

En lo principal: Reposición. **En el otrosí:** Solicita suspensión del procedimiento.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

DAVID CADEMARTORI GAMBOA, en representación de **COOKE AQUACULTURE CHILE S.A. ("Cooke")**, en el procedimiento administrativo sancionatorio D-096-2021, iniciado mediante la RES. EX. N°1/ROL D-096-2021, de fecha 16 de abril de 2021, a usted respetuosamente digo:

Por este acto, en conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ("LOCBGAE") y en los artículos 15 y 59 de la Ley N°19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado ("LBPA"), vengo en interponer fundado recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N°11, de fecha 6 de enero de 2023, que me fuera notificada por correo certificado con fecha 20 de enero de 2023 ("**Acto Administrativo Recurrido**"), en aquella parte que resolvió decretar la realización de las diligencias probatorias consistentes en requerir información que indica a Cooke y en pedir a la Oficina Regional SMA Región de Aysén la práctica de una inspección ambiental, en los términos indicados en dicha resolución y a costa de Cooke, solicitando que el Acto Administrativo Recurrido sea modificado, prescindiendo de la realización de dichas diligencias ordenadas, por las consideraciones de hecho y de derecho que expongo a continuación.

I. El Acto Administrativo Recurrido decreta extemporáneamente diligencias probatorias

En primer lugar, se debe señalar que el Acto Administrativo Recurrido justifica la necesidad de entregar la información solicitada y realizar la inspección ambiental ordenada en base a que ambas actuaciones serían "diligencias probatorias" en estos autos.

Con respecto a dicha afirmación, lo cierto es que cualquier diligencia probatoria que se decrete a instancias de un procedimiento administrativo sancionatorio, debe

necesariamente enmarcarse en la etapa procesal o plazo correspondiente, todo de conformidad al principio de preclusión que rige en esta materia.

En tal sentido, una vez vencido el término probatorio, la autoridad administrativa, en este caso, la SMA, no puede decretar nuevas diligencias de prueba, ya que aquello, entre otras cosas, dilataría innecesariamente el procedimiento sancionatorio y transgrediría, a su vez, principios reconocidos en la LBPA y en la LOCBGAE, tales como el de celeridad, eficacia y economía procedimental, alterando el orden consecutivo legal del procedimiento y el **momento de la prueba**, según regulación establecida en el artículo 36 de la LBPA.

Normativamente, atendido que la Ley N°20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (“**LOSMA**”), no regula el plazo que debe durar el término de prueba en un procedimiento sancionatorio en materia ambiental, debe aplicarse supletoriamente lo dispuesto en el artículo 35 de la LBPA. Dicha disposición, como puede constatarse de su tenor, dispone en términos preclusivos que: *“Cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo ordenará la apertura de un período de prueba, **por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez**, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes”*.

Así, como esta Superintendencia podrá observar, la norma citada es clara al fijar el plazo de duración del término probatorio que se inicie en un procedimiento sancionatorio, debiendo, por tanto, practicarse todas las diligencias probatorias dentro de él, salvo que, por razones de tiempo y habiendo sido solicitadas oportunamente dentro del referido término de prueba, dichas diligencias no puedan llevarse a cabo en dicha instancia. Esto último es lo que justamente ocurre con la prueba pericial solicitada oportunamente por mi representada.

Cabe destacar que si bien la LBPA dispone en sus artículos 10 (principio de contradictoriedad)¹ y 17, letra g)² (derechos de los particulares en su relación con la Administración del Estado), la posibilidad de aportar documentos u otros elementos de

¹ Artículo 10. Principio de contradictoriedad. **Los interesados** podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

² Artículo 17. Derechos de las personas. **Las personas, en sus relaciones con la Administración**, tienen derecho a: g) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

juicio durante todo el procedimiento administrativo, tal como lo esclarece el tenor de ambas disposiciones, aquello está reservado únicamente para los interesados del respectivo procedimiento sancionatorio, y no para el órgano que lo instruye.

Lo anterior es producto del carácter garantista que posee la LBPA, en orden a asegurar el derecho de todo particular a un debido proceso administrativo. En efecto, el procedimiento administrativo cumple una doble función en el ejercicio de la potestad sancionadora, es, por un lado, garantía del interés general que supone el ejercicio de todo poder público y, por otro, constituye un mecanismo mediante el cual se hace efectivo un conjunto de garantías de los particulares, que fueron objeto de una imputación por parte de la autoridad administrativa³.

En los presentes autos, el término probatorio de 30 días a que se refiere la ley fue abierto **a instancias de esta parte**, quien solicitó su apertura y las diligencias probatorias dentro de plazo y previa interposición de un recurso de protección para que pudiera ser otorgado. Habiendo actualmente vencido dicho plazo, y estando únicamente pendiente la designación del perito solicitado dentro del término probatorio, no corresponde que esta Superintendencia cree un segundo, tercero, o cuarto término probatorio, habida cuenta de la gran cantidad de documentos, informes y pericias que se instruyen en el Acto Administrativo Recurrido.

En definitiva, no resulta admisible que esta Superintendencia mediante el Acto Administrativo Recurrido haya decretado “diligencias probatorias” de forma extemporánea, contraviniendo la ley y sus actos propios de procedimiento, esto es, habiendo vencido el término de prueba en el presente procedimiento sancionatorio, especialmente considerando, conforme veremos a continuación, que dichas diligencias decretadas no son realmente probatorias, toda vez que exceden tanto las competencias, como las materias objeto del presente procedimiento.

