

MAT.: 1. Recurso de Reposición por rechazo de Programa de Cumplimiento. 2. Acompaña Informe en Derecho

REF.: Expediente Sancionatorio en contexto de Autodenuncia Rol N° A-016-2023.

ANT.: Res. Ex. N° 1/Rol N°A-016-2023, de 28 de enero de 2025, que rechaza Programa de Cumplimiento CES Córdova 5, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Santiago, 4 de febrero de 2025.

Sr. Daniel Garcés Paredes

Jefe División de Sanción y Cumplimiento

Superintendencia del Medio Ambiente

Presente

De mi consideración:

José Luis Fuenzalida Rodríguez, en representación de **AUSTRALIS MAR S.A.** (“Australis”, “Compañía” o “Titular”), ambos domiciliados para estos efectos en Decher N°161, Puerto Varas, Región de Los Lagos, en procedimiento sancionatorio instruido en contexto de autodenuncia **Rol N°A-016-2023**, al Sr. Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento (“DSC”) de la Superintendencia del Medio Ambiente (“Superintendencia” o “SMA”), respetuosamente digo:

Que, en este acto y conforme a lo establecido en el artículo 10 del texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”) y en el artículo 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 (“LPA”), deduzco dentro del plazo legal de cinco días hábiles, recurso de reposición (“Recurso de Reposición”) en contra de la Res. Ex. N°9/Rol N° A-016-2023, emanada de la DSC con fecha 28 de enero de 2025 (“Resolución Recurrida”), notificada con la misma fecha, mediante el cual se rechaza el Programa de Cumplimiento (“PdC”) presentado por Australis y, consecuentemente, por medio de la cual se levanta la suspensión del procedimiento sancionatorio decretada en el Resuelvo VI de la Res. Ex. N°1/Rol N°A-016-2023 (“Formulación de Cargos”). Todo lo anterior, en virtud de los fundamentos de hecho y argumentos de derecho desarrollados en el cuerpo de esta presentación.

Como petición concreta del presente Recurso de Reposición, solicito respetuosamente al Sr. Jefe de la DSC tenerlo por presentado, admitirlo a trámite, y previa instrucción del procedimiento administrativo recursivo, **dejar sin efecto la Resolución Recurrida**

aprobando el PdC presentado por Australis, en base al mérito del expediente del proceso sancionatorio.

CONTENIDO

I.- RESOLUCIÓN RECURRIDA	2
II.- ANTECEDENTES GENERALES	3
1.- Unidad Fiscalizable materia del Expediente A-016-2023: “Centro de Engorda de Salmónidos CES Córdova 5”	3
2.- Autodenuncia presentada con fecha 27 de octubre de 2022.....	3
3.- De la Formulación de Cargos y el presente proceso sancionatorio	4
III.- MATERIA OBJETO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN	5
IV.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y ARGUMENTOS DE DERECHO MATERIA DEL PRESENTE RECURSO DE REPOSICIÓN.....	6
1.- La propuesta actualizada de la acción N°3 cumple con los criterios de Integridad (en su segundo aspecto) y de Eficacia, en razón a consideraciones estrictamente ambientales	6
1.1. <i>El esquema propuesto para hacerse cargo de la sobreproducción fue materia de requerimiento de información expreso de la SMA, previo a la declaración de admisibilidad de la Autodenuncia</i>	7
1.2. <i>La justificación ambiental del esquema propuesto fue reiterado, reforzado y mejorado en el proceso iterativo de análisis del PdC de Australis, al atender las observaciones de la SMA</i>	13
1.2.1. Propuesta del PdC Original, 9 de mayo de 2023	14
1.2.2. Propuesta del PdC Refundido Primera Versión: Justificación adicional de la escala de Ecosistema	18
1.2.3. Propuesta PdC Refundido Segunda Versión: Reducción operacional en CES ubicados en el mismo cuerpo, curso de agua o fiordo	24
1.2.4. Conclusión	30
2.- Consistente con lo anterior, el PdC no incurre en los “criterios negativos” para su aprobación	30
3.- Finalmente, la SMA no pondrá fundadamente las circunstancias excepcionales del caso ...	32
V.- PETICIÓN CONCRETA DEL PRESENTE RECURSO DE REPOSICIÓN.....	35
VI.- ACOMPAÑA INFORME EN DERECHO.....	35

I.- RESOLUCIÓN RECURRIDA

La Resolución Recurrida objeto del presente Recurso de Reposición dispone en el numeral I de su parte resolutiva:

“RECHAZAR EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO refundido presentado por Australis Mar S.A, con fecha 14 de agosto de 2024, en relación con las infracciones según el artículo 35 literal a) de la LOSMA.”.

La Resolución Recurrida ha sido dictada en el marco de uno de los procedimientos sancionatorios iniciados con motivo y ocasión de la autodenuncia (“Autodenuncia”) presentada con fecha 27 de octubre de 2022 por Australis con arreglo al artículo 41 de la Ley Orgánica de la Superintendencia (“LO-SMA”), referida más adelante.

II.- ANTECEDENTES GENERALES

1.- Unidad Fiscalizable materia del Expediente A-016-2023: “Centro de Engorda de Salmónidos CES Córdova 5”

Como ha sido señalado a lo largo del presente procedimiento, el Grupo Australis, conformado para estos efectos por Australis Mar y sus filiales (incluyendo sus empresas relacionadas) es una compañía del giro acuícola, que se dedica a la reproducción, engorda y comercialización de especies salmonidas, presente en cinco regiones del sur de Chile (Biobío, La Araucanía, Los Lagos, Aysén y Magallanes). Un tema relevante para estos efectos consiste en que Australis es actualmente controlada por el grupo chino JOYVIO GROUP.

Australis es titular de los siguientes proyectos de Centros de Engorda de Salmones (“CES”) con sus respectivas Resoluciones de Calificación Ambiental (“RCA”):

Australis es titular del proyecto “Centro de Engorda de Salmones. Estero Córdova, al Sur de Caleta Baker, Isla Desolación. PERT 207121253”, calificado favorablemente en lo ambiental mediante Resolución Exenta N°155 de 23 de septiembre de 2015, de la Comisión Regional de Medio Ambiente de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena (“RCA N°155/2015”).

2.- Autodenuncia presentada con fecha 27 de octubre de 2022

Como asimismo ha sido señalado reiteradamente, a partir del cambio de controlador de Australis, materializado a mediados de 2022, dado el inicio de formulaciones de cargo por sobreproducciones en ciclos asociados a la anterior planificación productiva de Australis en sus CES, se define por la nueva administración la necesidad de un ajuste global de producción de la Compañía, mandatada por la normativa aplicable, y de una gestión orientada al cumplimiento ambiental.

Lo anterior tuvo como antecedente la participación voluntaria y colaborativa de Australis en el Programa Piloto de *Compliance* de la SMA, siendo la primera empresa del rubro acuícola en incorporarse, que identifica las principales variables de control de los CES, los mecanismos de control pertinentes, la definición de alertas tempranas y acciones correctivas oportunas y los sistemas de seguimiento disponibles, privilegiando la entrega de datos en línea a la autoridad, y el trabajo desarrollado para escalar este programa a todos los CES de la Compañía en un Programa Integral de *Compliance* Ambiental.

Dicha instancia se originó a raíz de la invitación por parte de la División de Fiscalización de la SMA a un taller de promoción al cumplimiento, luego del cual se inició un trabajo conjunto entre la Superintendencia y Australis que, de hecho, sirvió de base para la autoridad para el desarrollo de instancias de promoción de *Compliance* en el rubro acuícola.

En el marco de este trabajo la Compañía detectó hechos susceptibles de constituir una infracción de competencia de la SMA en la operación de sus CES, por lo cual, de conformidad con lo señalado en el artículo 41 de la LO-SMA, en el párrafo 2º del Reglamento de Autodenuncia, Programas de Cumplimiento y Planes de Reparación (“**Reglamento**”) y, en la Guía para la presentación de Autodenuncias por infracciones a instrumentos de carácter ambiental de septiembre de 2018 (“**Guía**”) con fecha 27 de octubre de 2022 Australis presentó ante esta autoridad una Autodenuncia.

Conforme se indicó en la Autodenuncia, estos hechos consisten en la superación del máximo de producción en toneladas de biomasa autorizada ambientalmente en 33 CES de Australis en ciclos productivos iniciados con siembra entre los años 2018 a 2021, implicando una sobreproducción total de 81.060 toneladas al 23 de octubre de 2022, según lo informado en la Autodenuncia.

Mediante Resolución Exenta N°2145, de 6 de diciembre de 2022, la SMA formuló un requerimiento de información a Australis, el que fue debidamente respondido a través de la presentación de fecha 26 de diciembre de 2022, siendo relevante para estos efectos, que incluyó un requerimiento de antecedentes acerca del plan de reducción operacional para hacerse cargo de la sobreproducción, materia del presente Recurso de Reposición.

Posteriormente, mediante Resolución Exenta N°421, de fecha 7 de marzo de 2023 la Autodenuncia fue admitida a trámite respecto de 31 CES que fueron objeto de dicha presentación, incluyendo el CES materia de este proceso. Así, la SMA inició distintos procedimientos sancionatorios, uno de los cuales corresponde al presente ROL A-016-2023, respecto de la Unidad Fiscalizable Córdova 5

3.- De la Formulación de Cargos y el presente proceso sancionatorio

Como consecuencia de la admisibilidad de la Autodenuncia, con fecha 17 de abril de 2023, mediante la Resolución Exenta N°1, dictada en el Procedimiento Sancionatorio ROL A-016-2023, se formuló el siguiente cargo a Australis respecto del CES Córdova 5, objeto del presente Recurso de Reposición:

Tabla 1: Cargo formulado en Res. Ex. N°1/Rol A-016-2023

Hecho Infraccional	Gravedad
Superar la producción máxima autorizada en el CÓRDOVA 5 (RNA 120217), durante el ciclo productivo ocurrido entre 13 de	<ul style="list-style-type: none">• Grave, por contravenir las disposiciones pertinentes y que alternativamente incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad de acuerdo a lo previsto en la

diciembre de 2019 y 4 de julio de 2021.	respectiva RCA (artículo 36 N°2 letra e) de la LO SMA). • Grave, en tanto se trata de hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización (artículo 36 N°2 literal i) de la LO-SMA)
---	---

III.- MATERIA OBJETO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Por medio del presente Recurso de Reposición se solicita enmendar la Resolución Recurrida disponiendo en su lugar la aprobación del PdC presentado por Australis, respecto del CES Córdova 5, ya que a juicio de Australis concurren todos y cada uno de los requisitos para la aprobación del mismo, conforme al artículo 9° del Reglamento:

Artículo 9 del Reglamento. *“Criterios de aprobación. La Superintendencia para aprobar un programa de cumplimiento deberá atenerse a los siguientes criterios:*

a) Integridad: Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos.

b) Eficacia: Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción.

c) Verificabilidad: Las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.

En ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios” (lo destacado es nuestro).

A su respecto, la Resolución Recurrida da por cumplido el criterio reglamentario de Integridad en su primer aspecto (*“hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido”*) y el criterio reglamentario de Verificabilidad. Lo anterior se desprende de los Considerandos 14, 16 y 61 de la Resolución Recurrida:

“14. El criterio de integridad contenido en la letra a), del artículo 9 del D.S. N° 30/2012, indica que el PDC debe contener acciones y metas para hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido, así como también de sus efectos.” (destacado en el original).

“16. La propuesta de la empresa para el CES CÓRDOVA 5 (RNA 120217), contempla un total de 7 acciones principales, y 1 acción alternativa, dirigidas a abordar la totalidad de los hechos constitutivos de infracción asociados a dicho CES, contenidos en la Res. Ex. N° 1/Rol A-016-2023. En este contexto, y sin perjuicio del análisis que se realice sobre la eficacia de dichas acciones, se considera que, en términos cuantitativos, la propuesta cumple con el criterio de integridad” (lo destacado es nuestro).

“61. En este punto, el programa de cumplimiento incorpora medios de verificación que se consideran idóneos y suficientes, aportando información exacta y relevante, que permitirán evaluar el cumplimiento de cada una de las acciones propuestas.

Se hace presente que los distintos medios de verificación, indicados para cada reporte, guardan armonía y sentido con los indicadores de cumplimiento respectivos” (lo destacado es nuestro).

De este modo, en atención a que la Resolución Recurrida da por cumplidos este criterio en los términos expuestos, no son materia del presente Recurso de Reposición.

Así, en virtud de este Recurso de Reposición se solicita enmendar la Resolución Recurrida disponiendo en su lugar la aprobación del PdC, ya que respecto de la acción N°3 del PdC (“*Hacerse cargo de la totalidad de la sobreproducción constatada en el ciclo productivo ocurrido 13 de diciembre de 2019 y 4 de julio de 2021*”) se debe tener por cumplidos los demás requisitos de aprobación del artículo 9º del Reglamento, en concreto el criterio de **Integridad en su segundo aspecto** (“*Las acciones y metas deben hacerse cargo de ...sus efectos*”), de **Eficacia** y descartar la concurrencia de los “**criterios negativos**” del inciso segundo del artículo 9º del Reglamento.

En cuanto a las demás acciones del PdC (Nº1, 2 y 4) respecto de las cuales la SMA no se pronuncia en la Resolución Recurrida (Considerando 59), cabe tener presente que son planteadas en el PdC en los mismos términos que las acciones de otros PdC que han sido aprobados a la fecha por la SMA en el marco de la Autodenuncia.

Por todas estas consideraciones el PdC debe ser aprobado por ajustarse a derecho y al mérito del expediente.

IV.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y ARGUMENTOS DE DERECHO MATERIA DEL PRESENTE RECURSO DE REPOSICIÓN

En virtud del presente Recurso de Reposición se solicita enmendar la Resolución Recurrida disponiendo en su lugar la aprobación del PdC en atención a que la acción N°3 del mismo **cumple con los requisitos de aprobación del artículo 9º del Reglamento**, contrario a lo sostenido en la Resolución Recurrida, que exige que la reducción operacional tenga lugar en el mismo CES infractor, fijando una exigencia extra legal y extra reglamentaria, estableciendo en la práctica un impedimento para el PdC al margen de su marco regulatorio.

En términos concretos, la propuesta de Australis para hacerse cargo de la sobreproducción, que distinguía entre CES infractores y CES de compensación fue un elemento esencial para presentar la Autodenuncia, siendo un tema especialmente relevado en el marco de la tramitación de la misma, incluso antes de ser declarada admisible y, consecuentemente, antes de la Formulación de Cargos.

1.- La propuesta actualizada de la acción N°3 cumple con los criterios de Integridad (en su segundo aspecto) y de Eficacia, en razón a consideraciones estrictamente ambientales

Como es presentado en este acápite del Recurso de Reposición, el esquema de Australis ha sido relevado en todo el proceso Autodenuncia – PdC, siempre invocando un fundamento ambiental, que se fue enriqueciendo al atender las observaciones formuladas por la SMA, en el marco del análisis del PdC.

1.1. El esquema propuesto para hacerse cargo de la sobreproducción fue materia de requerimiento de información expreso de la SMA, previo a la declaración de admisibilidad de la Autodenuncia

Para el cese de la infracción presentada en la Autodenuncia, Australis implementó un **Ajuste Global de Producción** que se estructuraba sobre dos ejes. El primer eje consistió en cumplir con el límite de producción aprobado ambientalmente, como resultado del cual, antes de la declaración de admisibilidad de la Autodenuncia no existían CES con sobreproducción en Australis.¹ El segundo eje consistió en compensar la totalidad de la sobreproducción autodenunciada, sin poner en riesgo la continuidad de Australis, por medio de una propuesta de compensación seria y responsable, fundada en consideraciones ambientales. Los criterios esenciales de la planificación de la Autodenuncia son los siguientes:

- (i) *Dar total cumplimiento a los límites de producción aprobados ambientalmente, según cada una de las respectivas RCA de cada CES.*
- (ii) *Compensar la totalidad de la sobreproducción autodenunciada, dejando de producir en ciclos completos en diversos CES.*
- (iii) *Compensar en CES productivos, vale decir, que han formado parte del Plan Productivo de la Compañía, ya sea que hayan operado o se encuentren en condición de operar con niveles relevantes de biomasa según sus respectivas autorizaciones en RCA. En tal sentido, todos los CES considerados han operado en ciclos pasados, a excepción de dos CES cuya entrega material es reciente². Ello fue debidamente acreditado.*
- (iv) *Priorizar la compensación de producción en CES ubicados al interior de la Reserva Nacional Kawésqar (seis de los ocho CES de compensación) y, además, en las proximidades de la Reserva Forestal Las Guaitecas (todos los seis CES de compensación).*
- (v) *Compensar considerando ciclos productivos con especies sembradas anteriormente en el mismo CES.*

Como fue señalado previamente, con fecha 26 de diciembre de 2022 se dio respuesta por Australis al requerimiento de información contenido en la Resolución Exenta N°2145, de 6 de diciembre de 2022, en el cual expresamente se incluyó la siguiente observación por la SMA:

f. Justificar la idoneidad ambiental de la compensación por la sobreproducción, mediante CES que no son objeto de la autodenuncia, así como los criterios

¹ Conforme fuera informado en la respuesta al Requerimiento de Información formulado mediante Res. Ex. N° N°2145, de 6 de diciembre de 2022 a esa fecha se habían cosechado 5 de los 6 CES cuya cosecha no había finalizado a la fecha de la Autodenuncia. El restante, Muñoz Gamero 3, se encuentra cosechado, la declaración jurada de cosecha se acompaña en **Anexo 0**.

² En concreto, en los CES Puerto Vega y Córdova 6 cuya entrega material fue el 4 de noviembre de 2020, y 30 de octubre de 2020, respectivamente.

concretos de selección de estos CES adicionales, en relación a aquellos CES autodenunciados en los cuales no se considera compensar. Deberá justificar el motivo de no proponer una compensación con los mismos CES autodenunciados, y justificar el plan de compensación propuesto, respecto de aquellas agrupaciones de concesiones respecto a las cuales no se propone compensación alguna: 21 C, 23B, 24, 28B, 30B, 46, 48, 50B, 51 y 53.

Así, tempranamente se hizo presente a la SMA que, en base al informe técnico titulado “*Análisis de idoneidad ambiental del Plan de compensación en el marco de la Autodenuncia por la sobrereproducción del Grupo Australis*” (Diciembre, 2022), del ecólogo acuático Dr. Rodrigo Pardo Luksic, fue evaluada la idoneidad ambiental de los CES propuestos como compensación, fundada en una recopilación y sistematización de la información, utilizando distintas fuentes de datos oficiales relacionadas con los ecosistemas marinos del sur de Chile, junto con la recopilación de tesis, notas científicas, informes técnicos, resoluciones de organismos del estado y publicaciones. Para ello, la revisión se orientó en dos criterios: descripción de **áreas homogéneas** en términos biológicos, físicos y químicos y **áreas protegidas**.

Cada ecosistema marino presenta características relativamente homogéneas en términos de hábitats bentónicos, profundidad, substrato del fondo, zonas de surgencia y montes submarinos.

En la **Región de Aysén** se ubican **16** CES objeto de la Autodenuncia, **15** de los cuales están en hábitat que corresponde al ecosistema marino de **Canales de la Patagonia del Norte**, y solo **1** correspondería a un ecosistema de **Fiordos de la Patagonia del Norte** (Figura 4). Al respecto, los CES propuestos para compensación en hábitat de ecosistema marino de **Canales de la Patagonia del Norte**. Representando el hábitat del **94%** de los CES objeto de la Autodenuncia, concluyendo una alta idoneidad en términos de representación de hábitat.

