ganancias anticipadas a aquel que deriva de ingresos que, en ausencia de la infracción, hubiesen sido obtenidos con posterioridad. Por su parte, el beneficio por ganancias adicionales es aquel que deriva de ingresos que, en ausencia de la infracción, no habrían sido obtenidos en ningún momento. Se observa que la diferencia entre ambos conceptos es la temporalidad asociada al momento de obtención o no de dichas ganancias, por lo que son conceptos en teoría excluyentes, es decir, solo puede aplicarse uno de dichos conceptos en cada caso (destacado del Tribunal).

Vigésimo primero Que, a mayor abundamiento, lo anterior es explicado en las Bases Metodológicas, al señalar, a modo de ejemplo, casos en que se configura un beneficio económico por ganancias ilícitas adicionales o por ganancias anticipadas (ver los pies de página N° 44 y 45, p. 38). Dichos ejemplos, permiten constatar el análisis del Tribunal sobre el principio excluyente entre ambos conceptos, con el consecuente efecto práctico que se produce al aplicar el cálculo matemático financiero, que para el caso de ganancias adicionales el escenario hipotético de cumplimiento es igual a cero; y en el caso de ganancias anticipadas, se requiere realizar el supuesto de una fecha de obtención de los respectivos permisos o validaciones requeridas para operar, y suponer algún costo incurrido por la gestión asociada a dichos permisos.

Vigésimo segundo Que, de acuerdo con la resolución sancionatoria, el hecho constitutivo de la infracción para el caso *sub lite*, fue la "modificación de proyecto 'Planta de Aceite Olivares de Quepu S.A.', en el sector de Quepo, comuna de Pencahue, **sin contar con resolución de calificación ambiental**, lo que se expresa en: i) **Sobreproducción de aceite y materia prima procesada**, y aumento de la superficie construida asociada a las instalaciones del proyecto, incrementando sustantivamente emisiones, descargas y residuos producidos; ii) Operación de un nuevo sistema de disposición de residuos industriales líquidos, cuyos efluentes se utilizan para riego; iii) Operación de un nuevo sistema de tratamiento y disposición de alperujo" (destacado del Tribunal). De esta

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

forma, el cargo corresponde a elusión al SEIA y modificaciones al proyecto.

Vigésimo tercero Que, teniendo presente lo expuesto, en el caso de autos es plausible interpretar lo siguiente: i) hubo una obtención de **ganancias adicionales** por concepto de sobreproducción de aceite y materia prima, que, en ausencia de la infracción, no habría sido obtenido en ningún momento; y, ii) se obtuvieron **ganancias anticipadas** por la operación del proyecto sin contar con la RCA exigida para este tipo de proyecto, que, en ausencia de la infracción, hubiese sido obtenida con posterioridad. Se observa que, ambas hipótesis de ganancias ilícitas aplican simultáneamente generando un problema conceptual respecto de la aplicación de las Bases Metodológicas. Además, generan un problema práctico, dado que las expresiones matemáticas financieras para calcular el beneficio económico por ganancias adicionales o anticipadas son diferentes.

Vigésimo cuarto Que, dado que la resolución sancionatoria no indica qué tipo de ganancia ilícita utilizó para el cálculo del beneficio económico; y que aparentemente para el caso de autos aplican los dos conceptos de ganancias ilícitas: adicionales o anticipadas, se procede a analizar el beneficio económico considerando ambos conceptos. Para esto -como se ha indicado-, en la determinación del beneficio económico se contraponen dos escenarios, uno hipotético de cumplimiento y uno de no cumplimiento. En la práctica, para cada uno de ellos se ordena la información disponible y se calcula, aplicando operaciones matemáticas financieras, el valor económico de estos escenarios a través de un flujo de caja, en el periodo de tiempo en que se cometió la infracción.

Vigésimo quinto Que, en relación con lo anterior, las Bases Metodológicas indican que: *"La estimación del valor económico de los escenarios antedichos, se basa en diferentes consideraciones, que tienen relación con los efectos tributarios de los costos e ingresos involucrados, así como con los efectos de la inflación y el tipo de cambio, según*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

corresponda. Asimismo, dado que cada escenario involucra flujos económicos que ocurren en diferentes momentos del tiempo, un concepto clave para efectos de la estimación del beneficio económico es el costo de oportunidad del dinero para el infractor". Dicho costo oportunidad corresponde a la tasa de descuento o de capitalización.

Vigésimo sexto Que, además, las Bases Metodológicas señalan que: *"Estos costos o ingresos, según corresponda, son estimados por la SMA en base a la mejor información disponible, la cual puede provenir de los antecedentes presentes en el mismo u otros procedimientos sancionatorios, información públicamente disponible, cotizaciones, requerimientos o solicitudes de información al infractor, así como de otras fuentes de información que permitan realizar las estimaciones o proyecciones que correspondan"* (p.53). En el presente caso, la reclamante remitió la información que fue requerida por la SMA, que consta en el expediente sancionatorio y que se hace referencia a ella, en los considerandos 240 y 243 de la resolución sancionatoria.

Vigésimo séptimo Que, para determinar el periodo de la infracción de las ganancias ilícitas, la SMA justifica que el titular realizó modificaciones, al menos, desde el 2005 en adelante, y que la conducta ilícita se inició con anterioridad a su entrada en funciones, por lo cual corresponde considerar como periodo de infracción sólo el comprendido entre 2013 y 2018.

Vigésimo octavo Que, para fundamentar lo anterior, la resolución sancionatoria indica, en su considerando 233, lo siguiente: *"Ello en base a los antecedentes observados en forma previa a la formulación de cargos, en los cuales consta que el titular realizó modificaciones al proyecto al menos desde el año 2005, y hasta la fecha, sin contar con la debida evaluación ambiental"*. Luego, agrega en su considerando 239 que: *"Ahora bien, los antecedentes que obran en el presente procedimiento sancionatorio establecen que la conducta ilícita se inició con anterioridad a la entrada en funciones de la SMA, y que esta*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

persiste hasta el presente, configurando una Infracción continua para efectos de la estimación del beneficio económico obtenido. Por tanto, corresponde considerar, para efectos del análisis del beneficio económico, las ganancias ilícitas obtenidas en el periodo comprendido entre los años 2013 a 2018".

Vigésimo noveno Que, de esta forma, la reclamada acota el flujo de caja financiero para el cálculo del beneficio económico al periodo 2013-2018, omitiendo el periodo anterior, del 2005 al 2013, y con esto, cualquier posible efecto en el flujo de caja producto de alguna inversión en activos fijos, costos operacionales o ingresos, o el efecto tributario o de depreciación realizado en él, que pudiera influir posteriormente en la obtención de las ganancias ilícitas.

Trigésimo Que, en todos los aspectos controvertidos, la SMA indica que el beneficio económico fue correctamente determinado aplicando las Bases Metodológicas. En efecto, señala que no existe un error numérico, ya que consideró el monto de inversión por activo fijo de \$882.454.891.- equivalente a 1.522 UTA, de los años 2013 y 2014, los ajustes tributarios, el costo de oportunidad del dinero y la capitalización al periodo de pago de la multa, resultando el beneficio económico en 1.500 UTA.

Trigésimo primero Que, la SMA detalla, en los considerandos 242 a 249 de la resolución sancionatoria, cómo procesó la información para obtener el monto de las ganancias ilícitas, el que corresponde a la ganancia unitaria promedio de cada producto comercializado por la cantidad estimada de sobreproducción para el periodo 2013-2018, resultando como ganancia ilícita el monto total de \$1.250.093.539.-, equivalente a 2.157 UTA (expresadas en el valor de la UTA a febrero de 2019, de \$579.660.-); y no 2.197 UTA, como señala erróneamente la reclamante en algunas partes de su libelo.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Trigésimo segundo Que, el monto de 2.157 UTA de ganancias ilícitas consideró los ingresos obtenidos a partir del aceite de primera y segunda extracción, el hueso para venta y el alperujo deshidratado vinculados a la producción por sobre el límite autorizado, así como también sus correspondientes costos de producción.