II. Esta Superintendencia utiliza desviadamente la potestad de fiscalización para ejercer la potestad sancionadora, lo que se traduce en una falta de competencia

³ CORDERO, E. 2018. El debido procedimiento administrativo sancionador y el derecho a la defensa. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema “Corpbanca S.A. con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”. En: Sentencias destacadas. Editorial Fundación Libertad y Desarrollo. p. 3.

para decretar las diligencias que indica el Acto Administrativo Recurrido y un ejemplo de libro de lo que es el desvío de poder

El Acto Administrativo Recurrido decretó nuevas diligencias “probatorias” en base a disposiciones que dicen relación específica con el ejercicio de facultades **de fiscalización**, desviando su uso en un procedimiento sancionador. Lo anterior, pese a existir una clara diferencia en la LOSMA respecto de la regulación del ejercicio de ambas atribuciones, bajo el supuesto que ambas constituyen títulos de intervención administrativa distintos.

En concreto, el Acto Administrativo Recurrido en su considerando VI fundó desviadamente la procedencia de las nuevas diligencias probatorias en lo dispuesto en el artículo 3º, letra a), de la LOSMA, así como en lo establecido en el artículo 28 del mismo cuerpo legal.

El artículo 3º, letra a), de la LOSMA, dispone que:

*“La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones: a) **Fiscalizar** el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen, de conformidad a lo establecido en esta ley”.*

Por su parte, el artículo 28 de la LOSMA establece que:

*“Durante los **procedimientos de fiscalización** los responsables de las empresas, industrias, proyectos y fuentes sujetos a dicho procedimiento deberán entregar todas las facilidades para que se lleve a cabo el **proceso de fiscalización** y no podrán negarse a proporcionar la información requerida sobre los aspectos **materia de la fiscalización**.*

*En el **ejercicio de la labor fiscalizadora** los funcionarios de la Superintendencia deberán siempre informar al sujeto fiscalizado de la **materia específica objeto de la fiscalización** y de la normativa pertinente, dejar copia íntegra de las actas levantadas, realizando las diligencias estrictamente indispensables y proporcionales al **objeto de la fiscalización**. Los sujetos fiscalizados podrán denunciar conductas abusivas de funcionarios ante el Superintendente.*

*Los funcionarios de la Superintendencia estarán facultados, en el **cumplimiento de sus labores inspectivas**, para ingresar a inmuebles, establecimientos o recintos públicos o*

*privados en que se desarrollen actividades **objeto de fiscalización**, tomar muestras o registros del sitio o bienes fiscalizados, levantar actas y dejar testimonio en ellas de quienes se encontraren en el lugar de la fiscalización y, en general, proceder a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de las actividad fiscalizada. Quienes sean objeto de fiscalización deberán facilitar el cumplimiento de su cometido a los funcionarios competentes.*

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, los funcionarios de la Superintendencia podrán solicitar directamente del Jefe de la Unidad de Carabineros más próxima o de la autoridad que corresponda, según el caso, el auxilio de la fuerza pública, cuando exista oposición a la fiscalización debidamente certificada por el fiscalizador, la que podrá actuar con descerrajamiento, si fuere necesario, para ingresar a lugares cerrados que no constituyan morada.

*La negativa a dar cumplimiento a los requerimientos durante las **acciones de fiscalización** será considerada como infracción gravísima”.*

Como se puede constatar de las normas citadas, esta Superintendencia **de forma previa al ejercicio del poder sancionador**, puede ejercer las atribuciones de fiscalización de los instrumentos que la ley le encomienda, verificando el cumplimiento de la normativa ambiental. En base a los resultados que se recaben en esta oportunidad, la autoridad administrativa decidirá si es conveniente dar paso al inicio de un procedimiento sancionatorio, determinando qué hechos son los que constituyen la presunta infracción administrativa, esclareciendo el lugar donde se haya supuestamente cometido, cuáles son o fueron los efectos que produjo dicha supuesta infracción o determinar quién o quiénes son los supuestos infractores.

Una vez formulados los cargos e iniciado el procedimiento sancionatorio, esta Superintendencia no puede –dentro de dicho procedimiento- volver a vestirse con los ropajes de fiscalizador, para nuevamente ordenar diligencias intrusivas de fiscalización tendientes a verificar el cumplimiento de la normativa ambiental en general, al margen de los hechos y las calificaciones que ya se han vertido en los cargos y que delimitan el objeto del presente procedimiento. Actuar en sentido contrario supone un evidente desvío de poder que transgrede lo dispuesto en el artículo 2° de la LOCBGAE que proscrib el abuso de poder en el ejercicio de sus facultades

A propósito de esto último, el vicio de desviación de poder ha sido definido como el *“hecho de una autoridad administrativa que, cumpliendo un acto de su competencia, observando*

las normas prescritas y sin violar formalmente la ley, utiliza su poder con motivos distintos de aquellos en virtud de los cuales este poder le fue conferido"⁴.

Dicho concepto también ha sido esbozado por la Excma. Corte Suprema al indicar que la desviación de poder *"consiste en que el fin del acto, que es uno de sus elementos constitutivos, es distinto del fin general del interés público que debe ser el de toda actividad pública, o el fin particular establecido para determinados actos por la norma respectiva; fin que puede ser de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal, y que también puede ser de interés general, pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto"*⁵.

En la misma línea, la Contraloría General de la República ha declarado que *"cuando la autoridad ejerce una de sus atribuciones persiguiendo un fin distinto de aquel tenido a la vista por el legislador para concederle un poder de apreciación discrecional, la decisión que en tal virtud se adopte queda afectada por una desviación de poder, encontrándose, por ende, viciado el acto administrativo que lo contenga"*⁶.