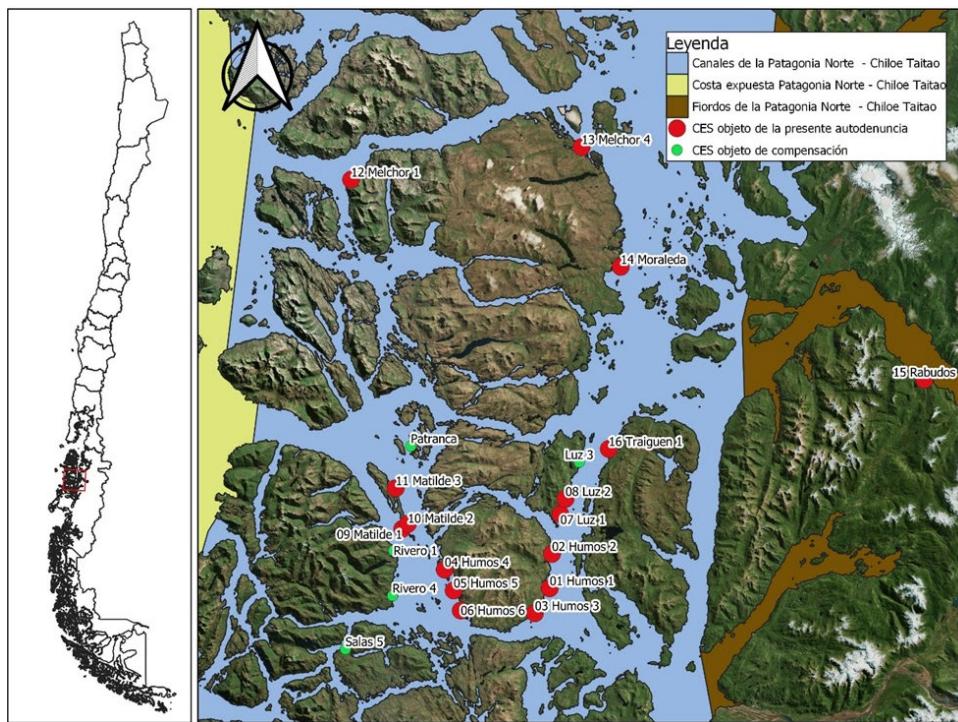


Figura 1 (Figura 4 del Informe): Ubicación de los CES objeto de la autodenuncia y los de compensación en los ecosistemas marinos de la Región de Aysén.

En cuanto a la **Región de Magallanes** se ubican 17 CES objeto de la Autodenuncia, distribuidos en los ecosistemas **Estrecho de Magallanes Oeste**, con dos CES autodenunciados y dos CES de compensación; en el ecosistema de **Fiordos de la Patagonia Central de Magallanes** se ubican siete CES objeto de la Autodenuncia, proponiéndose la compensación en este ecosistema en tres CES. En un ecosistema similar **Fiordos de la Patagonia Central-Kawésqar** se ubican tres CES objeto de la Autodenuncia; y los últimos cinco CES objeto de la Autodenuncia están en el ecosistema **canales de la Patagonia Central de Magallanes**, proponiéndose dos CES para compensar en este ecosistema. En base a ello, el informe concluye que en la Región de Magallanes estarían representados el **82%** de la totalidad de los ecosistemas en los que hay CES objeto de la Autodenuncia, constituyendo una alta idoneidad en términos de representación de hábitat.

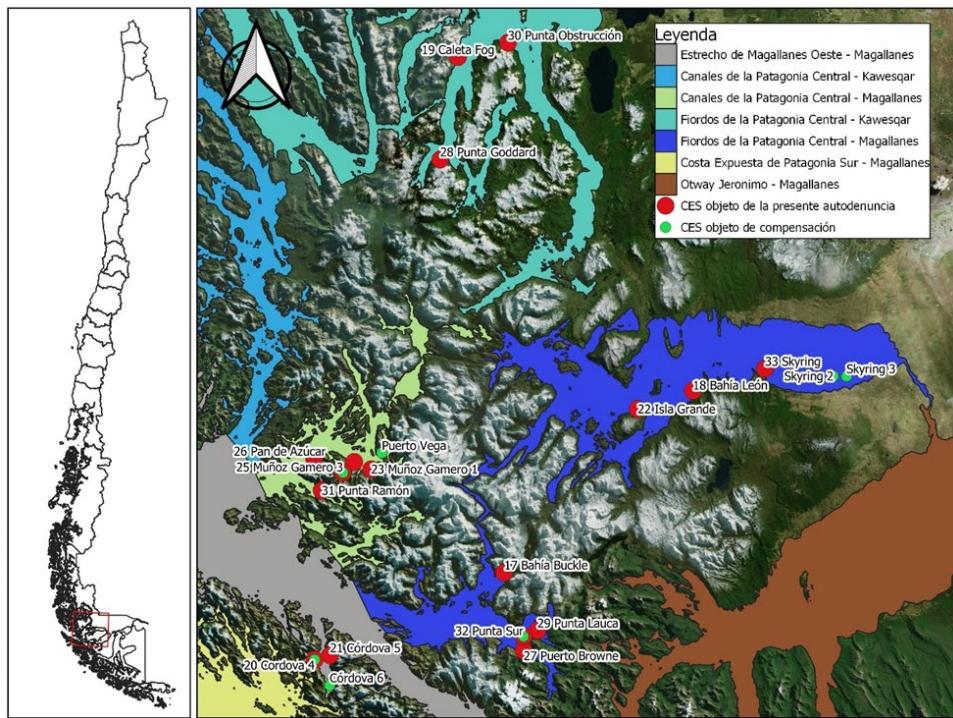


Figura 2 (Figura 5 del Informe): Ubicación de los CES objeto de la autodenuncia y de los CES adicionales para compensación en los ecosistemas marinos de la Región de Magallanes.

En lo que respecta al segundo criterio, en la **Región de Aysén**, la **totalidad** de los CES propuestos como compensación se encuentran en sectores marítimos de las proximidades de la Reserva Forestal Las Guaitecas, ubicada en las comunas de Cisnes y Aysén, provincia de Aysén, y forma parte del Archipiélago de los Chonos, lo cual constituiría en términos del efecto compensatorio tendrían un valor ambiental mayor.

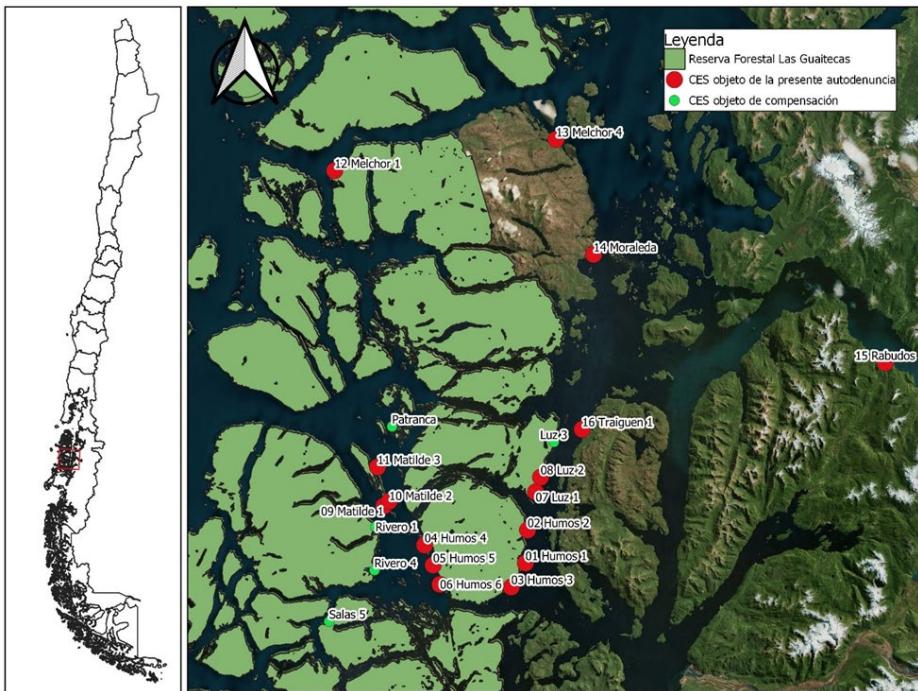


Figura 3 (Figura 6 del Informe): Ubicación de los CES objeto de la autodenuncia y los de compensación en relación a las áreas silvestres protegidas en la Región de Aysén.

En cuanto a la **Región de Magallanes** los CES propuestos para la compensación se ubicaron preferentemente en áreas silvestres protegidas, cinco de los siete CES propuestos se encuentran dentro de la Reserva Nacional Kawésqar, representando un **71%** de representatividad de los CES propuestos, con lo cual el efecto compensatorio tendría un valor ambiental mayor.

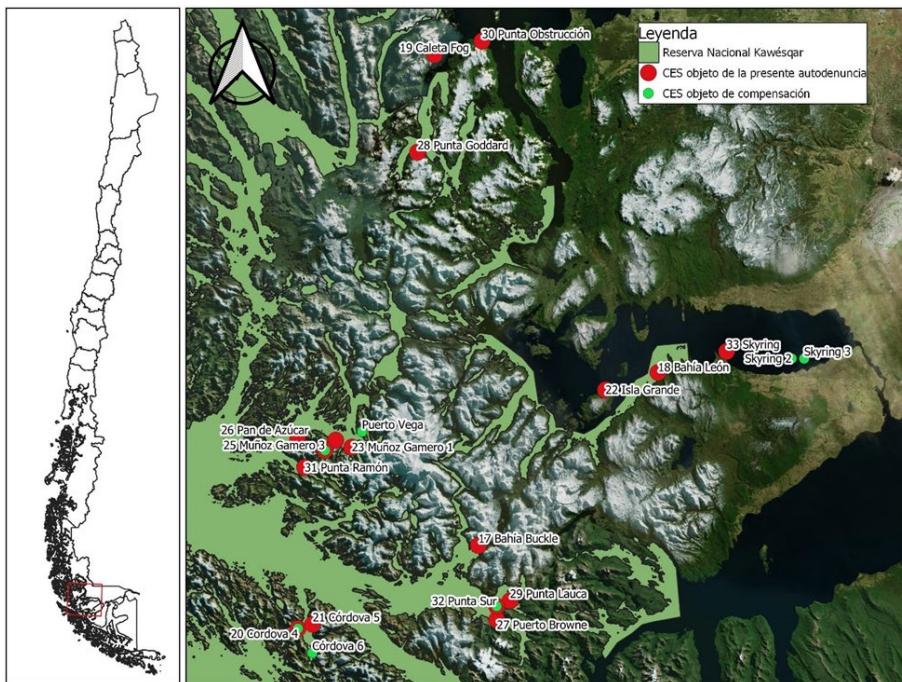


Figura 4 (Figura 7 del Informe): Ubicación de los CES objeto de la autodenuncia y los de compensación en relación a las áreas silvestres protegidas en la Región de Magallanes.

En base a todo lo anteriormente expuesto, el informe que fue utilizado como base para dar respuesta al requerimiento de información, tenido a la vista por la SMA al momento de pronunciarse acerca de la admisibilidad de la Autodenuncia, concluye:

- (a) “Los CES propuestos en el Plan de compensación representan la mayor parte de los ecosistemas susceptibles de ser afectados por la superación de la producción máxima autorizada en uno o más ciclos productivos de los 33 CES, en el periodo productivo comprendido entre 2018 y 2022 (94% de Aysén y 82% de Magallanes), lo cual constituiría a juicio experto una alta idoneidad en términos de representación de hábitat. Complementariamente, los CES propuestos se encuentran preferentemente en Áreas Silvestres protegidas (100% en Aysén y 71% en Magallanes), por lo que en términos del efecto compensatorio tendrían un valor ambiental mayor”.
- (b) “Consecuentemente, en términos de los CES propuestos para el plan de compensación se consideran idóneos y adecuados como compensación a los posibles efectos derivados de la superación de la producción máxima autorizada”.
- (c) “Por último, en cuanto a la aplicación de un criterio de idoneidad en base al análisis en términos de los Barrios (agrupación de concesiones), fue descartada por el Informe debido a que esta designación no corresponde a espacios homogéneos ecológicamente establecidos, sino que obedece a las medidas tendientes a controlar sanitariamente la irrupción del virus ISA, posterior al 2005, y fueron establecidos en la Resolución N°450 del 2009 de SERNAPESCA, sin tener por tanto una consideración ambiental”.

De este modo, desde el primer momento de este proceso, Australis sustentó su esquema para hacerse cargo de la sobreproducción en consideraciones ambientales, **en base a una escala de ecosistemas marinos del sur de Chile, conforme a la información oficial del Ministerio del Medio Ambiente.**

1.2. La justificación ambiental del esquema propuesto fue reiterado, reforzado y mejorado en el proceso iterativo de análisis del PdC de Australis, al atender las observaciones de la SMA

Tal como se indica en la Sección I de la Resolución Recurrida, titulada “*Antecedentes del Procedimiento Sancionatorio Rol A-016-2023*”, que incluye los Considerandos 1 a 12 inclusive, la SMA da cuenta de la secuencia de las versiones de PdC que fueron presentadas en el expediente por Australis, dando respuesta a las observaciones formuladas por la SMA:

- (a) PdC, versión original, con sus anexos, con fecha 9 de mayo de 2023, al tenor de la Formulación de Cargos (“**PdC Versión Original**”).
- (b) PdC, en la primera versión refundida, con sus anexos, con fecha 5 de octubre de 2023, al tenor de la primera ronda de observaciones (“**PdC Refundido Primera Versión**”).
- (c) PdC, en la segunda versión refundida, con sus anexos, con fecha 14 de agosto de 2024, al tenor de la segunda ronda de observaciones (“**PdC Refundido Segunda Versión**”).

Como es presentado en el presente acápite, la propuesta de reducción de operación propuesta en el PdC Original, y que fue objeto de sucesivas mejoras atendiendo las observaciones de la SMA, fue justificada ambientalmente, siendo idónea para efectos de cumplir con el criterio reglamentario de eficacia.

De este modo, Australis, lejos de ser obstinado en su posición, desde la presentación de la Autodenuncia de octubre de 2022, la respuesta al requerimiento de información del mes de diciembre del mismo año, y en las tres presentaciones del PdC (mayo de 2023, octubre de 2023 y agosto de 2024) permanente, continua y fundadamente, desplegó sus mejores esfuerzos por perseverar en este instrumento de incentivo al cumplimiento, en el marco de la fundada discrecionalidad que regula este procedimiento de análisis y pronunciamiento de programa de cumplimiento.

Este proceso de mejora continua del PdC, desde su versión Original hasta el PdC Refundido Segunda Versión, como resultado de atender fundadamente las observaciones de la Superintendencia, no es debidamente ponderado en la Resolución Recurrida, siendo pertinente traer a colación la evolución de la medida de reducción de operación propuesta.

Más aún, esta falta de ponderación es evidente desde el momento que en este mismo procedimiento la SMA sostuvo que hay margen para la excepcionalidad debidamente fundada:

“no ha fijado una regla general en esta materia, sino que ha aprobado PdC teniendo en consideración los antecedentes de cada caso”³.

1.2.1. Propuesta del PdC Original, 9 de mayo de 2023

(a) A la fecha de presentación de la Autodenuncia y, seguidamente de los programas de cumplimiento que le sucedieron, la Superintendencia ya había acogido propuestas de compensación en CES distintos de aquellos CES objeto de la infracción

Un tema de suma relevancia que influyó materialmente en la decisión de Australis de presentar la Autodenuncia, bajo el esquema de reducción operacional para hacerse cargo de la sobreproducción antes referido, consiste en que el **desistimiento de ciclos productivos en CES distintos de aquellos que son objeto de la infracción, no era extraño para esta clase de procedimientos**. De hecho, ya había sido aprobada anteriormente por la SMA en procedimientos sancionatorios de la industria acuícola. Ejemplo de ello son los procedimientos sancionatorios Roles **D-117-2021, D-062-2021, D-008-2021, D-157-2020**, referidos a **PdC asociados a infracciones por sobreproducción en CES que se encontraban aprobados a la fecha de la Autodenuncia**.

Para aprobar esta modalidad, la SMA ha indicado que:

*"Si bien es efectivo que la titular adelantó, en la reunión de asistencia al cumplimiento sostenida con la SMA, su intención de ofrecer esta acción para hacer frente a las sobreproducciones acumuladas en ambos centros y en ambos procedimientos sancionatorios, lo cierto es que ni ellos ni su justificación constan en este procedimiento, por lo que debe la titular exponerlo y presentarlo suficientemente junto a su PdC refundido. Por lo que se solicita a la titular **presentar y justificar correctamente** esta acción, en el sentido indicado, sea acompañando un anexo o desarrollando estas ideas en la forma de implementación de la acción" (el destacado es propio)⁴.*

En el mismo sentido:

*“En relación a la forma de implementación, **se advierte la necesidad de que la titular justifique debidamente** la pertinencia e idoneidad del CES Patranca, como alternativa al CES Costa, para realizar la reducción de producción necesaria para retornar a un estado de cumplimiento normativo.”⁵ (el destacado es propio).*

En otros términos, el criterio rector que la Superintendencia ha desarrollado en casos anteriores consiste en que **dicha opción debe ser debidamente justificada y no que la compensación con CES distintos al objeto de la infracción sea improcedente**.

³ Res. Ex. N°3/Rol A-016-2023, considerando 32.

⁴ Res. Ex. N°3/Rol D-062/2021.

⁵ Res. Ex. N°3/Rol D-008-2021.

A mayor abundamiento, en el procedimiento Rol **D-157-2020**, es la propia Superintendencia la que sugirió compensar en un CES diferente:

“esta Superintendencia sugiere explorar como posibles acciones, realizar una cosecha temprana en el Centro para el ciclo en curso, de modo de producir bajo las 2.0542 toneladas; o bien, realizar una cosecha temprana en otros Centros de titularidad de la empresa en la misma Agrupación de Concesiones de Salmónidos”⁶ (el destacado es propio).

En el marco del presente procedimiento, Australis ha señalado que a juicio de este titular estos casos deben ser considerados por la SMA al momento de ponderar en su mérito el presente PdC, a título de respeto de la **protección de la confianza legítima**.

Sobre esta materia, el profesor Jorge Bermúdez señala en su obra *Fundamentos de Derecho Ambiental*:

“En definitiva, si la confianza que deposita el particular en la actuación administrativa merece amparo, ello implicará que la SMA deberá considerarla como una regla cardinal para el ejercicio de su potestad sancionadora, puesto que “una práctica administrativa continuada puede generar – y de hecho genera- la confianza en el ciudadano de que se le tratará del mismo modo que en los casos anteriores. Por ello, no parece justo que la Administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva. Por lo tanto, entre los demás criterios o reglas que deberá considerar la SMA para la imposición de las sanciones administrativas de su competencia, el principio de protección de la confianza legítima se alza como un principio capital, cuya observancia entregará certeza en la actuación y posibilidades de proyectar las consecuencias jurídicas de una determinada infracción”⁷.

Lo anterior, es relevante pues conforme a lo señalado por otra doctrina:

“si bien el precedente carece de valor normativo y, por tanto, no obliga ni constituye un imperativo para la autoridad, sí posee un valor vinculante, por lo que el órgano deberá justificar expresamente los cambios de criterios. La omisión o deficiente motivación no son solo susceptibles de constituir un vicio de forma del acto administrativo, sino que, cuando este comprenda el ejercicio de una potestad discrecional, pueden ser consideradas como un indicio de arbitrariedad o, en su caso, de desviación de poder”⁸.

Análogamente, también la literatura especializada ha relevado el deber de actuación coherente de la administración, la que consistiría en una actitud lógica y consecuente con una posición propia anterior. Deber que *“se encuentra en la base de las exigencias realizadas al órgano administrativo en lo que respecta a su actuación jurídica, ya que si no existiera un*

⁶ Res. Ex. N°3/Rol D-157-2020.

⁷ Bermúdez Soto, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda Edición, página 496.

⁸ Gómez González, Rosa Fernanda. *Criterios para la determinación de las sanciones administrativas: Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA*. En: *Estudios desde la jurisprudencia del Tribunal Ambiental de Santiago*, Volumen II, p. 203.

actuar coherente de parte de los entes públicos, se produciría una afectación no sólo a la confianza digna de protección, sino que también a otros distintos principios que informan el ordenamiento jurídico, tales como el deber de motivación y el respeto a la seguridad jurídica”⁹.