Trigésimo tercero Que, en relación con el cálculo del monto de las ganancias ilícitas, la SMA se refiere en la resolución sancionatoria a inconsistencias que encuentra al utilizar la información de responsabilidad del reclamante; y señala cómo procederá ante la falta de certeza. Es así como, en el considerando 253 indica que *"Por otro lado, es importante destacar que realizado el análisis de la información proporcionada por el titular, respecto de los ingresos y costos desagregados por producto, es posible apreciar que esta no es concordante con la información respecto a ingresos y costos, contenida en los Estados de Resultado de los años 2013 a 2017, remitidos por la empresa en el marco de sus Estados Financieros"; y agrega que: "no es posible determinar los motivos por los cuales se generaron diferencias de tal magnitud entre los datos entregados...Ante dicha falta de certeza respecto del origen de tal diferencia, se considerará la información de ingresos y costos ya descrita para la estimación de las ganancias ilícita"*.

Trigésimo cuarto Que, entre los considerandos 241 y 250 de la resolución sancionatoria, la SMA explica detalladamente cómo calculó las ganancias ilícitas para el periodo 2013-2018 -\$1.250.093.539 equivalente a 2.157 UTA- monto que, a juicio del Tribunal, se haya debidamente fundamentado y es posible de reproducir.

Trigésimo quinto Que, a partir de la descripción que se expone en las Bases Metodológicas, es posible afirmar que el cálculo del beneficio económico no reviste complejidad en las operaciones matemáticas financieras que se requiere aplicar, bajo el supuesto que la SMA en su resolución sancionatoria fundamente y explicita, a lo menos, los criterios que permiten

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

configurar los escenarios de ganancias ilícitas, tanto de incumplimiento como también el escenario hipotético de cumplimiento.

Trigésimo sexto Que, al respecto este Tribunal ha señalado que "[...] *la discrecionalidad del órgano que determina una sanción exige que el mismo la fundamente adecuadamente, mandato de todo acto administrativo, pero no puede pretenderse que todas las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA sean traducibles en números ciertos y predeterminados, ya que la predictibilidad total de la sanción puede mermar los fines preventivo y disuasivo de la pena, conforme los principios del derecho administrativo sancionador, y podría llevar incluso al escenario que el infractor calcule si económicamente le conviene más infringir que ser sancionado. La posibilidad que se arribe a ese ejercicio hipotético debe ser evitado, ya que distorsiona las bases mismas del régimen sancionatorio establecido en la LOSMA*" (considerando 63 de la sentencia dictada en causa Rol R N°195-2018, que replica lo prevenido por el Ministro señor Ruiz en sentencia de causa Rol R N°174-2018).

Trigésimo séptimo Que, ahora bien, con el fin de construir el flujo de caja financiero de ambos escenarios y así trazar el beneficio económico, el Tribunal revisó todos los aspectos declarados por la SMA y siguió los criterios de las Bases Metodológicas para ganancias ilícitas. En particular, como se señaló antes, se consideró que la SMA dice configurar un escenario de cumplimiento, es decir, un escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental en una fecha debida, así como también, configura un escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete continuamente la infracción. De la misma manera, la SMA declara algunos elementos relevantes para la estimación del flujo financiero, a saber: una tasa de descuento de 10,7%; una fecha de pago de la multa que corresponde al 5 de abril de 2019; y el valor de la UTA al mes de febrero de 2019 (considerando 231).

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Trigésimo octavo Que, la SMA sostiene en la resolución sancionatoria que: *"En este orden de ideas, en primer lugar, el escenario de cumplimiento en el presente caso será aquel en que el titular habría ingresado el proyecto de modificación de la planta de aceite al SEIA, y obtenido la debida calificación favorable, en forma previa a la ejecución del proyecto modificado"* (c. 236); y, luego, agrega que en *"el escenario de cumplimiento, se entiende que la empresa no debió haber producido por sobre los límites autorizados sin la obtención previa de la RCA que lo autorizara. Por tanto, el titular no debió haber percibido ganancias operacionales asociadas a dicha sobreproducción"* (c. 238). Sin embargo, la SMA no declara aspectos esenciales para calcular el flujo de caja del escenario hipotético de cumplimiento, tales como el costo no recurrente para la elaboración y tramitación de la autorización ambiental y la fecha hipotética en que se debió realizar dicha gestión. Es decir, tales aspectos -el costo y la fecha- no son explicitados en la resolución sancionatoria.

Trigésimo noveno Que, para abordar lo anterior y dado que la SMA consideró, para efectos del análisis del beneficio económico por ganancias ilícitas, el periodo 2013-2018 (c. 239 de la resolución sancionatoria), la fecha hipotética para contar con la calificación ambiental favorable debió ser el año 2013. Si bien en términos jurídicos es correcto el criterio aplicado, consta en el expediente sancionatorio que se realizaron modificaciones al proyecto al menos desde el año 2005 en adelante, asunto que corrobora la propia SMA (c. 233). En términos de las matemáticas financieras, esto implica que el flujo de caja desde antes del año 2013 se ve influenciado por el efecto de la aplicación de las distintas variables, que comprenden: costos incurridos, inversiones asociadas a la sobreproducción, depreciación, impuestos, entre otras; efecto que no es internalizado en la determinación de la sanción, siendo el flujo de caja acotado desde el periodo 2013 al 2018.

Cuadragésimo Que, luego, la resolución expone que: *"Por lo tanto, es posible concluir que en un escenario de cumplimiento -donde el titular no debió producir por sobre los límites*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

*autorizados-, el infractor del presente caso no debió haber obtenido las ganancias señaladas, asociadas a la sobreproducción, ni haber incurrido en inversiones que le permitieran un aumento de producción, **sino hasta haber obtenido la calificación ambiental favorable**" (c. 256) (destacado del Tribunal).*

Cuadragésimo primero Que, siguiendo lo señalado en las Bases Metodológicas para el caso de ganancias ilícitas, el Tribunal analizó todas las posibles opciones para estimar el beneficio económico, considerando: el escenario hipotético de cumplimiento y el de no cumplimiento; las ganancias ilícitas para el periodo 2013-2018; los montos de inversión por activo fijo por un total de \$882.454.891.- equivalente a 1.522 UTA, de los años 2013 y 2014 (que se exponen en los considerandos 254 y 255 de la resolución sancionatoria y que dice la SMA incluyó en el cálculo); el efecto de la depreciación en el tiempo sobre los activos fijos; los respectivos ajustes tributarios; la tasa de descuento de 10,7% que permite calcular el valor presente a la fecha en que se cometió la infracción y capitalizar al periodo de pago de la multa (5 de abril de 2019).

Cuadragésimo segundo Que, no obstante todo lo anterior, no fue posible trazar, reproducir ni aproximarse al valor de 1.500 UTA, por concepto de beneficio económico, determinado en la resolución sancionatoria.

Cuadragésimo tercero Que, en este sentido, la resolución sancionatoria señala que las inversiones en activos fijos que fueron consideradas corresponden a aquellas de los años 2013 y 2014 por un monto total de 1.522 UTA. Destaca el considerando 254 que: "*la empresa acompañó información del total de inversiones realizadas en el periodo comprendido entre septiembre de 2003 a mayo de 2018. Entre ellas, se encuentran las inversiones asociadas a la infraestructura y sistemas que permitieron el aumento de producción de la planta*". A continuación, el considerando 255 sostiene que: "*el detalle de las partidas de costos informados, y el periodo en que se da*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

inicio a la producción por sobre lo autorizado, se consideran para la estimación la totalidad de los costos de inversiones realizadas entre los años 2013 y 2014, como costos de inversiones asociadas a la sobreproducción, entre los que se incluyen edificios e infraestructura relacionados con la producción de aceite de oliva estanques, maquinarias, planta de orujo y planta de riles. Bajo estas consideraciones, las inversiones asociadas a la sobreproducción que se contemplan en la estimación ascienden a un total de \$882.454.89127 equivalentes a 1.522 UTA". Por su parte, en una nota a pie de página, señala que el monto total "corresponde a la suma de las Inversiones en 2013 por \$338.440.207, y las inversiones en 2014 por \$544.014.684".

Cuadragésimo cuarto Que, a pesar de que constan en el expediente administrativo otras inversiones en activos fijos efectuadas antes y durante el periodo 2013-2018, la SMA consideró sólo aquellas que justificó como aumento de la sobreproducción equivalentes a un monto total de 1.522 UTA realizadas en los años 2013 y 2014. Sin embargo, la resolución sancionatoria no fundamenta el descarte de otras inversiones en activos fijos declaradas por la empresa, que podrían eventualmente influir o generar las condiciones para una sobreproducción, o bien para la ampliación o los propios procesos de la planta.