En este sentido, conviene recordar que el propio artículo 3, letra a), citado por el Acto Administrativo Recurrido señala que estas facultades tienen por objeto fiscalizar el cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental ("**RCA**"). En el contexto del procedimiento sancionatorio, dicha circunstancia ya ocurrió de manera previa a éste y fue justamente fiscalizando el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las RCA de los respectivos CES (en el caso de Huillines 2 y 3 respecto de sus RCA de ensilaje) que se dio inicio al procedimiento sancionatorio y se formularon los cargos que deben ser objeto de prueba.

Nótese que, aun tratándose de diligencias instruidas en virtud de la facultad de fiscalización -que son propiamente las que se instruyen en el Acto Administrativo Recurrido, aunque disfrazadas de diligencias probatorias- la norma igualmente establece que éstas deben ser *estrictamente indispensables y proporcionales al objeto de la fiscalización*. Tratándose del procedimiento sancionatorio, el objeto de éste en cuanto a su ámbito temporal y materia, ya se encuentra establecido en la formulación de cargos, y las diligencias que pueden ordenarse son sólo aquellas que se enmarquen dentro del

⁴ Definición dada por Hauriou en Gaone Vásquez, Olga (1960): Teoría de la desviación de Poder (Editorial Universitaria, Chile), p. 149.

⁵ Maldonado y otro con Municipalidad de Concepción (2013), Exma. Corte Suprema, 7 de agosto de 2013, Rol N°3403-2013.

⁶ Dictamen CGR N° 3.837 de 2001, mismo criterio se aplica en Dictámenes N° 14.178 de 2004, N° 18.373 de 2008 y N° 21.964 de 2010.

término probatorio y resulten pertinentes y conducentes para acreditar aquello que ha sido objeto del procedimiento.

En este contexto, ha sido esta propia Superintendencia quien ha definido en qué consisten las labores de fiscalización ambiental y, en consecuencia, ha establecido su objeto -mucho más amplio que aquel delimitado por la formulación de cargos-, indicando al respecto que constituye el *“conjunto de actividades llevadas a cabo por un fiscalizador, el que puede constar de las siguientes etapas: Inspección Ambiental; Examen de la Información; Mediciones y Análisis; y/o Informe de Fiscalización Ambiental; y que está destinada a verificar el cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”*⁷. Desde ya puede advertirse, que la definición entregada por este mismo organismo delimita quién puede ejercer las facultades de fiscalización, estableciendo específicamente que las realizará un “fiscalizador”, calidad que no comparte -y según veremos, no podría compartir-, la persona que instruye el presente procedimiento sancionatorio.

Adicionalmente, dentro de las facultades de fiscalización, que son las que se están haciendo valer, es la Superintendencia quien debe contratar, costear y soportar las labores de inspección, verificación y medición que ordene, de conformidad a la letra c) del artículo 3° citado, no siendo procedente que instruya la realización de inspecciones ambientales, modelamientos de dispersión, u otros, con cargo al particular objeto de los cargos en el procedimiento sancionatorio, ya que de lo contrario, se produce un supuesto de desigualdad ante las cargas públicas.

El único supuesto en que la ley faculta a la Superintendencia para obligar al particular a hacerse cargo de los costos involucrados en los informes, muestreos, análisis de laboratorio y demás requeridos en el contexto de una fiscalización, es el del artículo 27 de la LOSMA, que requiere que se trate de la sujeción a un programa de evaluación y certificación de conformidad, previamente determinado por la Superintendencia y cuyo resultado puede derivar en la imposibilidad de iniciar un procedimiento sancionatorio por los hechos objeto de la evaluación o certificación de conformidad requerida por la SMA; es decir, nuevamente se trata de una facultad de fiscalización previa al procedimiento sancionatorio y llevada a cabo por funcionarios con competencias y facultades distintas a los que instruyen dicho procedimiento, los que igualmente deben justificar, en un procedimiento administrativo especialmente creado para dicho efecto *“la*

⁷ Resolución SMA N°879 de 2012, que establece los “Programas y Subprogramas Sectoriales de fiscalización ambiental de las Resoluciones de Calificación Ambiental para el año 2013”.

necesidad del procedimiento o medida, asegurar que se trate de una exigencia proporcional y razonable habida consideración del caso concreto y de la situación del sujeto fiscalizado, previa notificación y audiencia del interesado” (inciso final del artículo 27 de la LOSMA).

Dicho aquello, no basta con que la Ley reconozca a esta Superintendencia el ejercicio de facultades fiscalizadoras, sino que se requiere además que el funcionario administrativo específico que ordena la adopción de determinadas diligencias de manera obligatoria a un particular debe estar facultada expresamente para decretarlas. En este caso, el fiscal instructor debe estar facultado para dictar medidas de fiscalización como los requerimientos de información, modelamientos y la solicitud de realización de una inspección ambiental, a cargo del particular. Todo lo anterior en virtud del principio de legalidad que rige el actuar de todo órgano de la Administración del Estado, quien no se puede atribuir más derechos o facultades que las establecidas en la Constitución Política de la República y en las leyes dictadas conforme a ella. Para acreditar este punto, el Acto Administrativo Recurrido no indica ninguna norma específica que establezca la facultad de poder decretar estas diligencias, enmarcadas en los artículos de competencia en materia de fiscalización.

Todo lo expuesto no resulta baladí, en atención a los **límites procedimentales** y competenciales que dicen relación con el ejercicio de las facultades de fiscalización y el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de esta Superintendencia.

Lo anterior se traduce en la separación de las funciones de fiscalización, investigación y de sanción, separación expresamente recogida en nuestra regulación ambiental y que constituye una garantía al debido proceso para los particulares que han sido formulados de cargos.