(b) El PdC Original mantiene y desarrolla la justificación de la propuesta en base a un criterio ambiental de ecorregiones y ecosistemas, presentada en la Autodenuncia

Como puede apreciarse, sin perjuicio que la necesidad de un esquema de compensación distribuida en distintos CES era un elemento esencial para la subsistencia de Australis como unidad económica, desde el inicio del procedimiento esta modalidad tuvo como sustento consideraciones ambientales estrictas y no “*un ajuste contable y operacional entre distintos CES*” (Considerando 70 Resolución Recurrida).

La propuesta de compensación que se presentó en la Autodenuncia y en PdC Original **se justificó desde su idoneidad ambiental**. En efecto, conforme fue señalado en el Informe “*Análisis de idoneidad ambiental del Plan de compensación en el marco de la Autodenuncia por la sobreproducción del Grupo Australis*” (Rodrigo Pardo Luksic, Diciembre 2022), acompañado a la respuesta del requerimiento de información de la Autodenuncia, , y actualizado al mes de abril del presente año, bajo el nombre “*Análisis de Biodiversidad e Idoneidad de la Compensación. Procedimiento Rol A-016-2023*”, las propuestas que se presentan buscan compensar **en el mismo ecosistema en que se produjo la sobreproducción, lo que a juicio experto constituye una alta idoneidad en términos de representación de hábitat**.

Más aún, la definición espacial de los ecosistemas marinos (límites y cartografía) y la presencia de especies biológicas no fue antojadiza, sino que se realizó en base a la **información oficial** disponible en el Sistema de Información y Monitoreo de Biodiversidad - SIMBIO¹⁰. Cabe destacar que el portal SIMBIO es una plataforma oficial del Ministerio del Medio Ambiente que tiene como propósito entregar acceso a información sobre la diversidad biológica del territorio nacional, para la gestión integral de la biodiversidad en Chile.

Así, sobre la base de esta justificación, para el expediente Rol N°A-016-2023 se presentó el siguiente esquema de compensación:

Tabla 2: Compensación Rol A-016-2023 PdC Original

Rol A-016-2023 CES Córdova 5
Toneladas objeto de la FdC: 2.128

⁹ Bermúdez Soto, Jorge. Derecho Administrativo General, Editorial Thomson Reuters (2022), p.114.

¹⁰ <https://simbio.mma.gob.cl/>

CES	Ton a compensar	Ciclo productivo ¹¹
Córdova 4	335	Septiembre 2023 a noviembre 2024
Córdova 5	92	Julio 2023 a noviembre 2024
Córdova 6	1701	Julio 2023 a noviembre 2024
Total de compensación (ton)		2.128

Fuente: Elaboración propia.

La ubicación geográfica de los CES Córdova 4 y Córdova 6, en relación con el ecosistema marino que se busca representar, esto es, aquél correspondiente al CES Córdova 5, se presenta en la Figura 1, en la cual se puede apreciar que todos ellos se ubican en el ecosistema marino de **Estrecho de Magallanes Oeste – Magallanes**.

Al respecto, es importante hacer presente lo indicado en informe, titulado “*Análisis de Biodiversidad e Idoneidad de la compensación, procedimiento Rol A-016-2023*” también elaborado por Rodrigo Pardo Luksic, antes referido, en el cual se establece que los CES propuestos en el Plan de compensación de sobreproducción (CES Córdova 4, 5 y 6) y el CES asociado al Rol A-016-2023 (CES Córdova 5) se encuentran en el ecosistema de los Estrecho de Magallanes Oeste - Magallanes. Por lo que, en general, presentan características similares en términos abióticos (corrientes, temperaturas, estructuras de viento, química del agua, entre otras) y bióticas (comunidades biológicas presentes). Consecuentemente, en términos del CES propuesto para el plan de compensación se considera idóneo y adecuado como compensación de la superación de la producción máxima autorizada.

¹¹ El Reglamento Ambiental para la Acuicultura define ciclo productivo en su artículo 2 letra w): *período de tiempo para que una especie hidrobiológica en cultivo alcance el grado de desarrollo necesario suficiente para continuar con la o las siguientes etapas productivas. En el caso de la engorda de peces, es el que va entre el ingreso o siembra de una generación de ejemplares hasta su cosecha total o el des poblamiento total del centro de cultivo.*

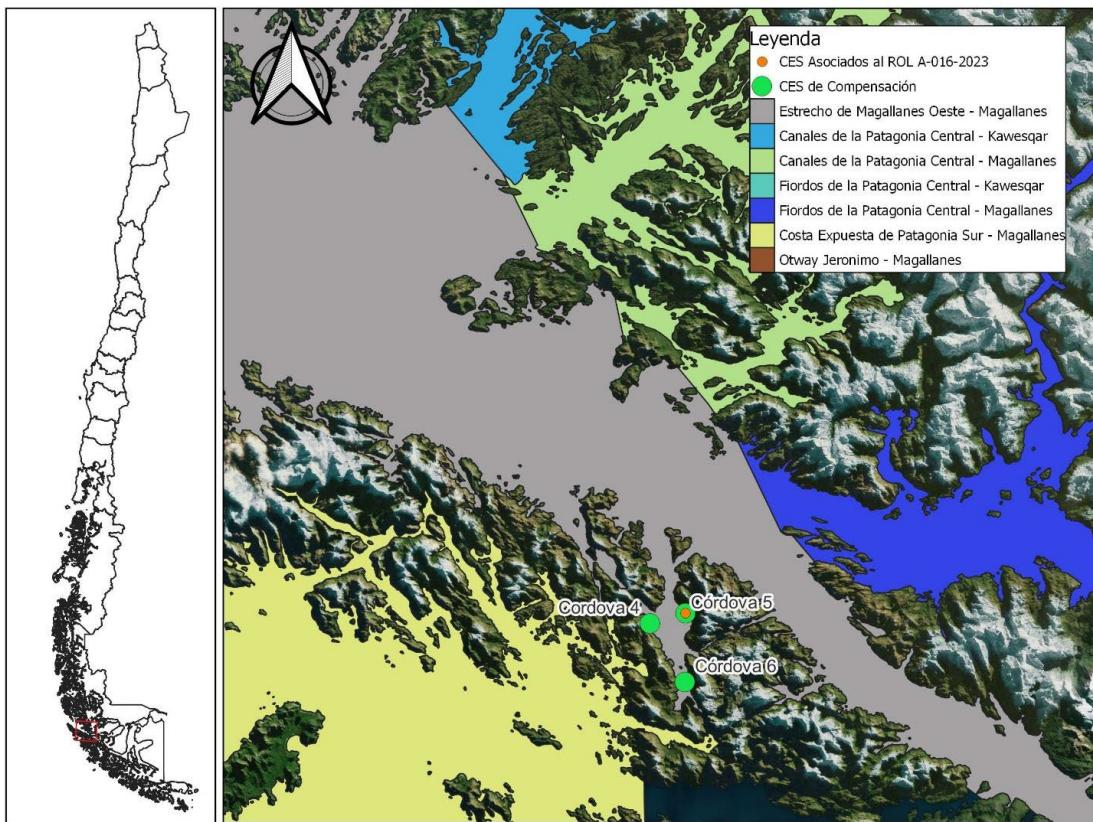


Figura 5: Ubicación de los CES asociados al Rol A-016-2023 y CES propuestos para compensacion, en relacion a los ecosistemas marinos de la Región de Magallanes (Pardo, 2023).

En conclusión, en el PdC Original, siguiendo los lineamientos de la Autodenuncia de octubre de 2022 y la respuesta al requerimiento de información de diciembre del mismo año, presentó un esquema de compensación fundado en consideraciones ambientales, en base a información oficial del Estado de Chile, a escala del mismo ecosistema en el que se encuentren tanto el CES infractor, como el CES de compensación.

1.2.2. Propuesta del PdC Refundido Primera Versión: Justificación adicional de la escala de Ecosistema

Atendiendo las observaciones formuladas por la SMA, en el PdC Refundido Primera Versión la propuesta de compensación fue actualizada respecto de lo presentado en el PdC Original, presentada en la siguiente tabla:

Tabla 3: Compensación A-016-2023 Primera Propuesta Refundida

CES Objeto de la FdC	Ton. sobrepro ducción	Ecosistema marino infracción	CES Objeto de la Compensación	Ecosistema marino compensación	Ton. a compen sar	
Córdova 5	2.128	Estrecho Magallanes Oeste	Córdova 4 Córdova 5 Córdova 6	Estrecho Magallanes Oeste	2.128	
CES Adicional idad	Ton. Adicionalidad					
Córdova 5	567					
Córdova 4	447					

En este PdC Refundido Primera Versión, se desarrolla aún más la justificación ambiental de la escala ecosistémica, incorporando un estudio adicional de un connotado profesor de la Universidad de Chile, Sr. Víctor Marín.

(a) Desarrollo de la justificación ambiental a escala de ecosistema en el PdC Refundido Primera Versión

- (i) La categoría ecosistema marino utilizada es propiamente ambiental y no corresponde a una definición arbitraria adoptada por Australis. **Los ecosistemas marinos corresponden a aquellos definidos en el portal SIMBIO** (<https://simbio.mma.gob.cl/>), que es una plataforma del MMA que presenta información oficial sobre la diversidad biológica del territorio nacional, para la gestión integral de la biodiversidad en Chile. Esta definición geográfica considera el concepto oficial de ecosistema correspondiente a “*Complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional*” consagrada en el glosario del Registro Nacional de Áreas Protegidas del MMA¹², el que a su vez recoge la definición del Convenio sobre la Diversidad Biológica, suscrito por Chile¹³.

¹² <https://areasprotegidas.mma.gob.cl/glosario/>

¹³ Decreto Supremo N°1.963/1994 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

- (ii) Rovira y Herreros (2016)¹⁴, generadores de la clasificación gubernamental de ecosistemas marinos chilenos, comentan que esta permite ordenarlos y ser usada en una gama de funciones gubernamentales. Por ejemplo, “**desarrollar o mejorar instrumentos de gestión pesquera, acuícola**” (página 28), es decir, constituye una fuente de información que puede ser aplicada para la evaluación, elaboración e implementación de políticas, planes, programas y actos de la autoridad en general. De hecho, para el caso de los canales y fiordos del sur de Chile, la clasificación tiene mucho sentido ya que los procesos de intercambio en los ecosistemas propuestos (i.e., circulación estuarina y efecto de las mareas provenientes del océano) hacen que unidades menores sean difíciles de justificar como ecosistemas a excepción que se consideren solo procesos biológicos de corta escala como interacciones presa-predador o microbianas.
- (iii) La eficacia de la compensación a escala de ecosistema fue confirmada por una parte por el “*Análisis de idoneidad ambiental del Plan de compensación en el marco de la Autodenuncia por la sobreproducción del Grupo Australis*”, elaborado por el especialista en ecosistemas acuáticos, **Dr. Rodrigo Pardo, PhD especialista en ecología acuática**, que fue acompañado como Anexo 5.f en la respuesta al requerimiento de información formulado por la SMA en diciembre de 2022, y en el Informe del mismo autor “*Análisis de Biodiversidad e Idoneidad de la Compensación Rol A-016-2023*”, que fue actualizado a octubre de 2023.
- (iv) Tal como se indica en el Informe del Dr. Pardo, tanto los CES objeto de la formulación de cargos como aquellos contemplados en la medida de compensación, forman parte del mismo ecosistema marino Estrecho Magallanes Oeste, circunstancia que los convierte en CES idóneos para efectos de la compensación ecosistémica ofrecida.

(b) Opinión experta del Dr. Víctor Marín consistente con la del Dr. Pardo

Adicionalmente, en este PdC Refundido Primera Versión, la justificación ambiental que inspira esta compensación fue desarrollada en detalle por el Profesor titular de la Universidad de Chile, **Dr. Víctor Marín, PhD en Oceanografía, y Postdoctorado en ecología de sistemas marinos**, según se aprecia en el Informe “*Análisis de la Idoneidad Ecosistémica del Plan de Compensación en el marco de la Autodenuncia por la sobreproducción del Grupo Australis*”, acompañado al PdC Refundido Primera Versión. Este Informe por una parte valida el uso para estos efectos de la definición de ecosistemas marinos del MMA y determina que **la compensación a escala ecosistémica es idónea ambientalmente porque los ecosistemas corresponden a unidades funcionales donde sus componentes bióticos y abióticos interactúan permanentemente**.

A mayor abundamiento, el referido informe experto indica que los ecosistemas, con independencia de su escala espacial y temporal, son determinados por flujos de materia y energía, procesos físicos, químicos y biológicos, la acción de corrientes marinas, de las

¹⁴ Rovira, J. & Herreros, J. (2016). Clasificación de ecosistemas marinos chilenos de la zona económica exclusiva. Departamento de Planificación y Políticas en Biodiversidad. División de Recursos Naturales. Ministerio del Medio Ambiente, gobierno de Chile. <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/03/Clasificacion-ecosistemas-marinos-de-Chile.pdf>.

mareas, escurrimientos superficiales, sedimentación de partículas, acción de los vientos y vacíantes de aguas superficiales en aguas marinas y estuarinas, entre otras. En este espacio delimitado por estos flujos de materia y energía lo que ocurre en un sector de ese ecosistema puede tener influencia en otro sector del mismo ecosistema, y, para los efectos relevados en el informe, un efecto positivo en un sector del ecosistema tiene un efecto beneficioso en otro sector del mismo.

En este proceso sancionatorio el objeto de la FdC se ubica en Estrecho Magallanes Oeste, es decir, los otros 2 CES compensatorios se ubican en el mismo ecosistema, Estrecho Magallanes Oeste Así, la compensación propuesta eficazmente se orienta a reducir, a escala de ecosistema, la carga que pudo estar asociada a la sobreproducción.

Asimismo, el Profesor Dr. Marín afirma que los CES de la autodenuncia y su área de influencia no conforman un ecosistema, sino que están insertos en uno, y respecto de ellos, lo que ocurre en un sector de ese ecosistema puede tener influencia en otro sector del mismo ecosistema, por lo que un efecto positivo en un sector del ecosistema tiene un efecto beneficioso en otro sector del mismo.

La evidente ubicación en el mismo ecosistema de los CES autodenunciados y de los CES de compensación queda de manifiesto en la siguiente imagen extraída del Anexo I del informe del Dr. Marín:



Figura 6: Mapa de distribución geográfica del CES autodenunciado y CES compensatorio, correspondiente al Rol A-016-2023. Fuente: Anexo I del Informe “Análisis de la Idoneidad Ecosistémica del Plan de Compensación en el marco de la Autodenuncia por la sobreproducción del Grupo Australis”.

Así, en base al análisis efectuado en su informe, el Dr. Marín concluye que la compensación propuesta para los CES autodenunciados tiene idoneidad ecosistémica, es decir, el Plan de Compensación es correcto, suficiente y adecuado para el desarrollo de una compensación debido al exceso de producción en un CES, por ubicarse ambos CES en el mismo ecosistema.

(c) Consistencia regulatoria de la propuesta a escala ecosistémica

Adicionalmente, en el PdC Refundido Primera Versión fue desarrollada y justificada la consistencia regulatoria de la propuesta de compensación con la Ley General de Pesca y Acuicultura (“LGPA”), con la jurisprudencia del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental y la Guía del SEA dictada en base a estos fallos.

En efecto, el enfoque ecosistémico se encuentra expresamente reconocido en la LGPA, que en su artículo 1ºB lo consigna como uno de los mecanismos para la conservación y el uso sustentable de los recursos biológicos. Luego, la misma Ley manda a utilizar dicho enfoque y establece una definición del mismo, al señalar en su artículo 1ºC literal C, que se debe aplicar el enfoque ecosistémico al momento de adoptar medidas de conservación y administración, así como al interpretar y aplicar la ley, con el objeto de cumplir con el objetivo de conservación y administración de los recursos pesqueros y la protección de sus ecosistemas. Finalmente, el mismo literal indica que se debe entender por dicho enfoque, aquel que considere la interrelación de las especies predominantes en un área determinada. Así, este enfoque constituye una directriz para la normativa sectorial¹⁵.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la causa Rol N°27.932-2017, señalando que para resolver la materia objeto de su conocimiento es necesario recordar que el artículo 1º B de la LGPC previene que:

“El objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos”. Agrega que, el objetivo establecido por dicho cuerpo legal se logra *“mediante la aplicación de los criterios que allí menciona, entre los que destaca, en lo que interesa al presente recurso, la “salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos”*¹⁶.

Asimismo, las sentencias recientes del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental consistentemente han reconocido el criterio ecosistémico, al considerar que **la actividad acuícola mediante centros de cultivo de salmones se desarrolla en ecosistemas particulares, debiendo evaluar los impactos de tal actividad a una escala mayor que la del CES respectivo en evaluación, en el contexto de dichos ecosistemas**¹⁷.

Mismo énfasis que también ha tenido el Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”), en el marco de la evaluación de proyectos, quién incluso ha dictado un documento titulado: *“Criterio de Evaluación en el SEIA: Evaluación ambiental de proyectos de salmonicultura en mar localizados en o próximo a un área protegida”* que recoge los razonamientos judiciales antes referidos.

¹⁵ Al respecto, cabe tener presente que *“las normas de la ley son la directriz interna predeterminadora del contenido del reglamento, lo que supone que la regulación que este último establezca ha de ser plena e internamente coherente con el programa normativo sustancial que la ley ha diseñado, de manera que responda a los mismos criterios y principios inspiradores”*. Cordero, Luis (2015), Lecciones de Derecho Administrativo, p. 150.

¹⁶ Considerando décimo primero, sentencia causa Rol N°27.932-2017.

¹⁷ Sentencias dictadas en las causas Rol R-25-2022 y R-24-2022, entre otras.

Por otra parte, en relación con la aplicación normativa de criterios ecosistémicos, cabe hacer presente que la LGPA establece que las concesiones y autorizaciones de acuicultura se otorgarán en áreas fijadas como apropiadas para el ejercicio de esta actividad¹⁸. Por lo tanto, no cualquier área será apta para el ejercicio de la acuicultura, sino que sólo aquellas calificadas como tal por la autoridad, otorgándose las concesiones en esta área mayor conforme a lo regulado sectorialmente. Para la determinación de tales áreas, actualmente SUBPESCA debe efectuar un estudio técnico, que considere diversos criterios establecidos en la LGPA, tales como la existencia de recursos hidrobiológicos, aptitudes para su producción, las áreas protegidas contempladas en la zonificación del borde costero, la no existencia de bancos naturales de recursos hidrobiológicos y en general, la protección del medio ambiente¹⁹.

Finalmente misma orientación sigue la Estrategia Nacional de Biodiversidad (2017-2030) del Ministerio del Medio Ambiente, que reconoce que en general, las intervenciones que se realizan en el mar no consideran la resiliencia del ecosistema, ni mucho menos la sinergia del conjunto de acciones realizadas, y agrega que para poder avanzar hacia la conservación marina y el manejo sustentable de sus recursos, debe tomar “*como base un enfoque ecosistémico, el que si bien fue incorporado en la Ley de Pesca, requiere fortalecer su aplicación.*”²⁰

Así, concluye el PdC Refundido Primera versión que la propuesta de compensación **está en línea con el enfoque ecosistémico reconocido por la regulación aplicable y la jurisprudencia, ya que conforme lo indica el Profesor Dr. Marín, un CES y su área de influencia sólo se pueden considerar como un subsistema al interior de los ecosistemas del MMA, es decir, se insertan en un ecosistema, el que es determinado por criterios de diversidad biológica, siendo justamente esta diversidad la que se considera para definir el enfoque ecosistémico en la LGPA, al señalar que responde a las interrelaciones entre las especies predominantes de un área.**

Adicionalmente, también se hace presente que el enfoque de compensación centrado en los ecosistemas resulta vinculante al Estado de Chile, al haber suscrito el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas^{21 22}.

(d) Conclusión en base a lo presentado en el PdC Refundido Primera Versión

En base a todas estas consideraciones, Australis abordó todas y cada una de las observaciones formuladas por la SMA.

¹⁸ Artículo 67 de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

¹⁹ Un ejemplo de este análisis y elaboración de estudios técnicos fue en el proceso de modificación de las áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura (A.A.A.) en la región de Magallanes y de la Antártica Chilena, conforme se indica en el Considerando N°13 del Decreto Exento N°554 de 12 de agosto de 2019 del Ministerio de Defensa Nacional.