Cuadragésimo quinto Que, a mayor abundamiento, si se considera el modelo de diferencial de flujo de caja de un escenario genérico que se presenta en las Bases Metodológicas, y que se muestra en la siguiente figura 3, consta en el expediente administrativo que Olivares de Quepu S.A. entregó, en virtud del requerimiento efectuado por la SMA, información sobre costos no recurrentes y recurrentes que se registraron durante el periodo 2013-2018, relacionados con: i) gastos para elaborar una DIA (foja 1.503); ii) gastos de mantención y operación de la planta de orujo y de la planta de procesamiento de aceite (fojas 1.420 y 1.421); y, iii) gastos por retiro de residuos asimilables a residuos domiciliarios (fojas 1.222 a 1.413), entre otros. Tales costos si bien no inciden directamente en

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

la obtención de las ganancias ilícitas, forman parte del estado de flujo efectivo producto de la operación y gestión desarrollada en la Planta, por lo que el criterio de estimación caso a caso que se declara en la Bases Metodológicas para ganancias ilícitas, podría o no incluir, fundadamente, alguno o todos los costos en el flujo de caja y en el cálculo del beneficio económico. El Tribunal analizó ambas opciones, es decir, con y sin los costos no recurrentes y recurrentes, y en ningún caso fue posible trazar o aproximarse al valor de beneficio económico de 1.500 UTA.

Figura 3: Diferencial de flujo de caja en un escenario genérico

Diferencial Flujo de Caja Escenario Genérico	P	P+1	P+2	--	P+N
Ganancia Ilícita	GI_P	GI_{P+1}	GI_{P+2}		GI_{P+N}
Costos no recurrentes y no depreciables	$-C_P$				
Costos anuales recurrentes		$-CR_{P+1}$	$-CR_{P+2}$		$-CR_{P+N}$
Depreciación activo fijo		$-d$	$-d$		
Diferencial base imponible	$GI_P - C_P$	$GI_{P+1} - CR_{P+1} - d$	$GI_{P+2} - CR_{P+2} - d$		$GI_{P+N} - CR_{P+N} - d$
Diferencial impuestos	$-(GI_P - C_P) * T_P \%$	$-(GI_{P+1} - CR_{P+1} - d) * T_{P+1} \%$	$-(GI_{P+2} - CR_{P+2} - d) * T_{P+2} \%$		$-(GI_{P+N} - CR_{P+N} - d) * T_{P+N} \%$
Diferencial de utilidad después de impuestos	$(GI_P - C_P) * (1 - T_P \%)$	$(GI_{P+1} - CR_{P+1} - d) * (1 - T_{P+1} \%)$	$(GI_{P+2} - CR_{P+2} - d) * (1 - T_{P+2} \%)$		$(GI_{P+N} - CR_{P+N} - d) * (1 - T_{P+N} \%)$
Ajuste por depreciación		d	d		
Inversión en activo fijo	$-I_P$				
Diferencial de Flujo de Caja neto en Escenario Genérico (Ei)	$(GI_P - C_P) * (1 - T_P \%) - I_P$ $= E_{P+0}$	$(GI_{P+1} - CR_{P+1} - d) * (1 - T_{P+1} \%) + d * T_{P+1} \%$ $= E_{P+1}$	$(GI_{P+2} - CR_{P+2} - d) * (1 - T_{P+2} \%) + d * T_{P+2} \%$ $= E_{P+2}$		$(GI_{P+N} - CR_{P+N} - d) * (1 - T_{P+N} \%)$ $= E_{P+N}$

Fuente: Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones
Ambientales, actualización 2017. p.89.

Cuadragésimo sexto Que, también a mayor abundamiento, el análisis del Tribunal está en consonancia con las conclusiones del 'Informe Técnico-Económico de la Resolución Exenta N° 394, de 20 de marzo de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) que sanciona a Olivares de Quepu' (en adelante, "el Informe Técnico-Económico"), el cual fue elaborado por CEO Partners, y acompañado en autos por la reclamante -el que rola a fojas 129 y siguientes-. Siguiendo las Bases Metodológicas, dicho documento reproduce la estimación de las ganancias ilícitas equivalente a 2.157 UTA para el periodo 2013 al 2018. Sin embargo, sostiene que: "es imposible llegar al valor de 1.500 UTA y no se aprecia que la SMA haya descontado el valor de la inversión en su determinación del Beneficio Económico".

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Cuadragésimo séptimo Que, el Tribunal constató que el cálculo presentado en el Informe Técnico-Económico consideró el periodo 2013-2018, aplicó la tasa de descuento de 10,7% e incluyó el monto de las inversiones en activos fijos de los años 2013 y 2014. En efecto, calculó a valor presente al periodo en que la SMA asume que se comete la infracción (2013) y, luego, dicho valor fue capitalizado a la fecha estimada de pago de la multa (2019), resultando el beneficio económico en \$257.640.238 equivalentes a 444 UTA; valor muy por debajo a lo estimado por la SMA de 1.500 UTA.

Cuadragésimo octavo Que, el Tribunal destaca que dicha estimación de 444 UTA no se ajustó la inversión de los activos fijos por la depreciación en el tiempo ni tampoco incluyó el efecto tributario y sólo consideró el escenario de incumplimiento. No obstante, cabe hacer presente que en caso de que se hubiese aplicado dichos efectos, el monto del beneficio económico todavía resultaría menor a las 1.500 UTA estimadas por la SMA.

Cuadragésimo noveno Que, a partir del análisis expuesto por el Tribunal, se concluye que el cálculo del beneficio económico que realizó la SMA en la resolución sancionatoria, no se encuentra debidamente fundado, lo cual implica que no cumple el estándar de motivación exigido por el artículo 41 inciso cuarto de la Ley N° 19.880.

Quincuagésimo Que, por su parte, la alegación relativa al pago efectuado por la reclamante a la empresa Santamaría Chile SpA en virtud de un contrato de asociación o cuentas en participación será rechazada, atendido que -como la actora reconoce en el libelo- se trata de un antecedente no planteado en sede administrativa, y que recién se invocó en esta sede, por lo cual no era posible que fuera considerado por la SMA, la que malamente pudo haber incurrido en una ilegalidad por ello.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Quincuagésimo primero Que, a partir de lo razonado en este acápite, el Tribunal concluye que: i) si bien es posible determinar el monto de la ganancia ilícita en CLP 1.250.093.539.-, equivalente a 2.157 UTA, no es trazable el cálculo de 1.500 UTA de beneficio económico que efectuó la SMA, por lo que el acto administrativo carece de la suficiente motivación; ii) en todo caso, la falta de la debida motivación no implica que la SMA deba reflejar en la resolución sancionatoria un nivel de detalle total, sino proporcionar los elementos o descripción que permitan trazar o reproducir el beneficio económico de la multa; y, iii) no se puede reprochar a la SMA el no haber descontado las 307,82 UTA correspondiente al desembolso en que incurrió Olivares de Quepu S.A. en virtud del contrato celebrado con la empresa Santamaría Chile SpA, puesto que éste no fue acompañado en el procedimiento sancionatorio.

Quincuagésimo segundo Que, la falta de motivación de la resolución sancionatoria en la determinación del beneficio económico constituye un vicio de legalidad del acto administrativo, al transgredir el deber de fundamentar las resoluciones, exigido por el artículo 41 inciso cuarto de la Ley N° 19.880, en perjuicio de la parte reclamante, por lo cual la alegación, y en consecuencia la reclamación, serán acogidas.

**II. Ponderación del componente de afectación, en particular,
del valor de seriedad asociado a la importancia del daño o
del peligro ocasionado**

Quincuagésimo tercero Que, la reclamante cuestiona la ponderación que efectuó la SMA respecto del componente de afectación, en particular, el valor de seriedad asociado a la circunstancia del artículo 40 letra a) de su Ley Orgánica, esto es, "*la importancia del daño o del peligro ocasionado*". En efecto, señala que, contrariamente a lo afirmado por la SMA, en el procedimiento sancionatorio existen antecedentes

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

objetivos para concluir que no se verificaron consecuencias negativas directas asociadas a la infracción.