En efecto, no existe discusión de que en el procedimiento sancionatorio tramitado ante esta Superintendencia debe existir una separación de las funciones de fiscalización e instrucción. Lo anterior, considerando que una de las innovaciones que planteó la LOSMA dice relación con la potestad de auto organización que le confiere el artículo 9^o.

⁸ Artículo 9^o.- El Superintendente, con sujeción a la planta y la dotación máxima de personal, establecerá su organización interna y determinará las denominaciones y funciones que correspondan a cada una de las unidades establecidas para el cumplimiento de las funciones que le sean asignadas, como asimismo el personal adscrito a tales unidades, de conformidad a lo establecido la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado mediante el decreto con fuerza de ley N°1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

De este modo, el Superintendente, en cuanto jefe del Servicio, establecerá la organización interna y determinará las denominaciones y funciones que correspondan a cada una de las unidades. Dentro de la regulación de dicha potestad, la ley fija algunas condiciones que se erigen en verdaderos límites al ejercicio de la potestad sancionadora⁹.

Dentro de dichos límites, tenemos que las funciones de fiscalización y de instrucción del procedimiento administrativo sancionador deben quedar a cargo de unidades distintas, tal como lo establece expresamente el artículo 7 inciso 2º de la LOSMA:

“Las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes”.

Asimismo, ha sido esta propia Superintendencia quien ha destacado la importancia de la separación de funciones en un procedimiento sancionatorio tramitado ante ella. En efecto, en el informe presentado por la SMA en los autos de protección Ingreso N°2341-2022, tramitados ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Coyhaique, se indicó lo siguiente:

72. S.S. Iltma., **la solicitud de término del procedimiento formulada por Cooke, no considera la separación de etapas y funciones que se colige de lo estatuido por los artículos 7 inciso segundo, 49 y 53 de la LO-SMA para la sustanciación de un procedimiento sancionatorio. En virtud de esta normativa, a la fiscal instructora no le correspondía en ningún caso pronunciarse sobre las declaraciones de una autoridad que nunca ha intervenido en el procedimiento sancionatorio.**

73. La imparcialidad y objetividad en la instrucción del procedimiento se manifiesta en la ponderación únicamente de los elementos que constan en el expediente del procedimiento sancionatorio, sin introducir antecedentes externos al mismo, como lo son los hechos que alega la empresa.

Esta separación de funciones tiene su fundamento en el **principio de imparcialidad**, reconocido en el artículo 11 de la LBPA, que obliga a la Administración del Estado a conducir los procedimientos administrativos con objetividad¹⁰.

⁹ Bermúdez, Jorge. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. p. 438.

¹⁰ Artículo 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

De este modo, las atribuciones derivadas del ejercicio de las facultades de fiscalización – como justamente ocurre con las nuevas diligencias que decreta el Acto Administrativo Recurrido– se encuentran expresamente delimitadas para la etapa previa al inicio de un procedimiento sancionatorio, lo que obliga a que el funcionario a cargo de la instrucción de este último no pueda vincularse con la información remitida por el ente fiscalizador. Si esto último no fuese así, sería letra muerta la separación de funciones establecida por nuestro legislador.

Si fruto de la actividad fiscalizadora, se constata el incumplimiento de la normativa ambiental, ello podrá llevar a la instrucción y apertura de un nuevo procedimiento sancionatorio, pero no puede, una vez ya iniciado éste, fijados los cargos, evacuados los descargos y rendida ya casi toda la prueba de mi representada, abrir dentro de éste un nuevo proceso de fiscalización, llevado adelante ésta vez por el fiscal instructor al margen de sus competencias, de los cargos que han sido formulados y de los instrumentos que se fiscalizaron para darle origen al procedimiento.

Por todo lo expuesto, resulta improcedente que esta Superintendencia, actuando fuera del marco competencial definido expresamente en la regulación ambiental y en un evidente desvío de poder en el contexto de la sustanciación de un procedimiento sancionatorio, haya decretado nuevas diligencias amparándose en normativa que está expresamente establecida para el ejercicio de facultades de fiscalización.

III. Mediante las diligencias instruidas en el Acto Administrativo Recurrido, esta Superintendencia desconoce la propia metodología aplicada para sustentar el pliego de cargos, arrogándose atribuciones que le competen a otros órganos de la Administración del Estado e incumple, además, el principio de coordinación administrativa

Esta Superintendencia, como cualquier órgano de la Administración del Estado, posee límites orgánicos o funcionales en el ejercicio de sus actuaciones, pues sus competencias no pueden abarcar las atribuciones que le corresponden a otros organismos sectoriales, como es el caso, por ejemplo, del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (“SERNAPESCA”).

En efecto, nótese que en la fiscalización que inició este procedimiento, esta Superintendencia respetó las funciones propias de los organismos sectoriales en materia

ambiental, consultando a SERNAPESCA sobre los resultados de las INFA realizadas en los últimos ciclos productivos de los CES objeto de inspección, pues es a dicha repartición a quien le corresponde instruir e interpretar los instrumentos establecidos en el Decreto Supremo N°320, de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que establece el Reglamento Ambiental para la Acuicultura (“**RAMA**”), como las INFAS o las CPS.

Es decir, esta Superintendencia a través del Acto Administrativo Recurrido está desconociendo la propia metodología que aplicó para fundar el pliego de cargos, a partir de la cual respetaba las actuaciones que la autoridad sectorial realizó a propósito de la interpretación de los instrumentos establecidos en el RAMA.

Dicho aquello y sólo a modo de ejemplo, esta Superintendencia se ha extralimitado de sus competencias a propósito de lo establecido en el resuelvo VII, relativo al requerimiento de información efectuado a Cooke, particularmente respecto de la información contenida en las letras a), b), c) y d), por un lado, y respecto de los antecedentes requeridos en las letras g), h), i), k) y m), por otro, todas correspondientes al numeral 1°.