²⁰ Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030 del Ministerio del Medio Ambiente, pp. 27.

²¹ Decreto Supremo N°1.963/1994 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²² Al respecto, “*Al haber suscrito el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Chile debiera aplicar el enfoque ecosistémico en el plano normativo, en políticas públicas y, sobre todo, en el plano de la evaluación ambiental a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), específicamente en lo que respecta a las medidas de compensación para hacerse cargo de los impactos de un determinado proyecto o actividad*” (énfasis agregado) (Scagliotti Ravera, José y Mac Auliffe, Florencia. Enfoque por ecosistemas en las medidas de compensación de biodiversidad en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En: Revista de Derecho Ambiental N°12 (2019)).

En síntesis, no solo no se ha pretendido transformar el PdC en un trámite de naturaleza contable, sino que la propuesta **persigue un enfoque ecosistémico (ecosistemas marinos), y como tal, resulta ambientalmente eficaz y consistente con la regulación aplicable.**

1.2.3. Propuesta PdC Refundido Segunda Versión: Reducción operacional en CES ubicados en el mismo cuerpo, curso de agua o fiordo

Finalmente, en la última versión del PdC, que tuvo como objeto y alcance atender las observaciones contenidas en la Res. Exenta N°6, de este expediente, Australis atendió lo señalado por la SMA, en cuanto a acotar la escala espacial, transitando desde los ecosistemas oficiales del Ministerio del medio Ambiente a una escala sustantivamente menor y más detallada, correspondiente al mismo cuerpo de agua, curso de agua o fiordo, dadas las características propias de la zona austral de Chile en Aysén y Magallanes.

Este planteamiento de la SMA se encuentra contenido en los siguientes considerandos de la referido Resolución Exenta N°6:

“20. En primer término, sobre las supuestas condiciones homogéneas a que hace referencia la empresa, como fundamento ambiental de la reducción de producción en CES distintos a donde se cometió la infracción, cabe indicar que las características bióticas y abióticas de un sector varían de acuerdo con las condiciones que se presenten en la zona, que, en este caso particular, se trata de la zona de emplazamiento de centros de engorda, que corresponde principalmente a fiordos australes.

21. En efecto, las condiciones de cada sector serán influenciadas por diversos factores, entre los que se encuentran, por ejemplo, las corrientes, la topografía, los aportes de agua dulce o salada, el tipo de fondo -ya sea duro o blando-, el aporte de materia orgánica desde los suelos colindantes, entre otros. Estas circunstancias pueden traer cambios graduales y generar gradientes a lo largo del fiordo, por lo que la escala espacial para poder observar estas diferencias va a depender del tamaño del fiordo y sus condiciones.

22. Por lo anterior, la afirmación de la empresa, en orden a que el ecosistema marino de los fiordos australes presentaría características relativamente homogéneas, no es tal, ni resulta sostenible con base en la caracterización topográfica y bibliográfica respecto a su biodiversidad, sin considerar las variables específicas de cada ecosistema en particular.

23. De este modo, se observa que los términos planteados por la empresa responden a categorías espaciales más amplias y generales, en comparación a aquellas que corresponden al área afectada por la infracción según cada CES, la cual, conforme se detallará en lo sucesivo, se encuentra acotada a un área precisa y determinada.” (lo destacado es nuestro).

Pues bien, atendiendo estas observaciones, Australis extremó sus esfuerzos para justificar la idoneidad ambiental de la propuesta de reducción operacional en otro CES, en la medida que se encuentre en el mismo cuerpo de agua o fiordo, justificando por las peculiaridades propias del sitio que la no operación del CES propuesto genera un efecto ambiental favorable en el sector del CES infractor.

De este modo, **esta propuesta refundida propone que, para el caso en que el propio CES infractor no pueda dejar de operar para hacerse cargo de su sobreproducción, esta reducción se produzca en otro CES infractor (del mismo expediente sancionatorio o en conjunto con un CES de otro expediente sancionatorio de la Autodenuncia), pero en una escala sustancialmente más acotada, no al ecosistema marino, si no al mismo fiordo o cuerpo de agua en que se ubican los CES en particular.**

En el presente procedimiento sancionatorio, la propuesta para hacerse cargo de la sobreproducción se presenta en las siguientes imágenes:

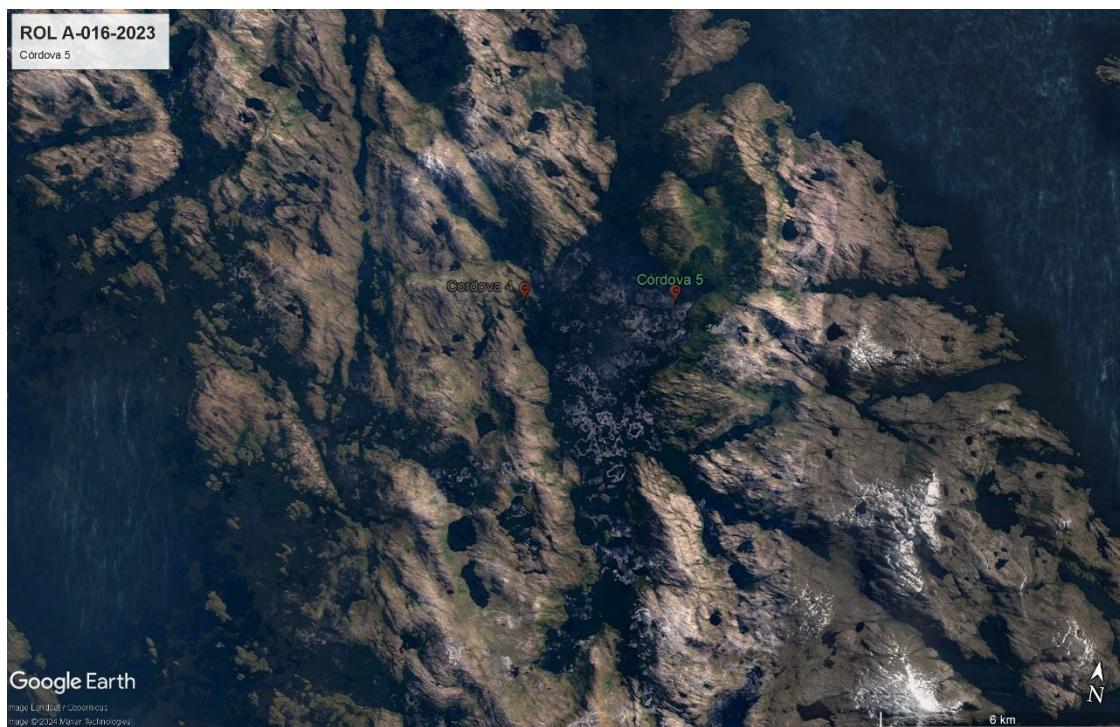


Figura 7. CES que dejan de operar en el Rol A-016-2023, Segunda Propuesta Refundida

De esta manera, la sobreproducción imputada se aborda íntegramente en el presente caso, dejando de operar en los **CES Córdova 4 y Córdova 5**, en la forma y plazo que se detallan en el Plan de Acciones y Metas. Se hace presente que el CES Córdova 5 no operó durante el ciclo 2023-2024, para reducir la sobreproducción imputada de 3.661 ton en el PdC presentado en el marco del expediente sancionatorio Rol D-161-2021, aprobado, por lo cual se cumple el objetivo ambiental en orden a disminuir los aportes de materia orgánica en el CES.

En cuanto a la eficacia de la propuesta de reducción de operación para hacerse cargo de la sobreproducción, de los informes técnicos acompañados es posible concluir que es adecuada para efectos de que el PdC, en su última versión refundida sea aprobado por esta SMA, en términos que cumple con los criterios del artículo 9 del D.S. N°30/2012.

(a) Informe de Caracterización, WSP

Por una parte, el informe “*Caracterización ecosistémica de fiordos y canales de la Patagonia chilena Estero Córdova*”, emitido por la Consultora WSP, acompañado en el Anexo 3.2 del PdC Refundido Segunda Versión, concluye que:

“Los resultados indican que el Estero Córdova posee una alta biodiversidad, con una hidrodinámica que favorece el intercambio y la conectividad en su interior, concluyéndose que existe una relación espacial y de estabilidad entre micro y meso ecosistemas, considerando estructura, procesos biofísicos, procesos bioquímicos y la función ecosistémica. Por lo que es posible establecer medidas de gestión de recursos naturales en su interior en un contexto de actividad humana albergada por ecosistemas locales.

Existe evidencia de la existencia de conectividad entre poblaciones que conforman metapoblaciones o metacomunidades, lo que sugiere que aun cuando las condiciones de dispersión que posee el Estero Córdova pueden verse limitadas, es posible esperar una interconexión entre el exterior e interior del estero, permitiendo la mantención de la biodiversidad en el tiempo y entre distintos puntos al interior del ecosistema del Estero Córdova, donde los bosques de macroalgas y bosques animales, se convertirían en un factor relevante para el reclutamiento y asentamiento de invertebrados marinos con ciclos de vida bifásicos.

En la zona analizada, están las condiciones para que exista un intercambio de información biológica, la cual permitiría la resiliencia y recuperación de las poblaciones y comunidades frente a los efectos antrópicos; es decir, al interior de la zona de análisis, cualquier acción de mejora ambiental aplicada en un sector particular, redundará positivamente sobre el estado ambiental y ecológico de toda el área debido a que existe interconexión.” (lo destacado es nuestro).

(b) Informe Dr. Pardo actualizado

Consistente con lo anterior, el informe emitido por el Dr. Pardo, acompañado en el Anexo 3.1 del PdC Refundido Segunda versión, concluye, a su vez, que:

“5.1. Se realizó un análisis basado en los ecosistemas marinos y la conectividad estructural entre los CES asociados al Programa de Cumplimiento Refundido Rol A-016-2023. La revisión se orientó a la descripción de los lugares de localización de los CES y los patrones de corrientes que determinan el movimiento de las partículas dentro de las masas de agua. Además, en base a la modelación realizada por el IFOP (2013), se puede determinar que el estero Córdova se comporta como una cuenca semi cerrada, corroborando la cohesión estructural de los CES propuestos para la reducción de operación para hacerse cargo de la

sobreproducción en cuestión, constituyendo una unidad en términos de la masa de agua en la cual están emplazados.”

“5.2. Dado que la sobreproducción tuvo lugar en una masa de agua dinámica, con corrientes que propician el transporte de partículas en un entorno de mezcla producida por los cambios de mareas, las perturbaciones no-lineales asociadas a armónicos de aguas someras, la fricción lateral o de fondo, y las variaciones en el campo local del viento. Se considera que la solución de reducción de operación propuesta para hacerse cargo de la misma resulta efectiva, debido a que los efectos de la sobreproducción se extienden en una masa de agua mayor a la que involucra a cada CES.”

“5.3. En el caso particular del Programa de Cumplimiento Refundido Rol A-016-2023, tanto el CES autodenunciado (Córdova 5) como los CES propuestos en el plan de reducción de operación para hacerse cargo de la sobreproducción (CES Córdova 4 y el mismo CES Córdova 5) se encuentran en una zona de alta conectividad, por lo que todos ellos se encuentran en una misma masa de agua. Además, como ya fue indicado, uno de los CES propuestos para realizar la reducción de operación es el CES incluido en el Rol A016-2023. (...)"

*“5.5. Por lo tanto, las condiciones de dispersión que posee el estero Córdova evidencian una interconexión dentro del estero, sugiriendo que, a lo largo de su extensión, el estero Córdova comparte características hidrodinámicas similares. **Consecuentemente, se consideran efectivos como reducción de operación para hacerse cargo de la superación de la producción máxima autorizada.**” (lo destacado es nuestro).*

(c) Consistencia con los Informes de Efecto, Ecotecnos

Lo anterior es consistente con los informes de efectos referidos a estos CES, en cuanto a que los procesos de decaimiento de carbono “corresponde a una evidencia numérica de que los procesos actúan en una ventana de tiempo acotada, es decir, tienen un inicio y un término que se puede estimar, **por lo cual en el lecho los efectos no serían acumulativos**”.

(d) Estudios de Transporte de Partículas

Del mismo modo, en el Informe de Transporte, que se acompaña en el Anexo 1.4 del PdC refundido Segunda Versión, todos los casos de carbono tienen un desplazamiento.

“Esto sería un claro indicador de que, en la escala de tiempo simulada, el carbono no queda depositado en el lecho de una manera permanente, sino que el transporte que actúa (advección, difusión y reacción) lo distribuye a lo largo del lecho.

Por su parte la Figura 3.2 se ven cuantificadas las distancias para cada uno de los snapshot mostrados, los que se asociaron a 5 y 10 días respectivamente. De ella se puede advertir que el carbono se desplazaría 20 metros en 5 días y 60 metros en 10 días”

“Sin perjuicio de lo anterior, mayores escalas de tiempo que se puedan simular, indicarán un desplazamiento del carbono depositado en el lecho.

A partir de los resultados obtenidos, se puede establecer que los depósitos de carbono bajo las balsas jaulas y que han sido previamente determinados a partir de modelación numérica en NewDepomod, se desplazarían horizontalmente debido principalmente debido a la advección.

Basado en lo anterior, resulta evidente que considerar que el depósito inicial de carbono se mantendría inmóvil en el tiempo, es un supuesto de poco asidero técnico, pues los mecanismos de transporte impulsados por la hidrodinámica lo movilizarían y redistribuirían en el lecho, disminuyendo consecuentemente su concentración.”

(el destacado es nuestro)

En atención a lo anterior, la propuesta de restricción de operación resulta adecuada. En esta propuesta reformulada, las 2.128 toneladas se dejan de producir en su totalidad en los CES Córdova 5 (659 toneladas), el cual fue objeto de la presente FdC y Córdova 4 (1.469 toneladas), este último es un CES infractor de la Autodenuncia, que si bien no forma parte de este mismo expediente sancionatorio, se encuentran en el mismo fiordo que el CES Córdova 5 tal como se ilustra en las imágenes a continuación, que corresponden a las figuras N°3 y N°4 del Informe del Dr. Pardo, “Análisis de Conectividad Estructural e Idoneidad de la Reducción de Operación por Sobreproducción”, acompañado en el Anexo 3.1. de esta presentación:

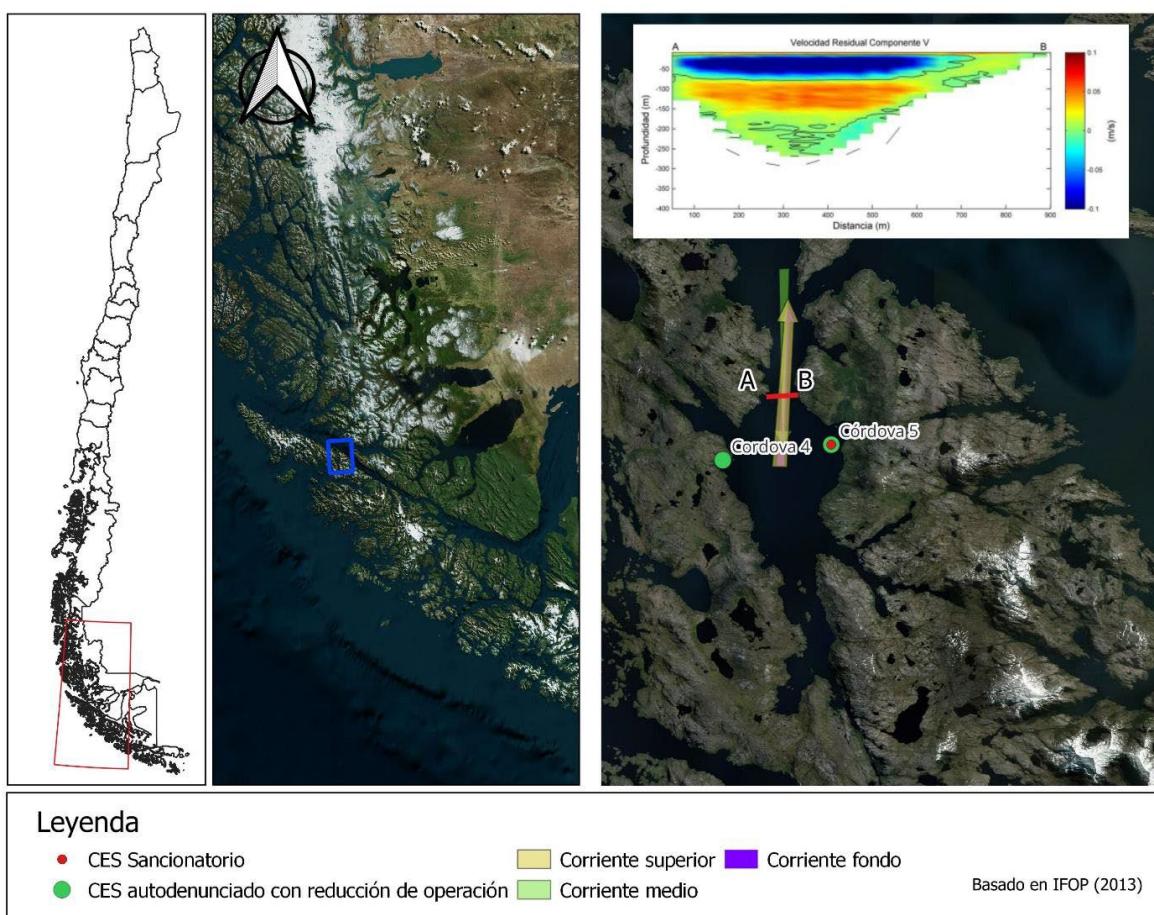


Figura 8. Ubicación del CES Rol A-016-2023 que incluyen los CES propuestos para no operación.

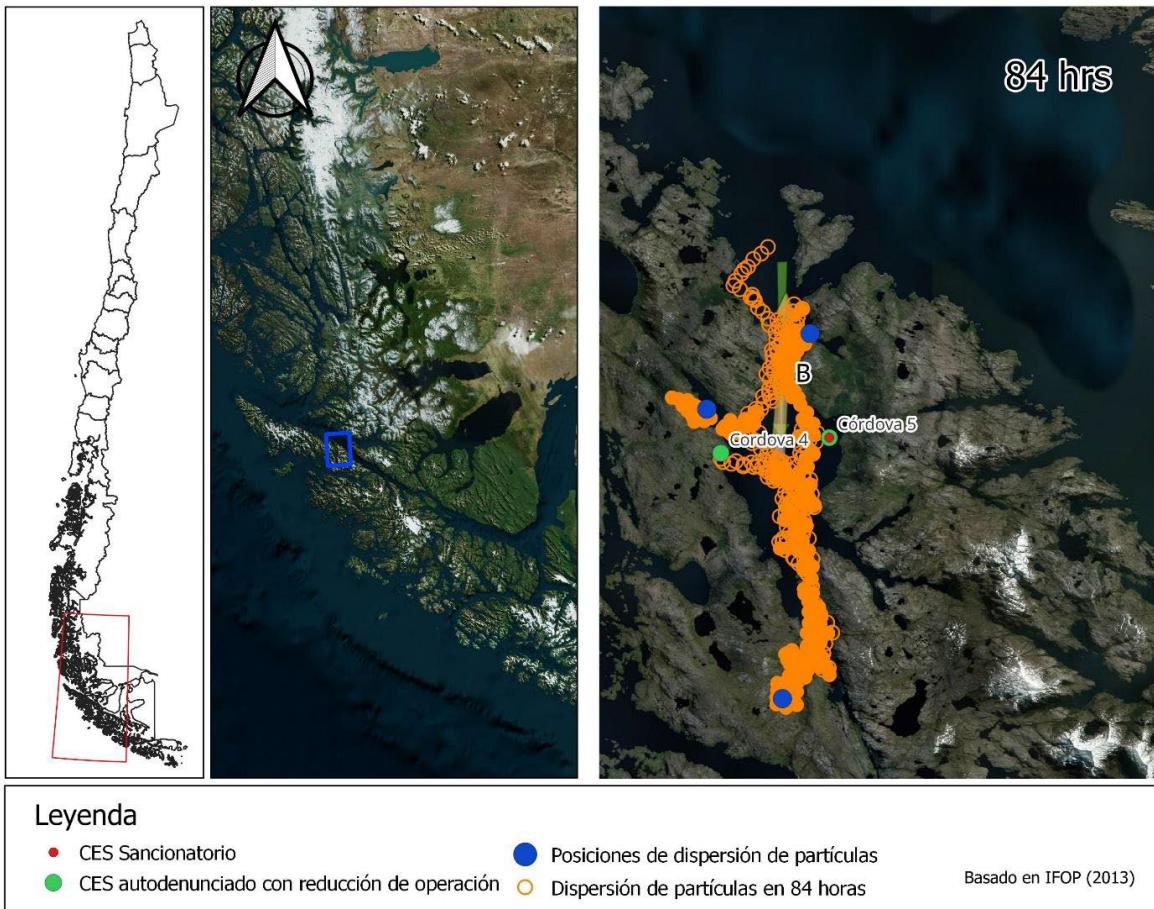


Figura 9. Punto de liberación y dispersión de partículas liberadas en el estero Córdova en 84 horas (Basado en IFOP 2013).