Quincuagésimo cuarto Que, sostiene que la SMA se contradice al descartar, por una parte, la verificación de un daño a consecuencia de la infracción -entendido dicho concepto en forma amplia- y, por otra, al estimar que se provocó un riesgo.

Quincuagésimo quinto Que, hace presente que acompañó en sede administrativa el Estudio Técnico CER, con el propósito de acreditar la inexistencia de efectos ambientales negativos -incluyendo su riesgo de ocurrencia- respecto de los componentes ambientales suelo y aguas superficiales y subterráneas, a fin de descartar la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA. Además, señala que en los descargos acompañó estudios técnicos a propósito de la evaluación de la DIA del nuevo proyecto, vigentes y validados desde el punto de vista ambiental por los organismos sectoriales competentes, según da cuenta la RCA N° 60/2019.

Quincuagésimo sexto Que, afirma que la conclusión del Estudio Técnico CER es "*enfática*" en orden a que no hubo consecuencias negativas que pudieren haber sido ocasionadas por el almacenamiento de alpechín o por la disposición de alperujo y orujo en el tiempo, siendo de toda lógica descartar la existencia de un "*peligro concreto*", "*real*" o "*inminente*" respecto de los componentes suelo y agua. Agrega que la SMA desestimó dicho estudio exigiendo, para descartar la verificación del criterio de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, un estándar que "*se aleja de toda razonabilidad*". Precisa que la reclamada estimó que el estudio, al ser "*relativamente reciente*", no contaba con información del tiempo intermedio en que el titular operó las modificaciones sin evaluación ambiental.

Quincuagésimo séptimo Que, asimismo, señala que afirmar sin justificación que la operación de las instalaciones de la planta generaba por sí misma un peligro, no se condice con la realidad conforme ha quedado en evidencia con la dictación de

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

la RCA N° 60/2019. En efecto, refiere que, a la fecha de dictación de la resolución sancionatoria, se encontraba disponible en el expediente de evaluación el ICE del proyecto de regularización, acreditando que: cumple con la legislación aplicable; sus acciones de control son adecuadas; y no requiere de medidas de mitigación ni de compensación.

Quincuagésimo octavo Que, también sostiene que los supuestos considerados por la SMA para ponderar la importancia del daño o del peligro ocasionado, incluyendo el riesgo asociado a la operación de un nuevo sistema de disposición de residuos líquidos y sólidos, se circunscriben a un marco teórico y bibliográfico alejado de la realidad concreta del proyecto. Señala que, aun cuando acompañó en el procedimiento sancionatorio los antecedentes concretos y efectivos que permiten dimensionar objetivamente el riesgo, la SMA prescindió de ellos, estimando que se produjo un riesgo de "*moderada entidad*", lo cual no resulta razonable. Atendido lo anterior, solicita se circunscriba la seriedad de la infracción en la Categoría N° 1 de las Bases Metodológicas, esto es, un "*riesgo de mínima entidad*".

Quincuagésimo noveno Que, en tanto, la SMA señala que en la resolución sancionatoria se indicó que no existían antecedentes que permitieran confirmar la generación de daño o consecuencias negativas directas producto de la infracción, pero sí que se generó un peligro al medio ambiente, el cual se evidencia en la información proporcionada en la evaluación ambiental del proyecto de regularización de las instalaciones de la planta. Refiere que la evaluación de dicho proyecto fue considerada en el análisis de los riesgos asociados a la generación y descarga de residuos líquidos y sólidos. Sin embargo, sostiene que en ella no se evalúan los posibles daños ni riesgos que el proyecto pudo generar con motivo de la elusión y que la evaluación se hace respecto de la situación actual, al momento de presentación de la DIA, no considerando el período en que el proyecto se mantuvo en infracción.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Sexagésimo Que, señala también que fue ponderada exhaustivamente la información contenida en el Estudio Técnico CER, el cual permite descartar la existencia de un daño, pero no del peligro ocasionado por la infracción durante el lapso constatado, por lo que procedió a evaluar esta circunstancia. En efecto, indica que el estudio analiza los daños efectivos en el suelo y no los riesgos que pudo generar el nuevo sistema de disposición de residuos sólidos y que, además, sólo se refiere a la disposición del alperujo y no al nuevo sistema de disposición de residuos líquidos. Agrega que dicho estudio no puede reemplazar una evaluación integral realizada en el contexto del SEIA con intervención de todos los actores y servicios involucrados.

Sexagésimo primero Que, de esta forma, expone que se ponderaron correctamente los antecedentes del procedimiento sancionatorio para la determinación del valor de seriedad del componente de afectación, estimándose que la operación de la Planta generó riesgos a los componentes ambientales suelo y agua, asociados a la operación del nuevo sistema de disposición de residuos líquidos y del nuevo sistema de tratamiento y disposición de residuos sólidos.

Sexagésimo segundo Que, respecto al riesgo asociado a la operación del nuevo sistema de disposición de residuos líquidos, señala que el 'Plan de aplicación de residuos líquidos al suelo', de la empresa Solutos Ingeniería y Proyectos, acompañada en la Adenda 1, da cuenta de la superación de los parámetros de la Guía del SAG. Respecto del alpechín, agua vegetal, se superarían las concentraciones máximas del parámetro DBO5, el pH se encuentra bajo el valor mínimo, y el agua de lavado superaría las concentraciones máximas de los parámetros DBO5 y fenoles. Agrega que se recurrió a las especificaciones técnicas señaladas en la referida Guía, debido a que la reclamante no proporcionó antecedentes válidos respecto de la calidad de los RILes acumulados y dispuestos. Además, refiere que no contó con información respecto a la calidad de los residuos líquidos acumulados y dispuestos durante el período en que la empresa

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

estuvo en elusión (más de 10 años). Sostiene que, atendido que pudo estimar una tasa de riego de 20.678 L/ha/año, en una superficie de 757 ha, correspondientes a las plantaciones de olivo, -de la cual se desconocen sus efectos sobre el cultivo y el suelo- que no han sido evaluados, no cabe sino concluir que la reclamante generó un riesgo al operar, sin previa evaluación ambiental, el nuevo sistema de disposición de RILES.

Sexagésimo tercero Que, en lo que se refiere al riesgo asociado a la operación del nuevo sistema de disposición de residuos sólidos, señala que, sobre la base de los antecedentes presentados por la reclamante en el procedimiento de evaluación del proyecto de regularización de la planta, y a las propiedades fisicoquímicas del alperujo informadas por la empresa, se consideró que el riesgo generado sobre el suelo era de 'moderada entidad'. Agrega que también consideró el Informe Técnico CER, por medio del cual fue posible concluir que no se evidenció un deterioro relacionado con la aplicación del alperujo al suelo, pero que dicho Estudio no permitió descartar que la elusión de este nuevo sistema de disposición de residuos sólidos generara riesgos al medio ambiente.