En primer lugar, las letras a), b), c) y d) del numeral 1° dicen relación, en términos generales, con la fiscalización del cumplimiento del artículo 4°, letra e) del RAMA, pero por medio de los estándares establecidos en la Resolución Exenta N°1821, de 18 de agosto de 2020, que establece la metodología para el levantamiento de información, procesamiento y cálculos del estudio de ingeniería, y especificaciones técnicas de las estructuras de cultivo (“**RE 1821**”). Al respecto, es necesario destacar que el cumplimiento del estándar fijado en dicha resolución, que entra en plena vigencia en agosto de 2023, no es el estándar que ha regulado a los CES fiscalizados a propósito del aseguramiento del sistema de fondeo de estructuras.

Así, no corresponde que se le exija a Cooke la siguiente información en el contexto de un procedimiento sancionatorio iniciado por hechos ocurridos entre 2017 y 2019:

- 1) Configuración de las infracciones y circunstancias del artículo 40 letra a) de la LOSMA:
 - a. Estudios de ingeniería y memorias de cálculo de fondeo de módulos de cultivo y estructuras de apoyo, como pontones de habitabilidad, plataformas flotantes, bodegas, boyas para embarcaciones, y otras estructuras utilizadas en los CES Huillines 2 y Huillines 3, respecto de los ciclos productivos entre 2012 a la fecha.
 - b. Estudios de ingeniería y memorias de cálculo de fondeo de módulos de cultivo y de estructuras de apoyo, como pontones de habitabilidad, plataformas flotantes, bodegas, boyas para embarcaciones, etc. del CES Punta Garrao respecto de los ciclos productivos desde el año 2017 a la fecha.
 - c. Certificaciones de seguridad y certificados de mantenimiento de módulos de cultivo y estructuras de apoyo, junto a copia de las bitácoras respectivas, donde conste la realización de las certificaciones mencionadas, de los CES Huillines 2 y Huillines 3, respecto de los ciclos productivos entre 2012 a la fecha. En el caso del CES Punta Garrao deberá ser respecto de los ciclos productivos realizados desde el año 2017 a la fecha.
 - d. Estudios y planos batimétricos, estudio de corrientes, estudio geográficos, meteorológicos y oceanográficos respecto al sitio de emplazamiento de las concesiones de los CES Huillines 2, CES Huillines 3 y CES Punta Garrao, que se tuvieron a la vista para la elaboración de las memorias de cálculo respectivas para los ciclos productivos realizados desde el año 2012 a la fecha¹

Adicionalmente, el organismo sectorial competente para fiscalizar el cumplimiento de del artículo 4 letra e) del RAMA corresponde al SERNAPESCA quien, a día de hoy, y no estando plenamente vigente la Resolución 1821, lo que fiscaliza es la certificación de estructuras 30 días después que finaliza la siembra y luego cada 12 meses, en el supuesto que existan peces en el agua.

Así, la fiscalización del cumplimiento de esta norma por medio de la metodología actualmente en uso corresponde a SERNAPESCA y no a esta Superintendencia, por lo que el requerimiento de la información recién indicada escapa del ámbito de atribuciones de la SMA.

Igualmente, en cuanto a la inspección ambiental que encarga a su oficina regional, se debe hacer presente que dicha inspección corresponde con la información a recabar para elaborar una INFA de CES de categoría 3 y 4, cuyo análisis corresponde a SERNAPESCA, que es la autoridad encargada de determinar si, con las mediciones recabadas, puede concluirse que el CES respectivo se encuentra en condiciones aeróbicas compatibles con el medio ambiente.

Así se establece en el artículo 19 bis del RAMA que señala:

La INFA será elaborada por el Servicio, por cuenta y costo de los titulares de los centros de cultivo, de conformidad con el artículo 122 bis de la Ley. Para tales efectos, el Servicio podrá encomendar esta labor, previa licitación, a personas naturales o jurídicas, inscritas en el registro a que se refiere el artículo 122 letra k) de la ley.

El Servicio podrá solicitar al titular o a quien tenga un derecho inscrito en el registro de concesiones para operar el centro de cultivo, la información que sea necesaria para la elaboración de la INFA.

El Servicio deberá remitir copia de las INFA que elabore a la Subsecretaría.

Cabe destacar además que la interpretación realizada por SERNAPESCA, como organismo fiscalizador del cumplimiento del RAMA, se hace conforme a los límites de aceptabilidad que establece la Resolución Exenta N°3612, de 2009, que clasifica los CES en categorías y que sólo puede interpretarse según lo que la referida resolución indica, sin poder extrapolar el resultado de una categoría a otra, dado que obedece a la interpretación experta de quien elaboró la norma (donde participó, entre otros, un comité técnico). Es decir, no se puede cambiar el criterio de evaluación del efecto ambiental de un CES con ciertas características o categoría de otro, sin tener un respaldo científico de la autoridad competente y que esté amparado en la normativa vigente.

En segundo lugar, respecto de la información contenida en las letras g), h), i), k) y m), del numeral 1°, cabe indicar que corresponde a información que los particulares entregan regularmente al SERNAPESCA a través del Sistema de Información para la Fiscalización de Acuicultura (“SIFA”), a lo largo de todo el ciclo productivo y al cierre de éste. Por lo mismo, esta información debe ser obtenida por la SMA oficiando directamente al SERNAPESCA, en virtud del principio de coordinación administrativa que rige su actuar y del artículo 52 de la LOSMA, que establece que concluidos los plazos del probatorio - como sucede en este caso- la Superintendencia podrá requerir los informes de otros organismos sectoriales con competencia ambiental, que estime pertinentes para ilustrar su resolución.