De esta manera, la comparación entre la propuesta anterior y la propuesta reformulada se presenta en la siguiente tabla.

Tabla 4. Comparación propuesta de reducción de producción en PdC Refundido anterior y PdC Refundido actual.

CES Infactores	CES que dejaban de producir en PdC anterior	CES que dejan de producir de acuerdo con la propuesta actual reformulada
Córdova 5	Córdova 5	Córdova 5
	Córdova 4	Córdova 4
	Córdova 6	

1.2.4. Conclusión

Con lo señalado, se acoge la observación de la SMA toda vez que en el PdC Refundido Segunda Versión se presentó una **nueva propuesta para hacerse cargo de la sobreproducción**, la cual reflejó el mayor esfuerzo posible por parte de la Compañía para dar cumplimiento a lo observado por esta Superintendencia, y hacer materialmente posible la ejecución del PdC, en forma respaldada técnicamente por connotados expertos y académicos en materia de biología marina, ecosistemas marinos y oceanografía, dotando a su fundamentación ambiental de suficiencia, adecuación y plausibilidad.

En base a esta justificación, no cabe sino concluir que la Acción N°3 cumple con los criterios reglamentarios de Integridad en su segundo aspecto (“*Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos*”), de Eficacia (“*Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción*”), así también como de verificabilidad (“*Las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento*”).

2.- Consistente con lo anterior, el PdC no incurre en los “criterios negativos” para su aprobación

Sobre esta materia, el Considerando 71 de la Resolución Recurrida señala:

“71. En dichos términos, la propuesta de la empresa posibilita la continuidad operacional del CES Córdoba 5, sin un plan de acciones eficaz para abordar los efectos de la infracción, logrando la suspensión del presente procedimiento y la posibilidad de dar término al mismo sin la imposición de una sanción, lo cual transformaría la presente herramienta en una vía que permita al titular **eludir su responsabilidad**, razón por la cual el PDC debe ser rechazado.” (lo destacado es nuestro).

Sobre el particular, es necesario reiterar que la posibilidad de hacerse cargo de la sobreproducción por medio de la reducción operacional en un CES distinto al objeto de la Formulación de Cargos fue un elemento esencial para la continuidad vital de la Compañía, tanto respecto de la presentación de la Autodenuncia como para el esquema de compensación propuesto, ya que compensar en los 33 CES correspondientes a más de un 80% de los CES en rotación operacional de la Compañía, implicaba en los hechos el **cierre de las operaciones de Australis por al menos 4 años, lo que a su vez implicaba un cierre definitivo de sus operaciones, toda vez que el no contar con ingresos por ese plazo de tiempo, hacía inviable la continuidad del Titular**.

Como se indicó en el PDC refundido presentado, si la compensación se hiciera en su totalidad en los CES objeto de infracción, quedarían solo 2 CES en operación en la XI Región y solo 6 CES en operación en la XII Región, lo cual como se indicó, implicaba en la práctica el cierre de la empresa.

Además, malamente puede calificarse a la propuesta del PdC en todas sus versiones como una maniobra del Titular para eludir su responsabilidad si, en base a los resultados del Ajuste Global de Producción implementado por la Compañía, se contempla una reducción operacional global de 98.982 toneladas, superior a las toneladas Autodenunciadas y contenidas en las Formulaciones de Cargos que le sucedieron.

Tabla 5. Reducciones de producción de CES AD ejecutadas, activas y por ejecutar

Ítem	ton
Sobreproducción imputada	87.192 ²³
Saldos Operacionales Oct-2022 – Dic-2024 Saldos Operacionales: Se refiere a los CES comprendidos en el Autodenuncia que han cosechado durante este período (desde octubre de 2022), como la diferencia positiva entre el límite de producción contenido en la RCA y su producción efectiva: [RCA] – [Cosecha + Mortalidad] = >0.	13.649
Reducción de Producción Activa en CES AD (hasta junio 2025)²⁴ Reducción de Producción Activa: Se entiende por aquella (i) que ya está en desarrollo o (ii) que va a comenzar su ejecución a más tardar en el mes de junio de 2025, irreversiblemente ejecutada ya que no es posible en términos logísticos modificar la planificación productiva a esa fecha	48.999
Reducción de Producción por Ejecutar (desde julio 2025), según propuesta actual. Reducción de Producción por Ejecutar: Se entiende por aquella que está comprometida para ser ejecutadas posterior al mes de julio de 2025.	36.334
Total reducción	98.982

Como se puede apreciar de la tabla anterior, las reducciones de producción en CES Autodenunciados con cosechas desde octubre de 2022, fecha de presentación de la Autodenuncia, a junio de 2025 se habrán compensado un total de **62.648** ton, estando a la fecha dichas toneladas irreversiblemente ejecutadas. Por su parte, en virtud del ajuste de la propuesta global de reducción de producción, quedarían **36.334** ton de reducción de producción por ejecutar desde julio de 2025. Por tanto, sumados ambos valores, la propuesta actual considera 98.982 ton de reducción de producción en los CES Autodenunciados.

²³ Este valor incluye 5.652 toneladas provenientes de ciclos previos al período de tres años a que se refiere el artículo 37 de la LO-SMA.

²⁴ Considera los montos incorporados en la propuesta del Téngase Presente presentado el 03.01.2025, referenciado en el considerando N°14 de la resolución recurrida.

A mayor abundamiento, el costo total de los PdC presentados alcanza aproximadamente 64.285 millones de pesos, promediando un aproximado de 1.948 millones de pesos por PdC (dependiendo del número de CES y ciclos, y considerando la desacumulación realizada por la Superintendencia).

Finalmente, se hace presente que, la aprobación y ejecución del programa de cumplimiento, permite que las infracciones imputadas se vean subsanadas de forma rápida y que los efectos de las mismas, en caso de corresponder, sean contenidos y/o eliminados, en su caso. Contrariamente, la prosecución de un procedimiento de sanción y sus eventuales revisiones judiciales, podrían restarle eficacia a los derechos e intereses públicos en juego. Ello no por falta de voluntad de cumplimiento de Australis, como ya se ha expresado, sino porque, con la determinación de un Plan de Acciones y Metas, se adquirirá certeza respecto de cuáles son las acciones adecuadas, a juicio de la autoridad competente, para retornar a dicho estado.

Por todas estas consideraciones no es posible atribuir un afán de elusión de responsabilidad y, por ello, no es plausible dar por establecido el criterio negativo de aprobación como pretende la Resolución Recurrida, razón por la cual debe ser enmendada como solicita el presente Recurso de Reposición.

3.- Finalmente, la SMA no pondera fundadamente las circunstancias excepcionales del caso

Por último, el caso de Australis es del todo excepcional en la historia del derecho administrativo sancionador en materia ambiental, situación que amerita una visión global de la problemática. Esta visión macro de la Autodenuncia recae en el **Ajuste Global de Producción** que motivó esta última, y que se plasmó en el esquema de compensación propuesto por Australis en los 21 procedimientos sancionatorios que se originaron, a título de acción en el marco de PdC. La excepcionalidad del presente caso se traduce en que:

- a. **El presente proceso sancionatorio tiene su origen en la presentación de una Autodenuncia.** Esta circunstancia es un elemento diferenciador respecto de la regla general en que los procesos sancionatorios inician por denuncia y/o como resultado de un proceso de fiscalización de la SMA, existiendo una actitud propositiva por parte del Titular en orden a retornar al cumplimiento normativo, cooperando de esta manera con la Autoridad en orden a conseguir dicho fin.
- b. **La Autodenuncia tiene una magnitud sin precedentes en la historia del derecho administrativo sancionador, alcanzando un total de 33 unidades fiscalizables o CES autodenunciados, respecto de un total de 49 ciclos productivos.**
- c. **La Compañía debió enfrentar una multiplicidad procedimientos sancionatorios, con tramitación paralela²⁵, originados a partir de la presentación de la Autodenuncia, los cuales llegaron a 33 considerando la desacumulación procesal de noviembre de este año.** Este número aumenta aún más si se consideran los 3 procesos sancionatorios previos en los que se encuentran

²⁵ Roles A-001-2023, A-002-2023, A-003-2023, A-004-2023, A-005-2023, A-006-2023, A-007-2023, A-008-2023, A009-2023, A-010-2023, A-011-2023, A-012-2023, A-013-2023, A-014-2023, A-015-2023, A-016-2023, A-017-2023, A-018-2023, A-019-2023, D-092-2023 y D-094-2023

PdC aprobados (cuyas observaciones fueron emitidas en paralelo a las asociadas al proceso de Autodenuncia)²⁶, y los 2 PdC aprobados cuya ejecución se encuentra concluida a la espera de un pronunciamiento de la autoridad²⁷.

- d. Todos estos procedimientos sancionatorios (provenientes de la Autodenuncia y anteriores) alcanzan un total de 38 unidades fiscalizables, lo que significa un 85% de los CES productivos de la Compañía.** Por esta razón es que el esquema de compensación que se presentó en la AD (sin precedentes por la cantidad de unidades fiscalizables y toneladas a compensar), concretado y optimizado en la posterior presentación de los distintos PdC, implicó un **Ajuste Global de Producción** que permitiera a Australis un mínimo vital para hacer viable su continuidad operacional.

Así las cosas, el Ajuste Global de Producción y la disminución en el nivel operacional de Australis se ha traducido en una reestructuración interna de gran magnitud. En concreto, el nivel de compromiso y seriedad de la propuesta de Australis ha implicado las siguientes modificaciones estructurales y presupuestarias:

- a. Aproximadamente **USD 30 millones en recursos y pérdidas por ajuste de producción** comprometido previamente y durante la elaboración de la Autodenuncia, ejecutados en el 2º semestre de 2022, asegurando a 2023 un cumplimiento 100% de producción autorizada.
- b. Reconfiguración general de áreas y esquemas operacionales, con períodos de no operación en sectores (ACS) completos.
- c. Esto implica altos costos operacionales por disminución de volumen de producción, reportando pérdidas en períodos en que otras Compañías del sector -con información abierta al mercado- muestran utilidades. **Las pérdidas han superado los USD 200 millones desde iniciado el ajuste en el 2º semestre de 2022.**
- d. Se han optimizado e incluso **cerrado líneas completas de proceso** en plantas de proceso en Los Lagos y Magallanes, y pisciculturas en la Araucanía. Entre ellas, el cierre de la planta de proceso Torres del Paine en Punta Arenas en octubre de 2023.
- e. Sin duda uno de los efectos más sensibles, corresponde a la **disminución de aproximadamente un 35% la dotación total de la Compañía**, durante 2023, lamentando ya el término de contrato que ha afectado a más de 1.200 trabajadores, los que en su mayoría corresponden a fuerza trabajadora local, de las regiones de Los Lagos, Aysén y Magallanes.
- f. Efecto en proveedores y trabajadores indirectos de la cadena de valor, a raíz de la disminución de flujo productivo de la Compañía.

²⁶ Roles D-058-2022, D-104-2022 y D-168-2022.

²⁷ Roles D-008-2021 y D-161-2021.

- g. Restricciones de acceso al crédito para la Compañía como también para sus proveedores directos, dificultando el cumplimiento de otras obligaciones y compromisos contractuales.

Por estas y otras razones es que la situación que atraviesa Australis desde la presentación de la Autodenuncia es única y excepcional, ya que se encuentra en jaque la continuidad operacional de la Compañía. El Ajuste Global de Producción y el esquema de compensación propuesto está pensado en que esto sea posible, siempre con enfoque en el cumplimiento de la normativa ambiental y regulatoria.

Por tanto, **la consideración de dichas particularidades en ningún caso tiene por objeto hacer valer una situación de “excepcionalidad” que pudiera implicar que la SMA incurra en una vulneración al principio de legalidad y/o al principio de igualdad ante la ley**; sino que se ha requerido que en el marco de la discrecionalidad inherente del presente procedimiento desformalizado que le cabe a la autoridad al analizar el Plan de Metas y Acciones propuesto en concreto, se tenga a la vista ciertos aspectos de contexto relevantes, que lo distinguen, por ejemplo, de aquellos que se inician como consecuencia de una denuncia o de un procedimiento de fiscalización realizado por la SMA en el marco de sus competencias, o bien, respecto de un proceso sancionatorio que se refiere a una única unidad fiscalizable.

Bajo este mismo sentido, la profesora Rosa Gómez González ha sostenido:

“Sin cuestionar la importancia de la ley como fuente del Derecho y destacando la relevancia que tiene en el ámbito administrativo sancionador, toda vez que hay elementos de la potestad represiva que necesariamente deben estar establecidos a nivel legal, como la infracción y su sanción, cabe destacar que en este ámbito las potestades regladas no ejercen un predominio absoluto, sino que conforme al principio de legalidad es perfectamente posible que la norma contemple elementos tanto reglados como discretionarios” (énfasis agregado), precisando a continuación que *“la vigencia del principio de legalidad en materia sancionadora admite ciertos márgenes de discrecionalidad sujetos a los principios que dominan un Estado de Derecho”*.²⁸

En el mismo sentido, refiriéndose a la naturaleza jurídica de las resoluciones de la SMA que aprueban un Programa de Cumplimiento, el profesor Iván Hunter ha señalado lo siguiente:

“la resolución que aprueba un PdC es compleja: por un lado, debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios de procedencia, los que entremezclan cuestiones regladas y discretionales; por otro realiza una ponderación acerca de la suficiencia de las medidas adoptadas para regresar al estado de cumplimiento ambiental y reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento, por lo cual, incluso, puede requerir informes a los organismos sectoriales. Se trata, por tanto, de una resolución sustantiva, de efectos

²⁸ Gómez, Rosa (2020). *“Discrecionalidad y potestades sancionatorias de la Administración”*. En: Revista Ius et Praxis, Año 26, N°2 2020. Pág. 195.

jurídico-materiales, regulada por el derecho, con espacios de discrecionalidad y que repercute directamente en la actividad o proyecto ejecutado como en los componentes ambientales” (énfasis agregado).²⁹

Por ende, a juicio de este Titular, la SMA está facultada para considerar positivamente la propuesta de reducción de operación de la Compañía para hacerse cargo de la sobreproducción, atendidas sus particularidades en cuanto a magnitud y extensión de la propuesta, además de originarse por una Autodenuncia, todo ello, en el marco de la fundada discrecionalidad que le cabe al interpretar al caso concreto los criterios y requisitos que permiten aprobar un PdC, conforme al artículo 42 de la LO-SMA y al artículo 9 del Reglamento.

V.- PETICIÓN CONCRETA DEL PRESENTE RECURSO DE REPOSICIÓN

Por intermedio de este recurso administrativo, solicito respetuosamente al Sr. Jefe de la DSC tener por presentado el Recurso de Reposición, admitirlo a trámite, y previa instrucción del procedimiento administrativo recursivo, **dejar sin efecto la Resolución Recurrida aprobando el PdC presentado por Australis, en base al mérito del expediente del proceso sancionatorio.**

VI.- ACOMPAÑA INFORME EN DERECHO

Que, en este acto, vengo en acompañar al expediente el Informe en Derecho, titulado “EFICACIA COMO REQUISITO DE APROBACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL CONTEXTO DE UNA AUTODENUNCIA Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA”, de autoría de don Iván Hunter Ampuero, abogado, Doctor en Derecho, Profesor Regulaciones Ambientales y de los Recursos Naturales y Exministro Titular Abogado del Tercer Tribunal Ambiental entre los años 2017 y 2023 (“Informe”).

El Informe analiza como puntos de derecho ‘Determinar cómo debería realizarse la interpretación de las normas que regulan los PdC especialmente el requisito de eficacia, considerando los objetivos y finalidades de los incentivos al cumplimiento’ y ‘Definir si se vulneran los principios de confianza legítima e igualdad al no observarse por la SMA los criterios de eficacia utilizados en los casos anteriores y similares’.

Para este efecto, el Informe desarrolla el análisis (a) dando cuenta de las circunstancias fácticas consideradas, dentro de las que se incorporarán las razones esgrimidas por la SMA en las Resoluciones Recurridas para rechazar los PdC; (b) haciendo referencia a la importancia de los Incentivos al Cumplimiento en el contexto del artículo 2º de la Ley N° 20.417; (c) analizando la Autodenuncia como un tipo o clase de herramienta que se orienta a fomentar el cumplimiento de las normas ambientales, y especialmente sus ventajas como instrumento de política pública y con relación a los PdC que no provienen de dicho instrumento; (d) examinando el requisito de eficacia y cómo un ejercicio adecuado, razonable y proporcional de la discrecionalidad permite sostener la legalidad de la propuesta del titular; y por último, (e) dando cuenta de las razones por

²⁹ Hunter, Iván (2024). “*Tutela judicial y administrativa del medio ambiente. Tomo I. Recurso de protección, recursos administrativos y tribunales ambientales*”. Segunda Edición DER Ediciones Limitada, Santiago, pp. 218.

las que la SMA debe observar y respetar los precedentes en base a la confianza legítima y el principio de igualdad.

En lo que respecta a la materia objeto de este procedimiento sancionatorio, entre otras consideraciones, en lo que respecta a la Autodenuncia como uno de los Instrumentos de Incentivo al Cumplimiento de la Ley N°20.417, el Informe razona:

“Lo anteriormente señalado implica, a mi entender, la necesidad de una interpretación normativa sistemática que permita y promueva la autodenuncia como un mecanismo legítimo y eficaz de incentivo al cumplimiento ambiental. Esta interpretación debe hacer factible y atractiva la autodenuncia para los regulados, de modo que puedan acceder a ella con ventajas claras y sustanciales en comparación con quienes no optan por este camino y, ante su incumplimiento, optan por silenciar y ser detectados por la autoridad. Dichas ventajas no solo deben reflejarse en la reducción de eventuales sanciones pecuniarias o la flexibilización de medidas correctivas (porque ahí no habría diferencia con los PdC), sino también en un reconocimiento explícito de la conducta proactiva del regulado, evidenciada en su disposición a colaborar sustantivamente en la investigación, asumir tempranamente la responsabilidad y corregir el incumplimiento.

En este contexto, la normativa debe ser comprendida y aplicada de manera que quienes opten por autodenunciarse puedan acceder a incentivos proporcionales y jurídicamente factibles como la flexibilización de las medidas o acciones para la regularización de la infracción y de sus efectos, siempre en función de la gravedad del incumplimiento y del nivel de cooperación mostrado.

Una interpretación coherente con el principio de proporcionalidad debe garantizar que la autoridad examine el PdC que se presenta en una autodenuncia de manera diferenciada a aquel presentado ante la sola formulación de cargos, reservando los mayores beneficios para quienes actúan de forma espontánea y de buena fe.

De igual forma, la optimización de los recursos y tiempos mediante un diseño equilibrado de beneficios ligados a la autodenuncia permitiría a la SMA focalizar sus esfuerzos institucionales en aquellos sectores que estima más relevantes de fiscalización, evitando situaciones como el archivo de denuncias prescritas de la infracción, la imposibilidad de continuar con el procedimiento sancionatorio o inactividad frente a denuncias.

En definitiva, promover la autodenuncia mediante una interpretación normativa sistemática y favorable no solo contribuye al cumplimiento de los objetivos de protección ambiental, sino que además fortalece la seguridad jurídica y fomenta una cultura de cumplimiento continuo, donde los regulados perciban ventajas tangibles al optar por conductas colaborativas y transparentes frente a la administración ambiental”.