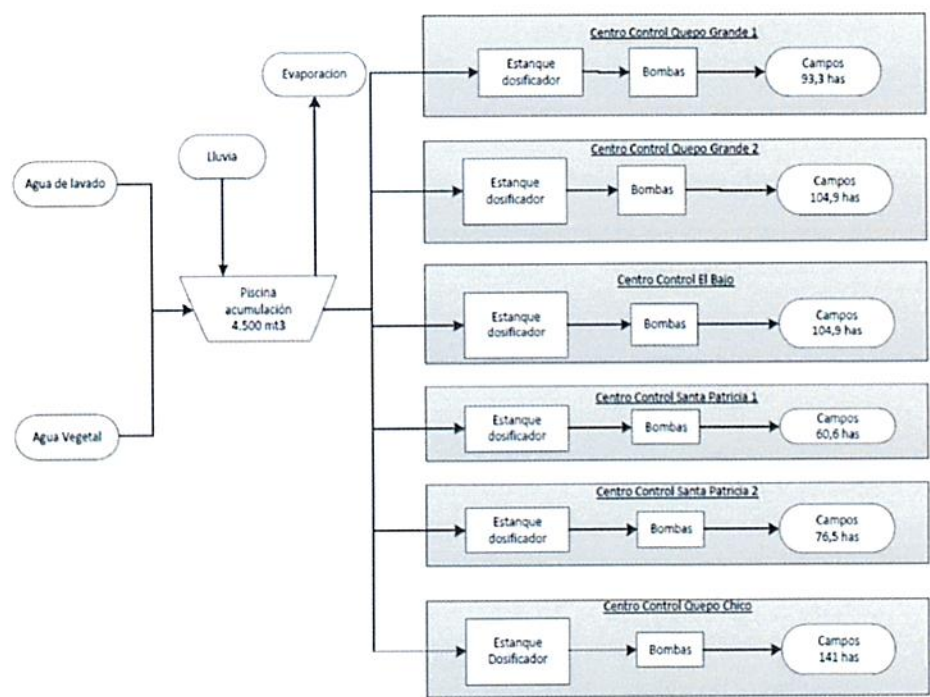
Sexagésimo cuarto Que, para la resolución de la controversia, el Tribunal consideró, entre otros antecedentes, el Anexo 4 de la Adenda Complementaria del proyecto de regularización, que concluyó con la dictación de la RCA N°60/2019, el cual presenta un 'Plan de Aplicación de Residuos Líquidos al Suelo', el que utilizó como referencia la Guía del SAG para la definición y evaluación de los parámetros de interés de uso de efluentes al suelo. En dicho anexo se indica que: *"en la etapa de la producción de aceite de segunda extracción se genera el alpechín o agua vegetal contenida en la aceituna. Estas aguas son ricas en nutrientes como potasio, y materia orgánica (Muncharaz P, Cabrera F, 1995), lo que genera una oportunidad de aprovechamiento en los suelos marginales donde se ubica el proyecto. Sin embargo, según los mismos autores, estas aguas contienen algunos elementos negativos como alta DBO5 y compuestos fenólicos, lo que hace necesario un acondicionamiento previo a ser dispuesto como fertirriego.*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Estos residuos líquidos serán acumulados temporalmente en una piscina impermeable, para luego en época estival ser dispuestos como fertirriego a los campos de olivos aledaños al proyecto, de acuerdo con las exigencias definidas por el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) en la Guía de evaluación ambiental referente a Aplicación de Efluentes al Suelo" (destacado del Tribunal).

Sexagésimo quinto Que, cabe considerar, además, que la Adenda complementaria de la DIA del proyecto de regularización, en el 'Plan de Aplicación de Residuos Líquidos al Suelo', describe el proceso de la planta, el cual incluye una piscina de acumulación que recibe las aguas de lavado y el agua de proceso vegetal, efluente que luego es conducido a seis centros de distribución de riego. Cada centro dispone de un estanque dosificador para proceder a regar las hectáreas correspondientes, con el dosificador se logra cumplir con las dosis autorizadas para efluentes usados para riego. Lo anterior da cuenta que la regularización de la Planta incluye el acondicionamiento y manejo de los residuos líquidos con el objeto de cumplir con la calidad exigida para su uso como fertirriego (Ver Figura 4).

Figura 4: Diagrama de disposición de RILES en seis centros de control de riego de la Planta Olivares de Quepu.



Fuente: Anexo 4 de la Adenda Complementaria del proyecto de regularización, que concluyó con la dictación de la RCA N°60/2019.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Sexagésimo sexto Que, además, se tuvieron a la vista los antecedentes del 'Estudio Técnico CER', el cual define claramente su alcance y objetivo, a saber, la determinación del estado actual de los suelos bajo la aplicación del alperujo y el efecto sobre el suelo y los cursos de aguas superficiales y subterráneas. El referido estudio -que siguió una metodología ampliamente aceptada y consensuada por el Departamento de Agricultura de Estados Unidos ("USDA") y la Sociedad Chilena de Ciencias del Suelo ("SchCS")-, se basó en la evaluación *in situ* de los suelos; realizó muestras de calicatas y análisis de laboratorio, en predios con y sin aplicación del alperujo; elaboró una evaluación y análisis de los perfiles, con su respectiva clasificación técnica y estableció las condiciones físico-químicas de los suelos. Adicionalmente, con el fin de establecer diferencias y similitudes entre los predios estudiados; y comparó los resultados con información de referencia oficial de otro estudio agrológico disponible en la zona realizado por el Centro de Información de Recursos Naturales 'Estudio Agrológico VII Región' de CIREN, 1997. El estudio agrológico de CIREN incluye un mapa básico de suelos, las clasificaciones interpretativas de capacidad de uso, categoría de riego, clases de drenaje, aptitud frutal, aptitud agrícola y erosión de los suelos, y estableció la influencia de la planta sobre la calidad de las aguas superficiales y subterráneas (Figura 5).

Figura 5: Lugares de muestreo aguas arriba y abajo respecto a la Planta Olivares de Quepu.



Fuente: Estudio Técnico CER, p. 11.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Sexagésimo séptimo Que, en resumen, el 'Estudio Técnico CER' concluye que: "No se evidencia un deterioro relacionado a la aplicación de orujo sobre el componente suelo. Los cursos de agua superficial cercanos a la planta procesadora no son alterados por la misma, el estudio de un pozo cercano a la planta tampoco mostró alteraciones, cumpliendo con la normativa chilena de riego vigente (NCh1333). Los cuatro suelos estudiados agrológicamente son suelos distintos en sus características edafológicas. El sector regado con alpechín constató un horizonte orgánico distinto a los otros horizontes analizados. La aplicación del orujo no presenta diferencias importantes en las propiedades estudiadas en el predio 2 con respecto al predio 1A y 1B, ni un impacto que genere traslocaciones y acumulaciones de elementos en profundidad en el perfil del suelo. Las condiciones constatadas por este estudio no evidencian un deterioro relacionado a la aplicación de orujo sobre el componente suelo y que los cursos de agua superficial cercanos a la planta procesadora no son alterados por la misma, el estudio de un pozo cercano a la planta tampoco mostro alteraciones, cumpliendo con la norma para uso de riego (NCh1333)".

Sexagésimo octavo Que, de lo anteriormente expuesto, se colige que el 'Estudio Técnico CER' acreditó la inexistencia de efectos ambientales negativos, incluyendo la minimización del riesgo de ocurrencia, al no verificar consecuencias negativas directas asociadas al funcionamiento de la planta. Esto se traduce en que no se evidencia un deterioro relacionado a la aplicación del alperujo sobre las componentes suelo y agua superficial y subterránea.

Sexagésimo noveno Que, a mayor abundamiento, el alperujo y las aguas de lavado generados directamente del proceso de producción de aceite de la Planta no son incluidos en la categoría de residuos asimilables a domiciliarios ni tampoco resultan clasificables como residuos peligrosos. Es así que consta en el expediente sancionatorio, que Olivares de Quepu obtuvo de la SEREMI de Salud del Maule las siguientes

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

resoluciones: i) la Resolución N° 04007 del 26 de septiembre de 2016, que autoriza el acopio transitorio de residuos sólidos no peligrosos asimilables a domiciliarios, consistente en papeles y orgánicos de oficina; y de residuos industriales consistente en cartones, plásticos y vidrio (foja 1.156); y, ii) la Resolución N° 1.116 del 24 de febrero de 2016, que autoriza el funcionamiento del sitio de disposición transitoria de los siguientes residuos peligrosos: aceite y lubricantes, arena y tierra contaminada con hidrocarburos, baterías, cartridge y tóner, elementos de protección personal contaminados con plaguicidas, envases de aerosoles, pinturas, plaguicida, productos de limpieza, de reactivos y pilas (foja 1.158). Atendido lo anterior, el Tribunal descarta la peligrosidad o la existencia de un riesgo de entidad moderada o significativa, dado que, para la gestión de los residuos agrícolas, como el alperujo, se establece su acumulación en una piscina de 12.500 m³, luego se dispone como fertirriego mediante un estanque dosificador, debiendo cumplir con la dosificación establecida y con la Guía del SAG en la materia.

Septuagésimo Que, además, consta en el expediente sancionatorio (foja 1.162), que Olivares de Quepu logró obtener el certificado que da cuenta que fue auditada y certificada de conformidad con los requisitos establecidos en el "Acuerdo de Producción Limpia Aceite de Oliva", de la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático. Dicho certificado, válido desde el 5 de abril de 2017 al 5 de abril del 2020, tuvo como objetivos: i) disminuir el consumo de agua; ii) mejorar el desempeño energético; y, iii) **establecer un sistema de gestión de residuos orgánicos**, entre otros (destacado del Tribunal). Cabe señalar que el proceso de auditoria y certificación se basa en las normas chilenas NCh2796.of2009, NCh2797.of2009, NCh2807.of2009 y NCh2825.of2009; y que el informe de cumplimiento del Acuerdo de Producción Limpia fue validado por el SAG y por el Ministerio de Salud.