Con todo, cabe destacar lo establecido en la letra d) del artículo 17 de la LBPA, que dispone que los particulares, en sus relaciones con la Administración del Estado, tienen derecho a: *“d) Eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento o que emanen y se encuentren en poder de cualquier órgano de la Administración del Estado. En este último caso, dichos documentos deberán ser remitidos por el órgano que los tuviere en su poder a aquel que estuviere tramitando el procedimiento administrativo;”*.

Todo lo expuesto es sumamente relevante, pues la SMA no es el organismo competente para interpretar la información indicada en este apartado, correspondiéndole exclusivamente a la autoridad sectorial hacerlo. Por lo mismo, el requerimiento directo de dichos antecedentes a mi representada vulnera la regulación sectorial y deja en

evidencia la extralimitación en que ha incurrido esta Superintendencia al formular un requerimiento de información en los términos expuestos.

En efecto, atendido que se trata de información sectorial, que se entrega a dichos organismos y que dichos organismos interpretan, aun cuando llegue a estos autos por los mecanismos establecidos en la ley, es decir, oficiando a dichas reparticiones, esta Superintendencia igualmente no se encontrará facultada para interpretar dicha información de manera vinculante respecto de mi representada de una manera diversa a la que ya lo han hecho dichos organismos, en aquello que sea aplicable a los CES de mi representada.

IV. Las diligencias probatorias decretadas por esta Superintendencia son evidentemente impertinentes

El artículo 50 de la LOSMA dispone que recibido los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, esta Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, pudiendo ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean **pertinentes** y la recepción de los demás medios probatorios que procedan.

En igual sentido, el inciso segundo del artículo 35 de la LBPA establece que cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor de éste ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue **pertinentes**.

Es decir, la prueba que pretenda incorporar el órgano instructor al procedimiento administrativo debe cumplir con el estándar de pertinencia exigido en la ley.

Dicho aquello, respecto de la prueba considerada impertinente, se ha dicho que es aquella que no guarda relación con los hechos que son objeto de prueba del procedimiento, es decir, no se adecúa al fin que con ella se persigue, esto es, la demostración del hecho discutido¹¹. En otras palabras, la prueba impertinente es aquella que “no es congruente con

¹¹ BARRERO, C. 2003. La prueba en el procedimiento administrativo. Navarra, Editorial Aranzadi S.A. p. 256.

la actuación contenida en los cargos y que, además, tampoco guarda relación con los hechos esgrimidos en la defensa”¹².

Tal como señaló esta propia Superintendencia en el recurso de protección tramitado a propósito de la prueba de mi representada -que se negó originalmente a proveer de manera legal, fundado en el test de pertinencia- **la pertinencia constituye un requisito legal para la procedencia de la realización de toda prueba en el marco del procedimiento sancionatorio que sigue la SMA.**

52. S.S. Itma., justamente la resolución impugnada buscó que el titular acreditase la pertinencia y conducencia de los medios probatorios que Cooke solicitó en sus descargos, presentados con fecha 03 de mayo de 2022. **Se trata de requisitos legales para la procedencia de la realización de prueba en el marco del procedimiento sancionatorio que sigue la SMA, cuestión que desconoce absolutamente la recurrente.**

(ii) Lo ordenado por la SMA mediante el acto impugnado obedece a los requisitos probatorios que exige la LOSMA, en cuanto a que la prueba ofrecida en el procedimiento debe ser conducente y pertinente para ser admitida por la SMA.

Nótese que en dicho caso esta Superintendencia puso en duda la solicitud de un informe pericial y la declaración de 4 testigos, pese a que esa prueba apuntaba a la acreditación de los antecedentes expuestos por mi representada de manera taxativa en los descargos, es decir, en la defensa directa de los hechos objeto del procedimiento.

Ahora, olvidando completamente “los requisitos probatorios que exige la LOSMA” esta Superintendencia ordena la realización de más de 21 nuevas diligencias “probatorias”, que no tienen relación ni temporal ni material con los hechos contenidos en los cargos formulados, algunas de las cuales ni siquiera se corresponden con la categoría de los CES de mi representada y orientadas todas, según las propias normas citadas en la resolución, en la determinación de la “cuantía” de una multa por una responsabilidad que aun siquiera ha sido establecida.

¹² ISENSEE, C. 2016. Debido proceso y su recepción en la Ley N°19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. Revista de Derecho Público, p. 88.

Así, como se constatará a continuación, las diligencias probatorias decretadas por esta Superintendencia resultan impertinentes por diversas circunstancias, tanto respecto de su temporalidad –abarcan periodos no comprendidos en los cargos formulados–, como de las materias específicas objeto del pliego de cargos.

(i) Sobre la temporalidad de los antecedentes solicitados en el requerimiento de información

A diferencia de lo que sucede en otras ramas del derecho administrativo sancionador, en materia ambiental la LOSMA establece claramente que el plazo de prescripción de las infracciones administrativas es de 3 años:

“Artículo 37.- Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas”.

De este modo, considerando que el pliego de cargos fue notificado el 20 de abril de 2021, nos encontramos con que esta Superintendencia únicamente pudo formular cargos respecto de conductas sucedidas a partir del 20 de abril de 2018, es decir, tres años antes, por lo que, en consecuencia, los hechos que podrían ser considerados para cualquier diligencia probatoria que se decrete dentro de este procedimiento sancionatorio deben necesariamente comprenderse en el mismo periodo que podría ser cubierto por el referido pliego de cargos. De otro modo, cualquier resultado probatorio obtenido fuera del marco temporal fijado por el propio pliego de cargos carecería de la más absoluta pertinencia para el objeto de este proceso.