En lo que respecta al cumplimiento del Requisito de Eficacia, entre otras consideraciones, desarrolla el siguiente análisis:

“En la especie, se aprecia que la SMA considera que la medida de compensar en otro CES, que también es infractor, y que se encuentra en el mismo ecosistema, no es eficaz, dado que el área de impacto de la infracción no se superpone con el área de influencia del CES compensador.

En tal decisión, sin embargo, hay tres cuestiones relevantes en los que se detecta una falta de razonabilidad:

- a) *La eficacia no es un concepto absoluto ni de cumplimiento binario. La eficacia de una acción o medida no es algo que pueda decidirse siempre -y en todo caso-, como una dicotomía entre todo o nada, esto es, entre se cumple o no. Más bien, la eficacia es un atributo que puede medirse en grados, dependiendo de qué tan bien se cumplen los objetivos previstos y en qué forma se logran satisfacer los diferentes intereses generales involucrados. Este carácter gradual de la eficacia es lo que habilita y justifica que la autoridad ajuste sus decisiones a las particularidades de cada caso. Así, una medida administrativa puede ser más o menos eficaz dependiendo del contexto en la que se aplique. Por ejemplo, en un PdC la eficacia puede variar según la capacidad técnica del infractor para implementar las medidas, la intensidad de los efectos causados, las características del ecosistema afectado y los propósitos que la autoridad quiera conseguir con su aprobación.*

En síntesis, la eficacia (y la integridad en su segundo aspecto asociado a los efectos de la infracción) como requisito de aprobación de un PdC es gradual porque depende de factores contextuales, técnicos, sociales y económicos que varían en cada caso, así como del balance entre objetivos, costos y beneficios. Este carácter no binario habilita a la Administración para ejercer su discrecionalidad, seleccionando las medidas más adecuadas para maximizar la eficacia en la consecución del interés general. De esta manera, la discrecionalidad se convierte en una herramienta indispensable para garantizar una gestión administrativa proporcional y razonable.

- b) *Exigir que los efectos del incumplimiento solo se compensen en el mismo CES infractor, no resulta razonable en el contexto de un PdC que se genera como fruto de una autodenuncia que presenta las características de la Australis Mar S.A., que no se presenta respecto de una Unidad Fiscalizable sino de 33 CES, en una política de cumplimiento de la empresa y en un mismo momento, considerando adicionalmente el impacto positivo que puede generar en un sector económico con alto índices de sobreproducción. Por el contrario, ello demuestra una actitud de inflexión y visión antagonista que intenta horquillar al autodenunciante hacia la sanción. Los incentivos al cumplimiento como sustitutos de la sanción requieren de un cierto margen de adaptación.*

En razón de lo dicho, es exigible a la SMA -como una manifestación de la razonabilidad- una flexibilización de los criterios de aprobación de PdC, los que, sin llegar a desnaturalizar su finalidad, permitan cumplir su función de incentivo. La jurisprudencia ha indicado al efecto:

“(...) los PdC son mucho más un medio para alcanzar el cumplimiento que un fin en sí mismos, cuya flexibilidad inherente permite incluir en ellos una mirada de permisos y autorizaciones que se califiquen como pendientes de obtención. En otras palabras, la ley ofrece esta flexibilidad a los regulados pues no sólo valora, sino que promueve decididamente que éstos retornen a un estadio de cumplimiento, aun asumiendo los costos que ello significa”³⁰.

³⁰ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, de 3 de noviembre de 2021, R-183-2018, “Birke Abaroa Maite con Superintendencia del Medio Ambiente”.

En este sentido, una medida puede considerarse eficaz incluso cuando no represente el máximo beneficio ambiental inmediato, siempre que contribuya de manera significativa a la obtención de resultados positivos a largo plazo o al logro de objetivos ambientales mediatos (como las mejoras en los sistemas de operación del CES que se traducirán en un cumplimiento de la normativa ambiental), favoreciendo así un equilibrio entre la protección del entorno y la viabilidad de las acciones comprometidas.

Abora bien, cuando la autoridad ambiental exige que la compensación se lleve a cabo exclusivamente dentro del área específica directamente impactada por el incumplimiento, está aplicando un estándar de eficacia ambiental tan elevado que torna la exigencia en desproporcionada e irrazonable en relación con la naturaleza propia del instrumento de incentivo. Tal como se ha indicado, la autodenuncia tiene por objeto promover la colaboración del regulado con la autoridad y facilitar la pronta corrección de conductas infractoras, a través del cese inmediato de la infracción y las medidas o acciones de cumplimiento normativo y mitigación o eliminación de efectos, lo que implica necesariamente un balance entre la mejora ambiental y la efectividad del incentivo.

Así, la eficacia de la compensación no debe ser interpretada de forma absoluta o maximalista, sino en función de la finalidad del instrumento: estimular la regularización temprana y la adopción de medidas de mitigación o eliminación de efectos adecuadas, aunque no sean las más óptimas con tal que aseguren una mejora ambiental real y verificable. En este contexto, la compensación en un CES del mismo ecosistema (canal, fiordo o cuerpo de agua) y con condiciones ambientales equivalentes resulta razonable, cumpliendo con los principios de proporcionalidad y eficacia sin desvirtuar el objetivo preventivo y correctivo de la autodenuncia.

- c) *De igual forma, si bien es cierto que ni la LOSMA ni el DS N° 30/2012 contemplan procedimientos y criterios diferentes para la aprobación de los PdC en razón a la entidad de las infracciones y el instrumento de incentivo realizado, ello no significa que no pueda reconocerse esa posibilidad. Pretender que la SMA no ejerce discrecionalidad cuando examina y determina la eficacia de una medida de un PdC es incorrecto. Tal como lo indicamos, la eficacia de una acción es posible medirla o ponderarla en grados. Una medida puede tener un grado muy alto de eficacia, otra un grado medio y/o baja eficacia. La elección de estas alternativas depende de un uso razonable y justificado de la discrecionalidad, y en el amparo en la consecución del interés público.*

Esto se traduce, en términos sencillos, que es jurídicamente posible que la autoridad mantenga criterios de aprobación diferentes de los PdC cuando estos provienen de una autodenuncia con un caso con las singularidades de este, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad o la legalidad. Por eso cuando la SMA afirma que se vulnera la legalidad o dicho principio no está en lo correcto.

Para comprender cabalmente lo anterior, es necesario distinguir entre los requisitos y los criterios de aprobación de un PdC, y cómo la discrecionalidad administrativa se vincula con estos últimos.

Los requisitos de aprobación de un PdC están establecidos de forma general y objetiva en el artículo 8° y siguientes del DS N° 30/2012. Estos son normas de cumplimiento general, inamovibles y predefinidas reglamentariamente, lo que implica que la SMA no tiene margen para modificarlos, ya que forman parte del marco reglado que rigen estos instrumentos.

En cambio, los criterios de aprobación no están establecidos expresamente, sino que dependen del contexto específico de cada caso, permitiendo a la SMA ejercer discrecionalidad en su aplicación. Estos criterios pueden incluir la gravedad de la infracción y el nivel de afectación ambiental, la naturaleza y antecedentes del infractor (por ejemplo, autodenuncia versus infracción detectada en fiscalización) y la evaluación de la factibilidad técnica y temporal de las medidas. Los criterios, por lo tanto, al complementar los requisitos de aprobación permiten un análisis más flexible y adecuado a las circunstancias particulares del caso. Esto es, los PdC deben ser suscritos de buena fe con el propósito real de ser ejecutados, lo que exige adoptar decisiones responsables, que permitan la operación de la empresa en concordancia con la protección ambiental.

Conforme lo indicado, al ser la autodenuncia un mecanismo que incentiva la colaboración del infractor con la SMA permite justificar que al ponderar el PdC se consideren criterios más favorables o flexibles como reconocimiento al acto de colaboración, al cese voluntario e inmediato del incumplimiento y de los efectos ambientales. En una autodenuncia, la SMA podría priorizar criterios como la rapidez en la implementación de medidas correctivas, el enfoque preventivo de las medidas para evitar reincidencias y la incorporación de compromisos adicionales no exigidos en contextos normales, como capacitaciones ambientales o auditorías externas voluntarias.

Además, tal como se ha indicado, la proporcionalidad exige considerar la conducta colaborativa del infractor al momento de evaluar la suficiencia de las medidas presentadas. Aplicar los mismos criterios de forma rígida a un infractor que se autodenuncia y a uno que no lo hace podría desincentivar la cooperación con la autoridad ambiental.

Finalmente, el principio de igualdad también respalda esta diferenciación. Tratar igual a quienes se autodenuncian y a los que no lo hacen podría vulnerar el principio de igualdad al omitir la conducta proactiva del infractor en la evaluación del PdC. Una diferenciación de criterios se justifica cuando se basa en razones objetivas y verificables, como la disposición a colaborar y remediar los efectos de manera temprana”.

En conclusión, los requisitos de aprobación son estáticos y establecidos normativamente en el DS N° 30/2012, mientras que los criterios permiten una ponderación contextual. En el contexto de una autodenuncia, la SMA puede legítimamente aplicar criterios de aprobación diferenciados sin vulnerar los principios de legalidad e igualdad, dado que la discrecionalidad está orientada a garantizar una evaluación razonada y proporcional al contexto del caso. La clave es que estos criterios sigan siendo objetivos, motivados y alineados con la finalidad ambiental del PdC: la corrección efectiva de los efectos y la prevención de futuros incumplimientos.

Ahora bien, y dado que la eficacia se puede medir en grados y que la autoridad debe operar en términos de razonabilidad, la pregunta relevante es definir qué criterios debiesen considerarse para compensar en otro CES, diferente al infractor. Estos criterios operan como condiciones del cumplimiento del requisito de eficacia y exigencia de proporcionalidad en la actividad administrativa, y deben permitir que el instrumento cumpla su finalidad esencial”.

A su vez, respecto de cómo se ha **vulnerado el Principio de Confianza Legítima** y del agravio generado a Australis, entre otras consideraciones, el Informe concluye:

“Por esta razón, Australis incluyó un esquema de compensación tanto en la Autodenuncia como en la respuesta al requerimiento de información formulado antes de que esta fuera declarada admisible, y de la

formularon cargos. Sin embargo, el cambio inesperado de criterio por parte de la SMA, basado en motivos no claramente explicados, ha colocado a Australis en una situación mucho más desfavorable que si no hubiese presentado la Autodenuncia y simplemente hubiera esperado a que la SMA detectara los incumplimientos por sus propios medios, como aparentemente han hecho algunos de sus competidores en un lapso de varios años”.

Finalmente, el Informe **concluye respecto de los puntos de derecho** pertinentes para la resolución de este procedimiento recursivo:

1. *Los incentivos al cumplimiento, como los PdC y la autodenuncia, representan un cambio de paradigma en la regulación ambiental, promoviendo la colaboración entre regulados y autoridades. Estos mecanismos no solo buscan restablecer la legalidad tras una infracción, sino también pretenden reducir o eliminar los efectos ambientales generados, contribuyendo a la satisfacción del interés general y a la protección de los ecosistemas. El enfoque de estos instrumentos prioriza la prevención, corrección y mitigación de efectos adversos sobre el medio ambiente, en lugar de centrarse únicamente en sanciones que solo contribuyen a castigar.*
2. *La eficacia, como criterio para la aprobación de los PdC, no debe interpretarse de manera estrictamente binaria (se cumple o no), sino como un concepto dinámico que permite evaluar grados de cumplimiento en función de factores técnicos, ambientales y contextuales. La flexibilidad en la interpretación de la eficacia es esencial para ajustar las medidas a las características específicas de cada caso, favoreciendo soluciones prácticas que, aunque no sean perfectas, contribuyan de manera significativa a la mejora ambiental.*
3. *En el caso específico de Australis Mar S.A., se justifica la propuesta de hacerse cargo de la sobreproducción por medio de la reducción operacional en otros CES, siempre que estos se encuentren en el mismo ecosistema (cuerpo de agua, curso de agua, fiordo, golfo) y estén operativos. Esta medida resulta ambientalmente relevante al considerar la interacción de los componentes ecosistémicos y fomenta el cumplimiento normativo sin desvirtuar la finalidad de los incentivos. Rechazar esta alternativa refleja una aplicación excesivamente rígida y desproporcionada del requisito de eficacia, que puede desincentivar la autodenuncia como herramienta de cooperación.*
4. *La autodenuncia presenta múltiples beneficios: reduce los costos administrativos asociados a la detección de incumplimientos, permite una fiscalización más eficiente al delegar parte de la carga en los regulados y acelera la implementación de medidas correctivas. Además, fortalece la cultura del cumplimiento, promoviendo prácticas corporativas responsables y transparentes, y optimizando el uso de los recursos públicos en casos más graves.*
5. *El diseño actual de los incentivos al cumplimiento muestra deficiencias en su capacidad para motivar a los regulados a autodenunciarse. La ausencia de ventajas sustanciales sobre otras alternativas, como esperar la detección por parte de la autoridad, limita la eficacia de este instrumento. Es fundamental que la normativa garantice beneficios concretos, como la flexibilización de criterios en la aprobación de PdC, para consolidar la autodenuncia como una herramienta eficaz y atractiva.*
6. *La SMA debe adoptar un enfoque flexible y proporcional al evaluar PdC, especialmente en el contexto de una autodenuncia. Esto incluye la posibilidad de aceptar medidas alternativas que generen mejoras ambientales verificables, aunque no sean las más óptimas. Adaptar su actuación administrativa a los principios de razonabilidad y proporcionalidad fortalece la política pública de cumplimiento normativo y promueve una gestión ambiental más eficiente.*
7. *Tratar igual a quienes se autodenuncian y a quienes no lo hacen supone una vulneración del principio de igualdad, ya que no se reconoce la conducta proactiva de los autodenunciantes. La SMA tiene el deber de diferenciar entre estas situaciones, otorgando beneficios claros y proporcionales a quienes colaboran*

- voluntariamente con la autoridad. Esto fomenta una cultura de cumplimiento normativo y refuerza la eficacia de los incentivos al cumplimiento*
8. *La SMA debe respetar las expectativas razonables generadas en los regulados con base en precedentes administrativos previos. Australis Mar S.A. actuó bajo la confianza de que su propuesta de compensaciones en otros CES sería aceptada, dado que decisiones anteriores de la SMA permitieron medidas similares. Estas generaron expectativas legítimas en los regulados sobre la validez de este enfoque. Alterar estos criterios sin una transición razonable perjudica la seguridad jurídica, contradice el principio de confianza legítima,*
 9. *En síntesis, la autodenuncia, como instrumento clave para la política pública ambiental, debe contar con incentivos claros, criterios consistentes y una aplicación flexible que promueva la regularización temprana. Esto no solo mejora la protección ambiental, sino que también fortalece la relación colaborativa entre los regulados y la autoridad, garantizando una mayor.*

POR TANTO, a modo de petición concreta, respetuosamente solicito tener por acompañado el Informe y, en definitiva, en atención a que esta opinión legal de un autor de la mayor competencia en la materia es consistente con lo planteado en el Recurso de Reposición, se sirva acoger este último en todas sus partes **dejar sin efecto la Resolución Recurrida aprobando el PdC presentado por Australis, en base al mérito del expediente del proceso sancionatorio.**

Sin otro particular se despide atentamente,

JOSE LUIS
FUENZALIDA
RODRIGUEZ

Firmado digitalmente por
JOSE LUIS FUENZALIDA
RODRIGUEZ
Fecha: 2025.02.04
19:28:41 -03'00'

José Luis Fuenzalida
p.p. AUSTRALIS MAR S.A.

INFORME EN DERECHO

EFICACIA COMO REQUISITO DE APROBACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL CONTEXTO DE UNA AUTODENUNCIA Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Ivan Hunter Ampuero

Doctor en Derecho

Profesor Regulaciones Ambientales y de los Recursos Naturales
Exministro Titular Abogado del Tercer Tribunal Ambiental (2017-2023)

Enero, 2025

I.- INTRODUCCIÓN

Australis Mar S.A. me ha solicitado, en mi calidad de experto en Derecho Ambiental, elaborar un Informe en Derecho para ser presentado ante la Superintendencia de Medio Ambiente (en adelante, SMA), en el contexto de la tramitación de los Programas de Cumplimiento (en adelante, PdC) presentados por la empresa en una autodenuncia (en adelante, autodenuncia).

Los aspectos jurídicos que me han solicitado abordar son dos:

- a) Determinar cómo debería realizarse la interpretación de las normas que regulan los PdC especialmente el requisito de eficacia¹, considerando los objetivos y finalidades de los incentivos al cumplimiento;
- b) Definir si se vulneran los principios de confianza legítima e igualdad al no observarse por la SMA los criterios de eficacia utilizados en los casos anteriores y similares.

Al momento del cierre de este informe, he tomado como referencia las siguientes resoluciones de la SMA, que han sido objeto de recurso de reposición administrativa cuya decisión se encuentra pendiente (todas ellas conjuntamente “Resoluciones Recurridas”), fundadas en el mismo razonamiento:

- a) Res. Ex. N°9/Rol N°A-007-2023, emanada de la DSC de 18 de diciembre de 2024 (en adelante, Resolución N°9/Rol 007), mediante la cual se rechaza el Programa de Cumplimiento presentado por Australis respecto del **CES Bahía Buckle**;
- b) Res. Ex. N°9/Rol N°A-004-2023, emanada de la DSC de 18 de diciembre de 2024 (en adelante, Resolución N°9/Rol 004), mediante la cual se rechaza el Programa de Cumplimiento presentado por Australis respecto del **CES Humos 5**;
- c) Res. Ex. N°9/Rol N°A-018-2023, emanada de la DSC de 7 de enero de 2025 (en adelante, Resolución N°9/Rol 018), mediante la cual se rechaza el Programa de Cumplimiento presentado por Australis respecto del **CES Matilde 1**;
- d) Res. Ex. N°9/Rol N°A-004-2024, emanada de la DSC de 8 de enero de 2025 (en adelante, Resolución N°1/Rol 004/24), mediante la cual se rechaza el Programa de Cumplimiento presentado por Australis respecto del **CES Pan de Azúcar**;
- e) Res. Ex. N°9/Rol N°A-019-2024, emanada de la DSC de 16 de enero de 2025 (en adelante, Resolución N°9/Rol 019/24), mediante la cual se rechaza el Programa de Cumplimiento presentado por Australis respecto del **CES Humos 3**;

¹ Hago presente que el análisis del requisito de eficacia que se realiza en este informe repercute directamente sobre la configuración del criterio de integridad en su segundo aspecto vinculado a las acciones para eliminar los efectos del incumplimiento. Esto es, la SMA ha determinado que, al no concurrir la eficacia de la medida, el PdC tampoco es íntegro. Por ende, todo lo que se indique acerca de la eficacia del PdC incide directamente en el cumplimiento de la integridad en cuanto a la eliminación de los efectos de la infracción.

- f) Res. Ex. N°9/Rol N°A-008-2024, emanada de la DSC de 15 de enero de 2025 (en adelante, Resolución N°1/Rol 008/24), mediante la cual se rechaza el Programa de Cumplimiento presentado por Australis respecto del **CES Melchor 4**.

Para este efecto comenzaré **(II)** dando cuenta de las circunstancias fácticas consideradas, dentro de las que se incorporarán las razones esgrimidas por la SMA en las Resoluciones Recurridas para rechazar los PdC. Posteriormente **(III)** haré referencia a la importancia de los Incentivos al Cumplimiento en el contexto del artículo 2º de la Ley N° 20.417, para luego **(IV)** analizar a la autodenuncia como un tipo o clase de herramienta que se orienta a fomentar el cumplimiento de las normas ambientales, y especialmente sus ventajas como instrumento de política pública y con relación a los PdC que no provienen de dicho instrumento. A partir de ese contexto **(V)** se haré un examen del requisito de eficacia y cómo un ejercicio adecuado, razonable y proporcional de la discrecionalidad permite sostener la legalidad de la propuesta del titular. En la última parte **(VI)** daré cuenta de las razones por las que la SMA debe observar y respetar los precedentes en base a la confianza legítima y el principio de igualdad.