Septuagésimo primero Que, además, debe tenerse presente que en el caso de Olivares de Quepu, la producción de aceite de oliva se obtiene de un proceso denominado de 'dos fases'. De

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

acuerdo con la evidencia técnica disponible, dicho proceso es el más eficiente en términos de reducción en el uso de agua y en la generación de residuos, presentando diferencias considerables con el proceso convencional de tres fases y el de prensado tradicional (POZZI, María T. et al. "Posibilidad de uso del Alpechín en Fertilización de Tierras Agrícolas". *Inf. tecnol.* [online]. 2010, vol. 21, Núm.4 [citado 2021-02-04], pp.117-123). Asimismo, resulta de toda lógica afirmar que la estructura fisicoquímica del suelo se debe mantener con el fin de asegurar el crecimiento y cosecha óptima de los olivos y, de este modo, obtener la producción de aceite; no sólo en un momento acotado en el tiempo, sino que durante todo el periodo de funcionamiento de la Planta. Por todo lo expuesto, el Tribunal descarta la existencia de un peligro concreto o inminente de mediana entidad como concluye la SMA, estimando, además, que el potencial de causar un daño es mínimo, por lo que a lo sumo se trataría de un "*riesgo de mínima entidad*" atendidos los efectos en el tiempo.

Septuagésimo segundo Que, en conclusión, a juicio del Tribunal, en el procedimiento administrativo constan antecedentes suficientes que permiten descartar la configuración de una hipótesis de riesgo o peligro de '*moderada entidad*'. Dichos antecedentes, al no haber sido debidamente considerados por la SMA, condujeron a que ésta ponderara erróneamente la aplicación de la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de su Ley Orgánica, vulnerando -de esta forma- la exigencia de fundamentación de los actos administrativos contemplada en el artículo 41 inciso cuarto de la Ley N° 19.880. Por consiguiente, la resolución reclamada adolece de ilegalidad, razón por la cual la reclamación será acogida.

**III. Ponderación de la conducta anterior negativa del
infractor**

Septuagésimo tercero Que, la reclamante alega que la SMA consideró la conducta anterior negativa del infractor como un factor de incremento de la sanción atendido que: i) Olivares

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

de Quepu S.A. fue amonestada mediante Resolución Exenta N° 254, de 23 de noviembre de 2009, de la COREMA del Maule por incumplimiento de las condiciones de la RCA N° 196/2003; y, ii) además fue sancionada con multa de 100 UTM, el 19 de junio de 2012, por la SEREMI de Salud del Maule por supuestos incumplimientos a la normativa sectorial de su competencia.

Septuagésimo cuarto Que, respecto de la amonestación, señala que resulta "*sorprendente*" que la reclamada la haya considerado como un factor de conducta negativa, puesto que el procedimiento sancionatorio que le dio origen se inició y concluyó con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOSMA. Por tal motivo, sostiene que la SMA contraviene los principios de legalidad, *in dubio pro reo* e irretroactividad.

Septuagésimo quinto Que, en cuanto a la sanción impuesta por la SEREMI de Salud del Maule, señala que nunca le fue notificada la resolución sancionatoria, razón por la cual desconocía "*hasta esta fecha*" su existencia, situación que le impidió ejercer su derecho a defensa. Atendido lo anterior, y de acuerdo con las formas de notificación señaladas en la Ley N° 19.880, sostiene que dicho acto administrativo resulta totalmente ineficaz y le es inoponible.

Septuagésimo sexto Que, Olivares de Quepu S.A. concluye que se debe reconsiderar su conducta anterior como un factor de disminución de la sanción, en tanto no ha sido sancionada por la SMA ni por ningún organismo sectorial con competencia ambiental con posterioridad a la entrada en vigencia de la LOSMA.

Septuagésimo séptimo Que, por su parte, la SMA, respecto de la sanción impuesta por la COREMA del Maule, señala que la reclamante fue sancionada por incumplimiento de las normas y condiciones contenidas en el punto 5.1 de la RCA N° 196/2003 y que, como se señaló en la resolución reclamada y de acuerdo con lo establecido en las Bases Metodológicas, no existe un límite temporal para analizar la concurrencia de esta circunstancia, por lo cual el análisis recae no sólo respecto

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

de sanciones previas de la SMA, sino también de infracciones anteriores sancionadas por las COREMA, las Comisiones de Evaluación Ambiental, organismos sectoriales con competencia ambiental y órganos jurisdiccionales, como lo ha indicado la Corte Suprema en sentencia dictada el 4 de junio de 2015 en causa Rol N° 25.931-2014.

Septuagésimo octavo Que, en cuanto a la sanción aplicada por la SEREMI de Salud del Maule, la reclamada sostiene que no es efectivo que la resolución sancionatoria haya sido dictada el 19 de junio de 2012 -como sostiene la reclamante-, sino que en esa fecha la referida SEREMI efectuó una inspección en la que constató incumplimientos a la normativa sectorial de su competencia, los cuales fueron sancionados mediante Resolución Sanitaria Exenta N° 850, de 29 de agosto de 2013 (Sumario Sanitario RIT N° 590/2012). Por consiguiente, sostiene que la alegación de inoponibilidad de la reclamante es improcedente, pues se basa en un error.

Septuagésimo noveno Que, respecto de la conducta anterior negativa del infractor, la doctrina sostiene que la reincidencia *"consiste en la apreciación de la conducta pasada, para efectos de determinar si ha incurrido en infracción con anterioridad"* y que *"[...] la determinación de los casos en los que este criterio es procedente es difícil si no se encuentra claramente regulado, puesto que no sabremos si se refiere a infracciones cometidas ante la misma Administración Pública que sanciona o ante la Administración en su conjunto"*, agregando que *"tampoco se sabrá cuál debe ser la naturaleza que debe tener el bien jurídico vulnerado para que su consideración sea procedente"* (BERMÚDEZ SOTO, Jorge, Op. Cit., pp. 485-486).

Octogésimo Que, además, se ha señalado que *"[...] la conducta anterior del infractor puede ser considerada una atenuante o agravante atendiendo si adolece o no de conductas anteriores de infracciones administrativas. De esta manera habrá que determinar, si el imputado tiene o no una irreprochable conducta anterior o es un caso de reincidencia o*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

reiteración. En estos dos últimos casos, la autoridad deberá agravar la sanción administrativa, porque claramente las anteriores infracciones no han desincentivado al imputado a seguir cometiéndolas" (OSORIO VARGAS, Cristóbal, *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General*. 1ª Edición. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2016, p. 469).

Octogésimo primero Que, a juicio del Tribunal, del análisis del tenor literal del artículo 40 e) de la LOSMA se desprende que la norma se refiere a la conducta anterior del infractor en general, y no se refiere a situaciones particulares ni a una normativa específica. De esta forma, para considerarla en su "faz negativa", esto es, como factor de incremento de la sanción no hay limitaciones legales relativas al tipo de infracción o de sanción, órgano que la aplicó o fecha. Al respecto, debe aplicarse el aforismo jurídico de 'no distinción', conforme al cual "*donde no distingue el legislador no le es lícito al intérprete distinguir*". De todas maneras, cabe hacer presente que una situación distinta es la configuración de la infracción, la cual, en virtud del principio de tipicidad, debe limitarse a los supuestos contemplados al período a partir del cual entró en vigencia la Ley N° 20.417.

Octogésimo segundo Que, además, si bien la norma señalada es genérica, ello no significa que no existan límites en la determinación de la conducta anterior del infractor como circunstancia de ponderación para la determinación de la sanción. En efecto, una interpretación sistemática del artículo 40 letra e) de la Ley N° 20.417, fuerza a concluir que la conducta anterior del infractor debe necesariamente encontrarse circunscrita a las sanciones impuestas por incumplimiento a la normativa con contenido ambiental, ya sea general o sectorial.