Pese a lo anterior, como puede observarse en el Acto Administrativo Recurrido y sólo por mencionar algunos ejemplos, el alcance del requerimiento de información abarca periodos que exceden el marco temporal fijado para este procedimiento, de conformidad a lo establecido en la LOSMA.

Por ejemplo, a propósito del resuelvo VII, referido al requerimiento de información a Cooke, el periodo comprendido abarca incluso desde el año 2012:

- a. Estudios de ingeniería y memorias de cálculo de fondeo de módulos de cultivo y estructuras de apoyo, como pontones de habitabilidad, plataformas flotantes, bodegas, boyas para embarcaciones, y otras estructuras utilizadas en los CES Huillines 2 y Huillines 3, respecto de los ciclos productivos entre 2012 a la fecha.

- d. Estudios y planos batimétricos, estudio de corrientes, estudio geográficos, meteorológicos y oceanográficos respecto al sitio de emplazamiento de las concesiones de los CES Huillines 2, CES Huillines 3 y CES Punta Garrao, que se tuvieron a la vista para la elaboración de las memorias de cálculo respectivas para los ciclos productivos realizados desde el año 2012 a la fecha¹

- f. Modelo de dispersión y concentración de contaminantes generados por los CES Huillines 2, CES Huillines 3 y CES Punta Garrao en el medio marino. Se deberá presentar los resultados de dicha modelación, efectuados en el peor escenario de depositación, que existan y sean posteriores al año 2013, o bien se deberá realizar una nueva modelación y presentar sus resultados a esta Superintendencia.

- g. Resumen de condición sanitaria de los CES Huillines 2, CES Huillines 3, CES Punta Garrao desde los ciclos desde 2013 a la fecha, donde se indique, condición sanitaria, stock de peces, peso promedio, principales causas de mortalidad, mortalidad acumulada y resumen de tratamientos orales. Deberá acompañar copia de las bitácoras veterinarias de cada uno de los ciclos.

- h. Informe sobre los medicamentos y antiparasitarios, cantidades y dosis administradas desde los ciclos de 2013 a la fecha en el CES Huillines 2, CES Huillines 3 y CES Punta Garrao. Deberá acompañar ficha técnica de cada una de las sustancias administradas.

- m. Informe consolidado de producción histórica de los CES Huillines 2 y Huillines 3, que dé cuenta de la fecha de inicio y término de cada ciclo productivo, especie y cantidad de ejemplares sembrados, peso inicial de los individuos en kg., peso cosecha de los individuos en kg., mortalidad acumulada en cada ciclo en toneladas, producción total alcanzada en cada uno de los ciclos productivos. Dicha información deberá presentarse sistematizada en formato Excel.

- a. Estados Financieros (Balance General, Estado de Resultados y notas a los Estados Financieros) de Cooke Aquaculture Chile S.A. correspondientes a los años 2021 y 2022 y Balances Tributarios de la empresa desde el año 2013 a 2022. Se hace presente que, respecto de los períodos en que la empresa no cuente con los antecedentes solicitados debe especificar las circunstancias que lo justifiquen y acompañar medios equivalentes y fehacientes.
- b. Respecto de cada uno de los meses del periodo comprendido desde enero de 2013 a la fecha, la empresa deberá informar lo siguiente, **respecto del CES Huillines 2 y del CES Huillines 3 (por separado) y de cada uno de sus ciclos productivos:**
 - i. Ingresos mensuales por venta de biomasa cosechada.
 - ii. Cantidades de biomasa vendida mensualmente (toneladas).
 - iii. Costos de producción de biomasa mensuales, desagregados por ítem.
 - iv. Gastos de administración y ventas mensuales, desagregados por ítem.
 - v. Cantidad de biomasa cosechada mensualmente (toneladas), cuando corresponda, según las siguientes fuentes: SIFA, Declaración Jurada de Cosecha y Plataforma de Trazabilidad.

En definitiva, como esta Superintendencia puede constatar, el periodo abarcado en el requerimiento de información incluye información de años que no pueden ser considerados en el presente procedimiento sancionatorio, pues escapan del marco temporal en el que debe enmarcarse, siendo, en tal sentido, totalmente impertinentes los antecedentes requeridos por el Acto Administrativo Recurrido.

(ii) Sobre el marco de discusión fijado en el presente procedimiento administrativo

Si bien cuando la autoridad administrativa decreta la apertura de un término probatorio no es necesario que en la resolución administrativa que reciba el cargo a prueba se fijen los hechos que deban ser probados, sabemos que los hechos a probar serán aquellos señalados dentro de la etapa de instrucción, entendiéndose por tal aquellos referidos dentro de los respectivos cargos y descargos, sobre los cuales se suscite controversia y sean relevantes y pertinentes para la resolución del procedimiento.

En este sentido se ha pronunciado la doctrina, al señalar que las pruebas que se incorporen al procedimiento serán aquellas *“que se refieran a cualquier hecho que, de alguna forma, sea tomado en cuenta por el Derecho aplicable en la resolución que haya de dictarse, y ello,*

a su vez, puede depender de la acusación y la defensa, es decir, de los hechos que hayan introducido como fundamento de sus respectivas pretensiones”¹³.