II.- RESOLUCIONES RECURRIDAS: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y RAZONES DE LA DECISIÓN

1.- Autodenuncia y esquema de compensaciones presentado por Australis Mar S.A.

- a) Como se ha indicado en reiteradas ocasiones, Australis Mar S.A., motivada, entre otras cosas, por el cambio de controlador y la efectiva toma de control de la nueva administración, tomó la decisión institucional de autodenunciarse ante la SMA por la superación en 33 CES del máximo de producción en toneladas de biomasa autorizada, en ciclos productivos iniciados con siembra entre los años 2018 a 2021, implicando una sobreproducción total de 81.060 toneladas al 23 de octubre de 2022.
- b) En la autodenuncia, Australis Mar S.A. presentó un esquema de “compensaciones” en la producción futura, con el objetivo de dar cumplimiento al requisito de aprobación de integridad y eficacia de los PdC. Al respecto es importante señalar que una “compensación” es entendida como una disminución en la producción de la biomasa en la misma cantidad en la que se sobreprodujo. Esto es, dejar de generar en el ambiente un equivalente a los efectos que se habrían producido con el exceso de producción. En este esquema, (i) algunos CES compensaban con ellos mismos su sobreproducción; (ii) en otros casos, se recurrió a CES en los que también se había cometido la infracción de sobreproducción, y; por último, (iii) también había compensaciones en CES en los que no se había cometido infracción alguna. En los casos (ii) y (iii), la elección del CES a cargo de asumir en todo o parte la sobreproducción obedeció a criterios ambientales, primeramente, a escala de ecosistema del SIMBIO del Ministerio del Medio Ambiente y, finalmente, solo centros infractores a escala del mismo cuerpo o curso de agua (fiordo, canal, golfo).

- c) Lo anterior en razón a que el esquema señalado precedentemente se fue ajustando en la medida que la SMA realizaba observaciones a cada una de las propuestas de los respectivos PdC.
- d) Sin perjuicio del sustento ambiental que pueda tener la propuesta, la decisión de presentar este esquema, se basó en PdC aprobados por la SMA, previos al ingreso de la autodenuncia, en los cuales se aceptó que la disminución de producción se llevara a cabo en CES diferentes a los que se cometió la infracción.

2.- Argumentos de las Resoluciones Recurridas

Los argumentos que se esgrimen en las Resoluciones Recurridas citadas en el acápite I, que son comunes en todos los casos, pueden sintetizarse en los siguientes:

- i) El PdC contiene acciones para reducir la producción de biomasa que están orientadas a abordar los efectos generados por las infracciones, pero estas se plantean ejecutar en otros CES diversos a aquel donde fue constatada la infracción.
- ii) Los efectos del incumplimiento consisten en un aumento en el aporte de materia orgánica y nutrientes en el medio marino superior a lo evaluado ambientalmente, lo cual trae consigo un incremento de la superficie total impactada por la actividad de producción del CES respectivo, abarcando un espacio físico que no fue incluida dentro del área de influencia definida durante la evaluación ambiental del proyecto.

Se agrega que la medida principal de la resolución de calificación ambiental respectiva (en adelante, RCA) para no generar impactos en el medio marino recae en las condiciones operacionales del mismo CES donde se verifica la actividad productiva, habiéndose considerado en la evaluación ambiental como variables para dicho análisis las cantidades de alimento no consumido y fecas, así como los aportes y niveles de acumulación de materia orgánica vertidos en el área en que se ejecuta la actividad.

De este modo, añaden las resoluciones, la actividad de otros centros de cultivos distintos al CES que incurrió en sobreproducción, no es considerada como una medida ambiental que pueda hacerse cargo de los efectos generados por la actividad de dicho CES. Conforme a ello -entiende la SMA- la propuesta de la empresa no se puede considerar como una acción eficaz e íntegra (en su segundo aspecto) para abordar los efectos generados por las infracciones imputadas en los procedimientos.

- iii) Por último, señala que el área de influencia del CES infractor no se relaciona espacialmente con la actividad de los CES en lo que se propone realizar la compensación, existiendo una distancia entre ellos que hace que no se superpongan ni presenten una relación espacial en que interactúen las plumas de dispersión. De este modo, argumento la SMA, no se observa cómo la actividad o inactividad de los otros CES podría significar un beneficio ambiental respecto al área impactada por la sobreproducción generada en el CES infractor.

III.- INCENTIVOS AL CUMPLIMIENTO EN EL ARTÍCULO 2º DE LA LEY N° 20.417 (LOSMA)

La decisión de la SMA de rechazar los PdC en el contexto de la Autodenuncia no se alinea con la importancia de este instrumento en la gran reforma a la institucionalidad ambiental chilena emprendida con la Ley N° 20.417 de 2010.

En efecto, los incentivos al cumplimiento representan una innovación en el ámbito de la regulación ambiental y en las herramientas administrativas de control. Su propósito principal es promover que los infractores implementen acciones o medidas específicas, previamente autorizadas y definidas en coordinación con la autoridad ambiental competente, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas vulneradas y mitigar o eliminar los impactos ambientales adversos generados por una infracción administrativa. El Mensaje del Proyecto de la Ley N° 20.417, señala en forma expresa:

“El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo. Éste último contempla consideraciones en materia de cumplimiento desde el momento de creación de la regulación, pasando por el diseño de instrumentos de aplicación de las nuevas regulaciones hasta los sistemas sancionatorios”² (énfasis agregado).

En el marco de la regulación ambiental, se reconocen tres tipos de incentivos al cumplimiento: la Autodenuncia, los Programas de Cumplimiento y los Planes de Reparación³. Estos instrumentos están regulados por los artículos 41, 42 y 43, respectivamente, de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LOSMA) contenida en el artículo 2º de la Ley N° 20.417, así como por el Decreto Supremo N° 30, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente (en adelante, DS N° 30/2012), que establece el “Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación”. De manera subsidiaria, también resultan aplicables las disposiciones de la Ley N° 19.880, que establece las bases generales de los procedimientos administrativos.

En todos los incentivos al cumplimiento, la SMA debe asumir un rol protagónico a través de la asistencia a los regulados, especialmente consagrado en el artículo 3 del DS N° 30/2012⁴. Esta norma es una singularización de la potestad contenida en el artículo 3 letra u) de la LOSMA, y una manifestación de la cooperación pública en el desarrollo de las actividades que puedan afectar al medio ambiente. Mediante ella la autoridad asiste a los regulados en la presentación de estos

² Mensaje de la Ley N° 20.417, p. 9.

³ Estos últimos han sido un fracaso, precisamente por la ausencia de incentivos reales para que los infractores presenten estos planes.

⁴ Señala la disposición: “La Superintendencia proporcionará asistencia a los sujetos regulados sobre los requisitos y criterios para la presentación y aprobación de programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación, así como en la comprensión de las obligaciones que emanan de estos instrumentos. La asistencia que presten los funcionarios de la Superintendencia a los sujetos fiscalizados en el ejercicio de sus funciones no será considerada como motivo de inhabilidad”.

instrumentos, precisamente porque existe un *diseño institucional* orientado a que el infractor pueda ejecutar acciones y medidas para cumplir con las normas y eliminar efectos adversos al medio ambiente.

Se estima que la recuperación de los componentes del entorno y la eliminación o contención de los efectos ambientales derivados de la infracción, constituye un valor mucho más apreciable que la aplicación de una sanción. En este sentido, se ha dicho que:

“el legislador estimó que el cumplimiento voluntario de las normas ambientales vulneradas, en un espacio razonable de tiempo, y la eliminación de sus efectos, produce un beneficio mayor al medio ambiente que la aplicación de una sanción”⁵.

De la misma forma, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental había resuelto, muy tempranamente acerca de cuál era la forma de entender e interpretar estos instrumentos. Así se indicó:

“(...) los mecanismos de incentivo al cumplimiento fueron diseñados a la luz del principio de cooperación entre el regulador y el regulado, técnica que ha sido desarrollada más intensamente en países industrializados, así como en el derecho internacional del medio ambiente, y cuya característica fundamental es el incentivo al cumplimiento a través de la creación de mecanismos flexibles, tales como, la asistencia al cumplimiento, cuya finalidad es enfrentar las dificultades del cumplimiento de manera proactiva. Bajo el modelo de cooperación, la ejecución se enfoca con mayor fuerza en el cumplimiento normativo, antes que en los mecanismos clásicos de disuasión y sanción, transitando de una política disuasiva a una política asociativa, menos adversarial, que utiliza política múltiples herramientas para incentivar el cumplimiento normativo”⁶.

Así también el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, en sentencia de 12 de septiembre de 2023, Rol R-12-2023, expresó:

*“la interpretación de las normas legales y administrativas que regulan los incentivos al cumplimiento **debe siempre favorecer su procedencia, por cuanto son estos los instrumentos que satisfacen directamente los intereses generales previstos en las normas de protección ambiental que se estimen infringidas**. De ahí que, por un lado, se haya interpretado por la misma SMA, que ésta puede ordenar la complementación de los PdC presentados por los regulados, y por otro lado, pueda proceder a su aprobación con*

⁵ Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, de 14 de abril de 2022, R-15-2021 “Fundación Legado Chile y otros con Superintendencia del Medio Ambiente”.

⁶ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 22 de julio de 2016, “Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A. con SMA”, R-68-2015. Así también la Corte Suprema ha resuelto: “nos encontramos frente a un mecanismo de tutela destinado a impedir la continuación de los efectos que perturban el medio ambiente y la proliferación de sus consecuencias adversas, mediante un plan provisto de etapas y plazos a los que se obliga voluntariamente el administrado, consagrando, así, los principios de colaboración y prevención”. SCS Rol N° 8456-2017, de 22 de mayo de 2018, “Ecomaule con la Superintendencia del Medio Ambiente”.

correcciones de oficio. Estas dos potestades no se encuentran expresamente previstas por la ley o el reglamento, pero se estima que son **consustanciales para alcanzar los fines de estos instrumentos.** En consecuencia, permitir al regulado adoptar medidas o acciones eficaces que aseguren el cumplimiento futuro de una norma ambiental, es una respuesta mucho más rápida y eficiente para salvaguardar los objetivos de protección ambiental, cuya oportunidad o conveniencia debe ser ponderada por la SMA” (énfasis agregado).

No hay muchas razones para entender que la SMA quiera preferir una sanción antes que el cumplimiento normativo y la reducción o eliminación de los efectos ambientales. Y ello porque en la sanción no hay una concreción inmediata del interés general o de la protección de los ecosistemas, como sí puede existir con una autodenuncia, pues este instrumento exige que el infractor cese inmediatamente la conducta infractora, y realice medidas para eliminar y/o reducir los efectos del incumplimiento. Cabe señalar al respecto:

“en una sanción, lo que sirve para tutelar los intereses públicos es la amenaza de imponerla en caso de que se cometiera la conducta ilegal, no el contenido mismo de la sanción (...) las medidas de restablecimiento de legalidad, aunque se dirijan inmediatamente contra el infractor (imponiéndole obligaciones o privándole de bienes y derechos), afectan de forma directa a los intereses públicos, puesto que hacen que las normas se cumplan y que se logren los objetivos perseguidos por ellas, y también a intereses de terceros, cuando el incumplimiento de normas les perjudicaba (...)”⁷.

La SMA, en tanto órgano de la Administración, tiene como finalidad esencial la satisfacción del interés general, lo cual se traduce en la promoción del bienestar colectivo y la preservación de bienes jurídicos fundamentales, como el medio ambiente y la salud de las personas. En este contexto, si bien la sanción administrativa es una herramienta válida para garantizar el cumplimiento de la normativa, **su propósito es primordialmente disuasorio y punitivo.** Por sí sola, la sanción no necesariamente elimina el efecto causado ni restaura el cumplimiento de las normas infringidas.

Por ello, deben priorizarse instrumentos administrativos que fomenten el cumplimiento efectivo de las obligaciones legales, como los PdC y la autodenuncia, los cuales permiten al infractor subsanar sus faltas y mitigar los impactos generados por su conducta ilícita. Así, los PdC son un equivalente funcional de una medida de restablecimiento de legalidad⁸, y en ese sentido, satisfacen directamente el interés general.

La irrupción de los incentivos al cumplimiento se corresponde a un cambio de paradigma donde la estrategia regulatoria se orienta a la satisfacción del interés público mediante la cooperación entre el regulado, terceros y la Administración⁹.

⁷ HUERGO (2007), p. 229.

⁸ GARCÍA y SOTO (2021), p. 198.

⁹ GARCÍA y SOTO (2021), p. 198.

IV.- LA AUTODENUNCIA

Por autodenuncia se entiende “Comunicación escrita efectuada por un infractor en las oficinas de la Superintendencia, sobre el hecho de estar cometiendo, por sí cualquier infracción de competencia de aquélla” (artículo 2 letra a) DS N°30/2012).

La autodenuncia es un incentivo al cumplimiento que permite poner en conocimiento de la SMA hechos constitutivos de infracciones que no han sido pesquisadas ni detectadas por la autoridad administrativa. Estas permiten mejorar la eficacia del sistema de cumplimiento normativo, fortaleciendo los mecanismos de colaboración y la eliminación de efectos ambientales¹⁰.

El regulador en el artículo 15 del DS N° 30/2012, estableció el contenido de la autodenuncia con el objeto de dar certeza y seguridad a los regulados, de manera que la información que se debe proporcionar no quede al puro arbitrio de la autoridad de turno. Esta es:

- a) Descripción precisa, verídica y comprobable de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como sus efectos negativos;
- b) Medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento.
- c) Que el infractor en conjunto con la autodenuncia ejecute íntegramente un programa de cumplimiento. Para que la autodenuncia produzca los efectos es necesario que el infractor presente un PdC, que ésta sea aprobado y ejecutado satisfactoriamente.

Los antecedentes presentados en la autodenuncia son examinados y ponderados por la SMA, la que luego debe resolver acerca de la procedencia de este incentivo y formular cargos al autodenunciante. Luego, el infractor tendrá el plazo de 10 días para presentar un PdC (artículo 49 LOSMA y artículo 13 inciso 4º DS N° 30/2012). Desde este momento, en adelante, la tramitación de la autodenuncia se confunde con la del PdC¹¹, con algunas diferencias, **lo que no significa que ambos deban estar sujetos a los mismos criterios de razonabilidad para la aprobación del plan de medidas y acciones.**

Posteriormente, una vez ejecutado íntegramente el PdC, se reiniciará la tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio respectivo, para el solo efecto de la emisión del dictamen a que se refiere el art. 53 de la LOSMA y de la resolución sancionatoria que considere la exención o rebaja (artículo 13 inciso final DS N° 30/2012).

De este modo, hay una directa vinculación entre autodenuncia y PdC, cuando este último es presentado en contexto de la primera. En efecto, la autodenuncia, una vez declarada admisible por la

¹⁰ Véase: GUÍA PARA LA PRESENTACIÓN DE AUTODENUNCIAS POR INFRACCIONES A INSTRUMENTOS DE CARÁCTER AMBIENTAL (2018).

¹¹ En efecto, de acuerdo con el artículo 13 inciso 5º DS N° 30/2012, “El procedimiento administrativo sancionatorio se suspenderá al aprobarse el programa de cumplimiento”, norma de similares efectos que el artículo 9 inciso final del mismo cuerpo normativo.

SMA da lugar a una formulación de cargos que es atendida por el pertinente PdC, el cual, en caso de ser aprobado y, posteriormente, debidamente ejecutado da lugar al beneficio de la autodenuncia. En otras palabras, el PdC es la ejecución de la autodenuncia, esto es, la forma en que se producen los reales incentivos.

1.- Ventajas de la autodenuncia en materia ambiental

La autodenuncia en materia ambiental presenta una serie de ventajas y beneficios que deberían orientar la interpretación normativa y las políticas públicas de la SMA. Esto es, la autoridad debiese siempre considerar los beneficios de esta institución en el contexto de la protección del medio ambiente para efectos de discernir sus reglas, ejercer su discrecionalidad y determinar la razonabilidad de las medidas y acciones propuestas por el titular. A continuación, se revisarán algunas de esas ventajas:

A) La autodenuncia permite una fiscalización más eficiente y eficaz

Si los infractores asumen dentro de sus políticas y prácticas institucionales reportar de iniciativa propia a la autoridad el incumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, entonces la Administración puede programar su actividad y recursos en fiscalizar y perseguir los casos más graves, o a regulados que no internalizan proactivamente su responsabilidad mediante este instrumento¹². Este mecanismo facilita la labor de los organismos de control, permitiendo que estos prioricen casos de mayor gravedad. Esto es, la autodenuncia opera como un verdadero catalizador para la optimización de los recursos administrativos, conforme al Principio de Eficiencia del artículo 5º del texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.

En efecto, si los reguladores tienen recursos limitados y necesitan herramientas para maximizar su eficacia, los mecanismos de autodenuncia permiten cumplir este objetivo al delegar parcialmente la responsabilidad de detección y corrección de incumplimientos en los regulados. Sin esta posibilidad será difícil reconocerle a la SMA un cierto margen de discrecionalidad que le permita valorar en cada caso los medios con los que cuenta para seleccionar estratégicamente los sectores que considera más necesitados de control¹³.

Así entonces, la autodenuncia -como herramienta de fiscalización- posibilita una asignación más eficiente de los recursos administrativos, al facilitar la priorización de los casos más graves y fomentar una cultura de cumplimiento en los regulados. No obstante, su éxito depende de un **diseño normativo equilibrado**, que combine los incentivos efectivos para que la autodenuncia se

¹² De ahí que la jurisprudencia haya indicado que “en cuanto a su **finalidad, estos mecanismos e instrumentos persiguen como objetivo primordial lograr una mejor asignación de recursos**, superando la fórmula tradicional de reacción de la Administración del Estado frente a incumplimientos. Lo anterior explica que los mecanismos de incentivo al cumplimiento establecidos en la LOSMA, conlleven beneficios recíprocos para los regulados y la Administración del Estado”. Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 22 de julio de 2016, R-68-2015, “Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente”.

¹³ REBOLLO PUIG, et. al. (2010), p. 477.

transforme en una cultura de autorregulación y responsabilidad en los regulados, facilitando el cumplimiento normativo sin necesidad de intervención estatal.

B).- Reducción de los costos administrativos de detección de incumplimientos

Otra ventaja de la autodenuncia es que evita o reduce los costos económicos de detectar el incumplimiento normativo, pues este es asumido por el regulado quien tiene el deber suministrar información precisa, verídica y comprobable respecto de los hechos que constituyen infracción (artículo 41 inciso 3º LOSMA)¹⁴. Sin perjuicio que la SMA realice diligencias complementarias para comprobar la veracidad de los hechos, la pesquisa inicial y la configuración de la infracción queda determinada con los antecedentes suministrados por los regulados que se autodenuncian; de ahí la especial relevancia de colaboración sustantiva en la investigación de este Instrumento de Incentivo al Cumplimiento. Vale decir, al autodenunciarse los infractores suelen proporcionar detalles técnicos y específicos de la infracción que, de otro modo, podrían no ser detectados o tardar en identificarse por la Administración.

Por ende, los organismos de control como la SMA no necesitan invertir tiempo ni recursos en la detección de la desviación normativa y al no requerirse procesos extensos de investigación o detección para esa finalidad, se disminuyen los costos asociados a las labores de inspección e instrucción. A su vez, la información aportada por las autodenuncias puede servir para detectar tendencias que requieran ajustes regulatorios y conocer ciertos aspectos de los mercados en los que se insertan las actividades. En simples palabras, la SMA gana en *expertise* y conocimiento al saber qué antecedentes son verídicos y fiables para comprobar un incumplimiento.

C).- Disminuyen los costos sociales y ambientales derivados de las infracciones administrativas

La autodenuncia también disminuye el costo social de tolerar la infracción de una norma ambiental. En efecto, infringir normas o regulaciones que han sido diseñadas para proteger al medio ambiente y la salud de las personas supone colocar en riesgo esos bienes jurídicos, e incluso producir efectos adversos.