Octogésimo tercero Que, esta interpretación, coherente con lo sostenido por la Corte Suprema en la sentencia señalada en el considerando septuagésimo séptimo, no importa una vulneración de los principios del debido proceso, como alega la parte

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

reclamante. En efecto, en el caso *sub lite* la sanción de 2009 fue impuesta por un órgano con competencia sancionatoria en materia ambiental -la COREMA del Maule-, y se basó en el incumplimiento de disposiciones de la RCA N° 196/2003, relativas a compromisos voluntarios del titular, lo cual implica una vulneración de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 19.300. Por su parte, la sanción aplicada por la SEREMI de Salud el 2013, si bien fue impuesta por un órgano sectorial, se basó en infracciones que dicen relación con cuestiones ambientales. En efecto, la resolución sancionatoria 850/2013 sancionó infracciones a disposiciones del Decreto Supremo N° 594/1999, del Ministerio de Salud, Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo y al Decreto Supremo N° 48/1984, Reglamento de Calderas y Generadores de Vapor, atendidos incumplimientos normativos constatados en la inspección, a saber: "[...] *acopio temporal de residuos sólidos (orujos, vidrio, residuos domiciliarios y asimilables) sin autorización sanitaria. Acopio temporal de huesos de aceituna en sacos, a la intemperie, sobre barro y restos de agua lluvia mezclada con materia orgánica. Dicho acopio no cuenta con autorización sanitaria [...]. Presencia de residuos sólidos (hueso de aceituna molido) dispersos en el suelo al rededor (sic) de la planta. Tanto la caldera como los operadores, no cuentan con autorización sanitaria. No se ha realizado declaración de emisiones de caldera ni del grupo electrógeno, de acuerdo a D.S. 138/05 MINSAL*". En todo caso, cabe hacer presente que no constan en el expediente administrativo antecedentes relativos a la notificación de esta resolución, cuestión que deberá ser debidamente apreciada en la nueva resolución sancionatoria que habrá de ser dictada, de conformidad con lo que se dispondrá en lo resolutivo de esta sentencia.

Octogésimo cuarto Que, atendido lo razonado en los considerandos anteriores, a juicio del Tribunal, la SMA ponderó adecuadamente la circunstancia de la letra e) del artículo 40 de la LOSMA, al fundamentar adecuadamente el elemento temporal como parte del análisis relativo a la conducta anterior del infractor, razón por la cual la alegación será desestimada.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

IV. Ponderación de la capacidad económica de la empresa, en particular la capacidad de pago

Octogésimo quinto Que, la reclamante impugna la ponderación de la circunstancia del artículo 40 f) de la LOSMA, atendido que en el considerando 338 de la resolución sancionatoria, la SMA señaló que: *"no se hace procedente la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción"*, atendida su clasificación como empresa 'Grande 1' conforme a la información entregada por el SII. Señala que el raciocinio de la SMA es erróneo, pues las propias Bases Metodológicas disponen que el único tramo del tamaño de las empresas en el que puede aplicarse la reducción por factor de tamaño económico es el correspondiente a la referida categoría 'Grande 1', en la que se encuentra la empresa.

Octogésimo sexto Que, asimismo, cuestiona que la reclamada señalara en dicho considerando que no era necesario realizar una ponderación de la capacidad de pago de la empresa *"sin entregar ningún fundamento para justificar tal decisión"*, aun cuando Olivares de Quepu S.A. le proporcionó, tanto sus antecedentes financieros como información sobre su flujo de caja. Precisa que los antecedentes financieros acompañados en el procedimiento sancionatorio demuestran que: i) la multa impuesta es equivalente al patrimonio total de la empresa; ii) la compañía se encuentra en una situación de sobreendeudamiento, lo cual afecta su *ratio* financiero y con ello la posibilidad de obtener un crédito bancario para pagar la multa; iii) la empresa tiene un flujo efectivo deficiente, el cual sólo puede hacerse cargo de sus pasivo a corto plazo; y, iv) Olivares de Quepu S.A. arrastra una pérdida acumulada que sólo se extinguirá el año 2021. Además, hace presente que la empresa no ha pagado impuesto a la renta por utilidades porque aún tiene pérdidas de arrastre que absorber.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Octogésimo séptimo Que, agrega que la aplicación de esta circunstancia se basa en la necesidad de que haya proporcionalidad entre el monto de la multa y la capacidad real del infractor. Además, señala que la resolución reclamada carece de un estándar mínimo de fundamentación que permita conocer los motivos considerados por la SMA para no tomar en cuenta el tamaño económico y la capacidad de pago de Olivares de Quepu S.A., máxime si prescindió de los criterios señalados en las Bases Metodológicas. Indica que dichas bases constituyen una "*normativa obligatoria*" y no una mera referencia para la SMA, pues a través de sus disposiciones el órgano fiscalizador ha circunscrito su margen de discrecionalidad.

Octogésimo octavo Que, en tanto, la SMA señala que en la aplicación de esta circunstancia se debe distinguir entre el tamaño económico de la empresa y su capacidad de pago. Refiere que el primero es conocido normalmente de forma previa a la aplicación de la sanción y que se aplica a través de un factor de reducción de la sanción, que es mayor mientras menor sea el tamaño económico de la empresa. Agrega que, para tal efecto, se considera la clasificación de tamaño económico utilizada por el SII, la cual se basa en una estimación del nivel de ingresos por ventas anuales del contribuyente a partir de información tributaria auto declarada. Respecto de la capacidad de pago, señala que se relaciona con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de sanciones pecuniarias y que generalmente no es conocida en forma previa a la determinación de las sanciones. Agrega que se trata de un factor que es considerado de forma eventual, excepcional, y a solicitud expresa del infractor, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que se encuentra en dificultad financiera.

Octogésimo noveno Que, afirma que el tamaño económico de la empresa fue considerado en la resolución sancionatoria como factor de reducción conforme a las Bases Metodológicas (Tabla N° 3.5), puesto que Olivares de Quepu S.A. se encuentra en la categoría "Gran Empresa N° 1", pero que por un "error en su

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

texto" se indica que "no" correspondería una disminución. Hace presente que dicho error sólo se circunscribe al texto de la resolución, pero no a la aplicación de la circunstancia.

Nonagésimo Que, además, señala que la ponderación de la capacidad de pago se encuentra sujeta a "*un conjunto de limitantes*" y que, como establecen las Bases Metodológicas, debe ser invocada y probada por el interesado. Precisa que lo que debe considerarse en virtud del artículo 40 f) de la LOSMA es la "*capacidad económica del infractor*", mas no la "*capacidad de pago*". Agrega que la disminución de la sanción se encuentra limitada por su fin preventivo y que aquélla tampoco puede ser excesiva.

Nonagésimo primero Que, sobre la base de lo anteriormente expuesto, señala que en este caso la capacidad de pago no fue considerada, atendido su carácter "*eventual y excepcional*", por una parte, y que la circunstancia no fue alegada expresamente por el infractor.

Nonagésimo segundo Que, por último, sostiene que las alegaciones relativas a sobreendeudamiento, flujo deficiente y pérdida acumulada son efectuadas por primera vez en la reclamación, habiendo tenido oportunidad la reclamante para efectuarlas a través de un recurso de reposición. Concluye que la información entregada por la empresa en el procedimiento sancionatorio no se condice con sus estados financieros, pues da cuenta de costos mayores y producción menor a la señalada en éstos. Por tal motivo, señala que dicha información no permitió realizar una adecuación de la sanción por capacidad de pago, sin perjuicio de lo cual, los referidos estados financieros y la información asociada a los flujos de venta - respaldados por información del SII-, en principio darían cuenta que la reclamante no presentaría dificultades financieras.

Nonagésimo tercero Que, analizada la resolución reclamada -que pondera esta circunstancia de modulación de la sanción en sus considerandos 335 a 338-, se advierte que, luego de un

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

análisis teórico en los considerandos 335 y 336 relativo a los conceptos "*capacidad económica*", "*tamaño económico*" y "*capacidad de pago*", en los considerandos 337 y 338 se refiere someramente al examen efectuado a partir de la información financiera proporcionada por el titular. Al efecto, señala en el primero, que sobre la base de la información auto declarada por la empresa para el año tributario 2018, ésta se encuentra en la categoría "Grande N° 1", es decir, presenta ingresos por venta anual entre 100.000 a 200.000 UF. Por su parte, en el segundo concluye que la empresa, al encontrarse en dicha categoría "[...] *no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción*", agregando que "[...] *al no estimarse procedente ponderar la capacidad de pago del infractor en esta instancia, no se contempla un ajuste sobre la sanción final asociado a esta circunstancia*".