Sin embargo, en atención a los términos del requerimiento de información y de la inspección ambiental decretada, los antecedentes y hechos descritos en ambas diligencias están fuera del marco de discusión fijado para este procedimiento, es decir, aquello indicado en los cargos y descargos, que dice relación con:

- **Cargo N° 1, 5 y 7:** Emplazamiento de estructuras fuera del área de concesión.
- **Cargo N° 2:** No contar al momento de la fiscalización con un plan de contingencia ante derrames de hidrocarburos.
- **Cargo N° 3:** Superar la producción máxima de salmónidos contemplada en la RCA durante el ciclo productivo ocurrido entre septiembre de 2017 y febrero de 2019.
- **Cargo N° 4:** No contar al momento de la fiscalización con un plan de contingencia ante eventos de interacción de huillines o nutrias de río con el centro de cultivo.
- **Cargo N° 6:** Existencia de residuos de origen acuícola a orillas del borde costero.
- **Cargo N° 8 y 9:** Supuesta modificación de proyecto consistente en una producción mayor a la indicada en el proyecto técnico aprobado por la Subsecretaría de Pesca, eludiendo el ingreso al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”).

Además de la configuración de las circunstancias agravantes consistentes en ejecutar la actividad al interior de un área silvestre protegida: el Parque Nacional Laguna San Rafael, de eludir al SEIA al producir por sobre lo establecido en el proyecto técnico y de incumplir gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo con lo previsto en la respectiva RCA.

Conforme se puede apreciar, pese a que la controversia de autos se encuentra claramente delimitada, el Acto Administrativo Recurrido, no especifican a qué cargo o hecho controvertido apuntan en específico las diligencias instruidas, especialmente considerando su amplitud tanto desde un punto de vista temporal como material.

¹³ ALARCÓN, L. 2007. El procedimiento administrativo sancionador y los Derechos Fundamentales. Madrid, Thomson Civitas. p. 315.

En efecto, no estando en discusión ni existiendo cargos sobre la mantención o seguridad de los módulos de cultivo, o el escape de peces, no tiene sentido que se solicite información sobre el cumplimiento de la Resolución N°1821-2020, la que, además, aun no se encuentra plenamente vigente en lo que dice relación con los aspectos técnicos solicitados en el Acto Administrativo Recurrido, como por ejemplo, la elaboración de la memoria de cálculo de fondeo.

Tampoco se encuentra en discusión, la correcta o incorrecta metodología de las memorias de cálculo, por lo que carece de pertinencia toda la información y el detalle con que se solicita dicha información, el que, además, conforme veremos a continuación, es errado en relación con los CES y el periodo en que se solicita.

V. Esta Superintendencia decretó diligencias derechamente erradas

El Acto Administrativo Recurrido decretó diligencias que derechamente están erradas, atendiendo a las características de los centros de cultivo fiscalizados y a la normativa sectorial que les resultaba aplicable.

A modo general, se debe hacer presente que gran parte de la información solicitada, dice relación con estudios, certificaciones o certificados que no resultan aplicables al caso en cuestión, ya sea porque a la fecha de aplicación de los cargos, no estaba regulado, o porque dicen relación con categorías de Centros distintos a los de Cooke que están siendo objeto de cargos.

Así, en cuanto a la inspección ambiental decretada en el Acto Administrativo Recurrido, esta erróneamente establece la metodología aplicable a los centros de cultivo de categoría 3 y 4, siendo que los 3 CES de mi representada, objeto del procedimiento sancionatorio, son todos de categoría 5.

Esta categorización de los Centros resulta sumamente relevante, pues atiende a las características particulares del CES y a los estándares de medición que le resultan legalmente aplicables en virtud de dichas características. En este sentido, a un CES de categoría 5, de una profundidad de más de 60 metros, no pueden solicitársele mediciones establecidas en la ley para CES de categoría 3 y 4, que, por su profundidad menor, están sujetos a otro tipo de medición de variables medioambientales.

No puede pasarse por alto que la condición ambiental y el monitoreo de la aerobía de los 3 CES, ya ha sido realizado por SERNAPESCA, durante todos los ciclos productivos objeto de la formulación de cargos e incluso para los ciclos más recientes que no han sido objeto de cargos. Mediante esta nueva inspección ambiental se pretende no sólo desconocer el trabajo realizado por SERNAPESCA, sino directamente invadir sus facultades y competencias, con la utilización, además, de procedimientos y mediciones que no resultan legalmente aplicables a los CES sometidos al procedimiento sancionatorio y que, por lo mismo, no podrán ser interpretadas válidamente.

Igualmente, en cuanto a la solicitud de CPS, se obvia que los Centros de Cooke Huillines 2 y 3, son anteriores a la vigencia del SEA, por lo que no cuentan ni deben contar con una CPS.

En definitiva, atendido que las “nuevas diligencias probatorias” ordenadas en el Acto Administrativo Recurrido no se corresponden **(i)** con la etapa del procedimiento en que nos encontramos; **(ii)** con el fin de las competencias de fiscalización que tiene esta Superintendencia; **(iii)** con la competencia específica que tiene el fiscal instructor en este procedimiento; **(iv)** con la materia objeto de cargos; y, **(v)** con la regulación que resultaba aplicable a los CES de mi representada al momento de la formulación de cargos, lo que corresponde es que sean dejadas sin efecto.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto,

SOLICITO A UD., tener por interpuesto fundado recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N°11, de fecha 6 de enero de 2023, en aquella parte que resolvió decretar la realización de las diligencias probatorias consistentes en requerir información que indica a Cooke y en pedir a la Oficina Regional SMA Región de Aysén la práctica de una inspección ambiental, en los términos indicados en dicha resolución y a costa de Cooke, solicitando que el Acto Administrativo Recurrido sea modificado, prescindiendo de la realización de dichas diligencias ordenadas.

OTROSÍ: Por el presente acto, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la LBPA, solicito a UD. se sirva disponer la suspensión de la tramitación del presente procedimiento administrativo, en tanto no se resuelva la petición contenida en lo principal de esta presentación.