Nonagésimo cuarto Que, respecto del tamaño económico, si bien la SMA rectificó el considerando 338 de la resolución sancionatoria, a fin de aclarar que se aplicó un ajuste por este concepto mediante Resolución Exenta N° 1.109, de 3 de julio de 2020, ello no permite tener por debidamente fundada la resolución reclamada. En efecto, la resolución reclamada -considerando la rectificación efectuada- se limita a señalar que se examinó la información financiera entregada por la empresa, así como la categoría tributaria en la que ésta se encuentra por su tamaño, agregando que procedía la aplicación del ajuste, sin aportar elemento de análisis alguno respecto de la referida información financiera y del ajuste efectuado.

Nonagésimo quinto Que, es la resolución rectificatoria la que señala que en virtud de la categoría de la empresa y de acuerdo con las Bases Metodológicas "[...] *corresponde aplicar una reducción por factor de tamaño económico, en el rango de 62,5% al 100%*" y que, atendido el tamaño económico de la empresa, "*la SMA consideró un factor de 82,85%*". De esta forma, la reclamada complementó la resolución sancionatoria a fin de salvar su falta de motivación, mediante la dictación de una resolución rectificatoria sustancialmente extemporánea, el 3

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

de julio de 2020, esto es, 15 meses después de dictada la resolución sancionatoria y 6 días antes de la fecha señalada originalmente para la vista de la presente causa (9 de julio de 2020).

Nonagésimo sexto Que, en cuanto a la capacidad de pago, la SMA tampoco fundamenta en la resolución sancionatoria su decisión en orden a no considerarla como un factor de ajuste de la sanción, limitándose a señalar que no se estimaba procedente ponderarla *"en esta instancia"*. Sólo en sede judicial, al emitir el respectivo informe, la reclamada explica los motivos por los cuales procedió de esta forma (fojas 208 a 210).

Nonagésimo séptimo Que, además, a criterio del Tribunal, la exigencia de proporcionalidad de la sanción exige a la SMA recabar todos los antecedentes que considere necesarios para la determinación de la multa, aun cuando el infractor no haya solicitado que se tome en consideración su capacidad de pago. En efecto, el análisis de la SMA debe ser completo, y no puede limitar el análisis de la capacidad económica del infractor sólo al factor de tamaño económico. Lo anterior, implica necesariamente emplear un criterio distinto al señalado en las Bases Metodológicas, que respecto de la capacidad de pago señala que *"[...] este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor"* (p. 44). Por consiguiente, la capacidad de pago debe ser siempre considerada por la SMA, sobre la base de los antecedentes financieros que constan en el expediente administrativo, incluso no mediando solicitud del interesado.

Nonagésimo octavo Que, a juicio del Tribunal, atendido lo razonado en los considerandos anteriores, la resolución sancionatoria adolece de falta de la debida motivación, exigida por el artículo 41 inciso cuarto de la Ley N° 19.880, por lo cual ésta deviene en ilegal, razón por la cual la reclamación será acogida.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

V. Proporcionalidad del monto de la multa

Nonagésimo noveno Que, finalmente, cabe señalar, como ha sostenido reiteradamente el Tribunal en las sentencias citadas en el considerando tercero, que el análisis de proporcionalidad se efectúa al ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, ponderación que en este caso no se fundamentó debidamente respecto de aquellas señaladas en los literales a), c) y f), como se analizó latamente en los anteriores acápites de la sentencia, lo cual implicó una ilegalidad por vulneración de lo dispuesto en el artículo 41 inciso cuarto de la Ley N° 19.880, razón por lo cual la reclamación será acogida. Sin perjuicio de lo anterior, también cabe efectuar un análisis de la proporcionalidad del monto específico de la multa, esto es, 1.916 UTA. A juicio del Tribunal, atendida su alta cuantía y no obstante encontrarse dentro del rango del artículo 39 b) de la LOSMA conforme a la clasificación de la infracción como "grave", la multa resulta desproporcionada, considerando que Olivares de Quepu S.A. ha optimizado los procesos vinculados a su Planta, mejorando sus estándares ambientales, según consta en la evaluación del proyecto de regularización, y el incumplimiento normativo se debió, fundamentalmente, a la falta de obtención oportuna de permisos ambientales para las ampliaciones y el aumento de la capacidad productiva. En efecto, en forma paralela a la sustanciación del procedimiento sancionatorio, Olivares de Quepu S.A. ingresó al SEIA los cambios no evaluados, siendo estos calificados favorablemente por la RCA N° 60/2019, dictada dos semanas después de la resolución reclamada. A juicio de estos sentenciadores, si bien la falta de permisos es objeto de reproche, su alcance debe ponderarse teniendo en vista las consecuencias que dicha infracción genera en el objeto de protección y las implicancias de los cambios asociados.

POR TANTO, Y TENIENDO PRESENTE, además lo dispuesto en los artículos 56 de la LOSMA; 17 N° 3, 18 N° 3 y 30 de la Ley N°

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

20.600; 41 de la Ley N° 19.880; y en las demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes,

SE RESUELVE:

1. **Acoger** la reclamación interpuesta por Olivares de Quepu S.A. en contra de la Resolución Exenta N° 394, dictada por la SMA el 20 de marzo de 2019 -rectificada por la Resolución Exenta N° 1.109, de 3 de julio de 2020- la cual se anula, ordenando a la reclamada que dicte una nueva, que pondere las circunstancias de los literales a), c) y f) del artículo 40 de la LOSMA conforme con los criterios señalados en esta sentencia.

2. **Cada parte pagará sus costas.**

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 208-2019.

Se previene que el Ministro señor Ruiz estuvo, además, por acoger la alegación de la reclamante relativa a la ponderación de la conducta anterior del infractor. A juicio del preveniente, la utilización por parte de la SMA de un criterio temporal -entrada en vigencia del nuevo régimen sancionatorio ambiental- que no permite configurar infracciones en base a hechos acaecidos con anterioridad a dicho hito, debe extenderse también a la referida circunstancia. En efecto, no resulta coherente utilizar tal criterio para el primer aspecto y no para el segundo. Es más, el cambio de régimen sancionatorio constituye un elemento relevante al momento de ponderar la conducta previa, ya desde el punto de vista del principio de legalidad, así como del principio de irretroactividad *in pejus*, no podría ponderarse en un procedimiento sancionatorio regido por un nuevo estatuto legal, antecedentes anteriores a él, como son en este caso, las sanciones aplicadas a Olivares de Quepu S.A. en los años 2009 y 2013, por la COREMA del Maule y la SEREMI de Salud del Maule, respectivamente. Al respecto, cabe tener presente que, conforme a la doctrina, los fundamentos de este último principio "[...] se pueden encontrar en el principio

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de certeza y seguridad jurídica que garantiza a las personas la posibilidad de conocer las normas y determinar las consecuencias jurídicas de sus actos" (CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y Principios en el Derecho Chileno*. Santiago: Editorial Legal Publishing, 2014, p. 266).

ALEJANDRO
RUIZ
FABRES

Firmado digitalmente por ALEJANDRO RUIZ FABRES
Fecha: 2021.04.15 09:06:20 -04'00'

CRISTIAN
ANDRES
DELPIANO LIRA

Firmado digitalmente por CRISTIAN ANDRES DELPIANO LIRA
Fecha: 2021.04.14 17:12:24 -04'00'

FABRIZIO
ANDRES
QUEIROLO
PELLERANO

Firmado digitalmente por FABRIZIO ANDRES QUEIROLO PELLERANO
Fecha: 2021.04.14 19:30:26 -04'00'

Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por los ministros señores Cristián Delpiano Lira, Presidente, Alejandro Ruiz Fabres y Fabrizio Queirolo Pellerano.

Redactó la sentencia el ministro señor Cristián Delpiano Lira y la prevención, su autor.

LEONEL
ALEJANDRO
SALINAS
MUNOZ

Firmado digitalmente por LEONEL ALEJANDRO SALINAS MUNOZ
Fecha: 2021.04.15 09:28:25 -04'00'

En Santiago, a catorce de abril de dos mil veintiuno, autoriza el secretario del Tribunal, señor Leonel Salinas Muñoz, notificando por el estado diario la resolución precedente.