Para la procedencia de la autodenuncia se exige que el infractor ponga fin de inmediato a los hechos que constituyen la infracción, lo que, desde luego, genera un efecto ambiental beneficios directo (artículo 41 inciso 3º LOSMA). Este incentivo exige del regulado una conducta inmediata y diligente para poner fin a la infracción, lo que redunda en una temprana concreción del interés público.

De la misma manera, los infractores al reportar de manera voluntaria permiten que la Administración conozca los impactos o efectos que ha generado un incumplimiento, y con ello aceleran la implementación de medidas correctivas (sea del propio infractor o de la SMA) y reducen la probabilidad de que esos efectos aumenten o se propaguen.

¹⁴ Tal como se indica en la Historia de la Ley N° 20.417: “Esta modalidad también apunta a reducir los costos que implica un proceso de fiscalización”. Historia de la Ley N° 20.417, p. 701.

D).- Fomenta la cultura del cumplimiento

Otra de las ventajas de la autodenuncia es que refuerza la cultura de cumplimiento en las organizaciones, al incentivar que estas internalicen los principios de responsabilidad ambiental en sus políticas corporativas. La transparencia y proactividad son cada vez más valorados por los inversores, consumidores y comunidades.

En efecto, el fomento de la autodenuncia suele estar acompañado de programas educativos, lo que mejora el conocimiento y la conciencia de las empresas respecto a sus obligaciones legales. Las empresas que se autodenuncian suelen implementar tecnologías o prácticas sostenibles para remediar o prevenir futuras infracciones, lo que eleva los estándares ambientales del sector. Al estimular este instrumento, se refuerza el cumplimiento normativo y se promueve la restauración o mejora ambiental, en línea con los objetivos regulatorios.

En el caso concreto de Australis Mar S.A., en la autodenuncia y propuestas de PdC se contempla como medida, por ejemplo, la elaboración de un “Procedimiento de Aseguramiento de Cumplimiento de Límite de Producción en CES”, y un “Programa de Monitoreo de seguimiento de parámetros ambientales en la columna de agua”. Estas medidas de gestión ambiental repercutirán en el manejo y control de la producción de la biomasa, y en un seguimiento de las variables del ambiente, lo que, evidentemente, mejora las condiciones ambientales en las que operará el CES para el futuro.

2.- Ventajas de la autodenuncia con relación a los PdC

Cuando un regulado incurre en una infracción, dispone de dos opciones:

- a) Autodenunciarse ante la SMA: Esto implica, por un lado, poner fin inmediato al hecho en que consiste la infracción, y, por el otro, entregar información veraz y comprobable sobre la infracción cometida, junto con adoptar medidas concretas para mitigar o eliminar sus efectos. Además, debe presentar un PdC como parte del procedimiento, de acuerdo al artículo 41 de la LOSMA.
- b) No realizar acción alguna: En este escenario, el regulado queda expuesto a una eventual detección por parte de la autoridad. Si la SMA formula cargos en su contra, tendrá la posibilidad de presentar un PdC en esa etapa del procedimiento, conforme al artículo 42 de la LOSMA.

El diseño del sistema de Incentivos al Cumplimiento resulta, paradójicamente, poco eficaz para promover la autodenuncia. Dentro del esquema regulatorio, no se advierte una ventaja clara y contundente para quienes optan por esta vía. Sin embargo, la Guía de la SMA para la presentación de autodenuncias reconoce que un regulado impedido de presentar un PdC en virtud de lo dispuesto en

el artículo 42, inciso 3º de la LOSMA¹⁵, sí puede hacerlo en el contexto de una autodenuncia¹⁶. Este enfoque introduce un incentivo para recurrir a la autodenuncia, al abrir una posibilidad para aquellos infractores que, de otro modo, no podrían acceder a un PdC¹⁷.

No obstante, dicho incentivo resulta parcial y, en cierta medida, configura un contrasentido al generar un beneficio limitado que no necesariamente fomenta de manera consistente el cumplimiento normativo voluntario. Resulta paradójico e injustificado que se privilegie a quienes han transgredido gravemente el ordenamiento jurídico (autores de infracciones gravísimas o graves en los que ya hayan hecho uso del PdC), mientras se omite reconocer o incentivar a los que han actuado dentro de los márgenes de la legalidad. Este enfoque no solo contradice el principio de igualdad ante la ley, sino que también envía un mensaje desalentador para los que previamente han observado las normas. En efecto, los regulados que no han sido condenados previamente por infracciones gravísimas o que no se encuentran impedidos de presentar un PdC, carecen de incentivos reales para autodenunciarse. Por el contrario, para ellos, ser sorprendidos en una infracción podría ser más rentable desde que presentarían un PdC luego de la formulación de cargos. Esto es, podrían obtener resultados más favorables si esperan a ser detectados por la autoridad, más aún cuando para la presentación de la autodenuncia se exige poner término inmediato al incumplimiento.

Así entonces, la autodenuncia no aparece como un mecanismo eficaz para fomentar el cumplimiento, ya que no ofrece ventajas significativas sobre otras alternativas dentro del esquema regulatorio. Esto desincentiva su uso, a pesar de que debería ser una herramienta clave para promover la autorregulación y la colaboración con la autoridad, derivando en una condición regresiva en la estrategia institucional de cumplimiento ambiental.

3.- A modo de conclusión parcial

Lo anteriormente señalado implica, a mi entender, la necesidad de una interpretación normativa sistemática que permita y promueva la autodenuncia como un mecanismo legítimo y eficaz de incentivo al cumplimiento ambiental. Esta interpretación debe hacer factible y atractiva la autodenuncia para los regulados, de modo que puedan acceder a ella con ventajas claras y sustanciales en comparación con quienes no optan por este camino y, ante su incumplimiento, prefieren silenciar y ser detectados por la autoridad. Dichas ventajas no solo deben reflejarse en la reducción de eventuales sanciones pecuniarias o la flexibilización de medidas correctivas (porque ahí no habría diferencia con los PdC), sino también en un reconocimiento explícito de la conducta proactiva del regulado, evidenciada en su disposición a colaborar sustantivamente en la investigación, asumir tempranamente la responsabilidad y corregir el incumplimiento.

¹⁵ Indica esta disposición: “No podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves”.

¹⁶ Véase: GUÍA PARA LA PRESENTACIÓN DE AUTODENUNCIAS POR INFRACCIONES A INSTRUMENTOS DE CARÁCTER AMBIENTAL (2018).

¹⁷ Con todo, al parecer la SMA también examina la existencia de impedimentos al momento de aprobar los PdC cuando hay autodenuncia. Así aparece en el considerando 27º de l Res. Ex. N° 3/Rol A-007-2023, de 21 de julio de 2023.

En este contexto, la normativa debe ser comprendida y aplicada de manera que quienes opten por autodenunciarse puedan acceder a incentivos proporcionales y jurídicamente factibles como la flexibilización de las medidas o acciones para la regularización de la infracción y de sus efectos, siempre en función de la gravedad del incumplimiento y del nivel de cooperación mostrado.

Una interpretación coherente con el principio de proporcionalidad debe garantizar que la autoridad examine el PdC que se presenta en una autodenuncia de manera diferenciada a aquel presentado ante la sola formulación de cargos, reservando la flexibilidad para quienes actúan de forma espontánea y de buena fe.

De igual forma, la optimización de los recursos y tiempos mediante un diseño equilibrado de beneficios ligados a la autodenuncia permitiría a la SMA focalizar sus esfuerzos institucionales en aquellos sectores que estima más relevantes de fiscalización, evitando situaciones como el archivo de denuncias prescritas de la infracción¹⁸, la imposibilidad de continuar con el procedimiento sancionatorio¹⁹ o inactividad frente a denuncias²⁰.

En definitiva, promover la autodenuncia mediante una interpretación normativa sistemática y favorable no solo contribuye al cumplimiento de los objetivos de protección ambiental, sino que además fortalece la seguridad jurídica y fomenta una cultura de cumplimiento continuo, donde los regulados perciban ventajas tangibles al optar por conductas colaborativas y transparentes frente a la Administración ambiental.

¹⁸ Como el caso de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, de 19 de noviembre de 2020, R-19-2020, que rechazó la reclamación interpuesta en contra de una resolución de la SMA que había archivado una denuncia por sobreproducción, entre otros argumentos, porque las infracciones se encontraban prescritas.

¹⁹ Véase, sentencias del Segundo Tribunal Ambiental R-405-2023 y R-413-2023, que declaran la imposibilidad material de continuar con el procedimiento.

²⁰ Es del caso señalar, solo a modo de ejemplo, el Dictamen N° 18.848, de 13 de julio de 2019, que, en lo pertinente, indicó: “Con todo, en consideración al tiempo transcurrido y a lo dispuesto en los artículos 3º, inciso segundo, y 8º de la ley N° 18.575, que imponen a los órganos de la Administración del Estado el deber de observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia y de accionar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, la Superintendencia del Medio Ambiente, deberá adoptar a la brevedad las medidas conducentes para afinar las antedichas investigaciones y, según su mérito, disponer la instrucción de los procedimientos sancionatorios pertinentes, informando de ello a la Contraloría Regional de Valparaíso en el plazo de 30 días, contado desde la total tramitación del presente pronunciamiento”. Así, también la sentencia de la Corte Suprema, de 12 de abril de 2021, Rol N° 139964-2020, que en lo medular explica: “Que, como se observa, la sola exposición de los antecedentes dan cuenta, al menos, de la tardanza con la que ha actuado la SMA en la sustentación del procedimiento sancionador, toda vez que, la misma reconoce que iniciada la fiscalización ya el 25 de junio contaba con la respuesta del titular del proyecto, por lo que no se justifica que después de más de tres meses, sin mediar nuevos requerimientos de información, haya decidido recién iniciar el procedimiento sancionatorio el 8 de octubre último, dictando el acto administrativo pertinente sólo después de presentada esta acción cautelar en su contra, el mismo día que pide ampliación de plazo para informar, cuestión que constituye una clara muestra de la desidia en la prosecución del procedimiento de fiscalizador (...) de esta forma, es posible asentar el incumplimiento de la normativa que regula la actividad de la Administración, toda vez que la autoridad ha desconocido no sólo la aplicación del principio de escrituración, sino que, además, se ha negado a resolver las solicitudes planteadas en un procedimiento sancionatorio por parte de quien tiene el carácter de interesado, omisión que constituye un acto ilegal que vulnera la garantías de igualdad ante la ley (...”).

V.- DEL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE EFICACIA DEL PdC

Dado el contexto descrito, a mi entender es evidente que la interpretación y definición de los presupuestos de aprobación del PdC en el contexto de una autodenuncia deben guiarse por los objetivos y finalidades propias de los incentivos al cumplimiento. Como indica Schmidt Assman:

*“la actividad administrativa no está guiada únicamente por parámetros jurídicos, sino asimismo por otras ‘directrices u orientaciones normativas’ tales como, por ejemplo, los principios administrativos de eficiencia, flexibilidad y búsqueda del consenso y la adhesión del destinatario (...). La suma de estos parámetros conforma lo que en sentido amplio se puede denominar *racionalidad de la actuación administrativa*”²¹.*

En este sentido, uno de los requisitos para aprobar un PdC es la eficacia, entendida como aquella en que las metas y acciones del programa *aseguran* el cumplimiento de la norma infringida, así como también contienen y reducen o eliminan los efectos de los hechos que constituyen la infracción (artículo 9 letra b) DS N° 30/2012). En el mismo sentido de lo anterior, el requisito de integridad, en su segundo aspecto, dispone que las acciones y metas deben hacerse cargo de los efectos de las infracciones en que se ha incurrido (artículo 9 letra a) DS N° 30/2012). Conforme a estos requisitos, las medidas que propone el titular deben asegurar el regreso al cumplimiento normativo, y la reducción o eliminación de los efectos ambientales que provienen de la infracción.

La configuración del contenido del PdC es fruto de un trabajo conjunto entre el regulado y la Administración. Se trata de una suerte de *autorregulación atenuada*, donde las medidas y acciones para cumplir con las normas ambientales infringidas y eliminar o contener los efectos del incumplimiento no se encuentran señaladas en la ley, sino que tienen que ser propuestas por el regulado. La autoridad, por su parte, debe evaluar y ponderar el cumplimiento de los requisitos considerando la justificación realizada por el titular y su razonabilidad.

En el proceso de aprobación del instrumento se van realizando observaciones y revisando las propuestas del regulado. En ese ejercicio, esto es, en la definición del cumplimiento de los requisitos, especialmente en el de eficacia, la SMA va determinando qué medidas pueden exigirse y cuándo estas son consideradas eficaces.

En la especie, se aprecia que la SMA considera que la medida de compensar en otro CES, que también es infractor, y que se encuentra en el mismo ecosistema, no es eficaz, dado que el área de impacto de la infracción no se superpone con el área de influencia del CES compensador.

En tal decisión, sin embargo, hay tres cuestiones relevantes en los que se detecta una falta de razonabilidad:

- a) La eficacia no es un concepto absoluto ni de cumplimiento binario. La eficacia de una acción o medida no es algo que pueda decidirse siempre -y en todo caso-, como una dicotomía entre

²¹ SCHMIDT-ASSMANN (2003), p. 64.

todo o nada, esto es, entre se cumple o no. Más bien, la eficacia es un atributo que puede medirse en grados, dependiendo de qué tan bien se cumplen los objetivos previstos y en qué forma se logran satisfacer los diferentes intereses generales involucrados. Este carácter gradual de la eficacia es lo que habilita y justifica que la autoridad ajuste sus decisiones a las particularidades de cada caso. Así, una medida administrativa puede ser más o menos eficaz dependiendo del contexto en la que se aplique. Por ejemplo, en un PdC la eficacia puede variar según la capacidad técnica del infractor para implementar las medidas, la intensidad de los efectos causados, las características del ecosistema afectado y los propósitos que la autoridad quiera conseguir con su aprobación.

En síntesis, la eficacia (y la integridad en su segundo aspecto asociado a los efectos de la infracción) como requisito de aprobación de un PdC es gradual porque depende de factores contextuales, técnicos, sociales y económicos que varían en cada caso, así como del balance entre objetivos, costos y beneficios. Este carácter no binario habilita a la Administración para ejercer su discrecionalidad, seleccionando las medidas más adecuadas para maximizar la eficacia en la consecución del interés general. De esta manera, la discrecionalidad se convierte en una herramienta indispensable para garantizar una gestión administrativa proporcional y razonable.

- b) Exigir que los efectos del incumplimiento solo se compensen en el mismo CES infractor, no resulta razonable en el contexto de un PdC que se genera como fruto de una autodenuncia que tiene las características de la Australis Mar S.A.: no se presenta respecto de una Unidad Fiscalizable sino de 33 CES, fruto de una política de cumplimiento de la empresa y en un mismo momento, considerando, adicionalmente, el impacto positivo que puede generar en un sector económico con alto índices de sobreproducción. Por el contrario, el criterio de la SMA demuestra una actitud de inflexión y visión antagonista, al intentar horquillar al autodenunciante hacia la sanción. Los incentivos al cumplimiento como sustitutos de la sanción requieren de un cierto margen de adaptación.

En razón de lo dicho, es exigible a la SMA -como una manifestación de la razonabilidad- una flexibilización de los criterios de aprobación de PdC, los que, sin llegar a desnaturalizar su finalidad, permitan cumplir su función de incentivo. La jurisprudencia ha indicado al efecto:

“(...) los PdC son mucho más un medio para alcanzar el cumplimiento que un fin en sí mismos, cuya flexibilidad inherente permite incluir en ellos una mirada de permisos y autorizaciones que se califiquen como pendientes de obtención. En otras palabras, la ley ofrece esta flexibilidad a los regulados pues no sólo valora, sino que promueve decididamente que éstos retornen a un estadio de cumplimiento, aun asumiendo los costos que ello significa”²².

²² Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, de 3 de noviembre de 2021, R-183-2018, “Birke Abaroa Maite con Superintendencia del Medio Ambiente”.

En este sentido, una medida puede considerarse eficaz incluso cuando no represente el máximo beneficio ambiental inmediato, siempre que contribuya de manera significativa a la obtención de resultados positivos a largo plazo o al logro de objetivos ambientales mediados (como las mejoras en los sistemas de operación del CES que se traducirán en un cumplimiento de la normativa ambiental), favoreciendo así un equilibrio entre la protección del entorno y la viabilidad de las acciones comprometidas.

Ahora bien, cuando la autoridad ambiental exige que la compensación se lleve a cabo solo dentro del área específica directamente impactada por el incumplimiento, está aplicando un estándar de eficacia ambiental tan elevado que torna la exigencia en desproporcionada e irrazonable en relación con la naturaleza propia del instrumento de incentivo. Tal como se ha indicado, la autodenuncia tiene por objeto promover la colaboración del regulado con la autoridad y facilitar la pronta corrección de conductas infractoras, a través del cese inmediato de la infracción y las medidas o acciones de cumplimiento normativo y mitigación o eliminación de efectos, lo que implica necesariamente un balance entre la mejora ambiental y la efectividad del incentivo.

Así, la eficacia de la compensación no debe ser interpretada de forma absoluta o maximalista, sino en función de la finalidad del instrumento: estimular la regularización temprana y la adopción de medidas de mitigación o eliminación de efectos adecuadas, aunque no sean las más óptimas con tal que aseguren una mejora ambiental real y verificable. En este contexto, la compensación en un CES del mismo ecosistema (canal, fiordo o cuerpo de agua) y con condiciones ambientales equivalentes resulta razonable, cumpliendo con los principios de proporcionalidad y eficacia sin desvirtuar el objetivo preventivo y correctivo de la autodenuncia.

- c) De igual forma, si bien es cierto que ni la LOSMA ni el DS N° 30/2012 contemplan procedimientos y criterios diferentes para la aprobación de los PdC en razón a la entidad de las infracciones y el instrumento de incentivo realizado, ello no significa que no pueda reconocerse esa posibilidad. Pretender que la SMA no ejerce discrecionalidad cuando examina y determina la *eficacia* de una medida de un PdC es incorrecto. Tal como lo indicamos, la eficacia de una acción es posible medirla o ponderarla en grados. Una medida puede tener un grado muy alto de eficacia, otra un grado medio y/o baja eficacia. La elección de estas alternativas depende de un uso razonable y justificado de la discrecionalidad, y en el amparo en la consecución del interés público.

Esto se traduce, en términos sencillos, que es jurídicamente posible que la autoridad **mantenga criterios de aprobación diferentes de los PdC cuando estos provienen de una autodenuncia con un caso con las singularidades de este, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad o la legalidad**. Por eso cuando la SMA afirma que se vulnera la legalidad o dicho principio no está en lo correcto.

Para comprender cabalmente lo anterior, es necesario distinguir entre los *requisitos* y los *criterios* de aprobación de un PdC, y cómo la discrecionalidad administrativa se vincula con estos últimos.

Los *requisitos* de aprobación de un PdC están establecidos de forma general y objetiva en el artículo 8º y siguientes del DS N° 30/2012. Estas son normas de cumplimiento general, inamovibles y predefinidas reglamentariamente, lo que implica que la SMA no tiene margen para modificarlos, ya que forman parte del marco reglado que rigen estos instrumentos.

En cambio, los *criterios* de aprobación no están establecidos expresamente, sino que dependen del contexto específico de cada caso, permitiendo a la SMA ejercer discrecionalidad en su aplicación. Estos criterios pueden incluir la gravedad de la infracción y el nivel de afectación ambiental, la naturaleza y antecedentes del infractor (por ejemplo, autodenuncia versus infracción detectada en fiscalización) y la evaluación de la factibilidad técnica y temporal de las medidas. Los criterios, por lo tanto, al complementar los requisitos de aprobación permiten un análisis más flexible y adecuado a las circunstancias particulares del caso.

Conforme lo indicado, al ser la autodenuncia un mecanismo que incentiva la colaboración del infractor con la SMA permite justificar que, al ponderar el PdC, se consideren criterios más favorables o flexibles como reconocimiento al acto de colaboración, al cese voluntario e inmediato del incumplimiento y de los efectos ambientales. En una autodenuncia, la SMA podría priorizar criterios como la rapidez en la implementación de medidas correctivas, el enfoque preventivo de las medidas para evitar reincidencias y la incorporación de compromisos adicionales no exigidos en contextos normales, como capacitaciones ambientales o auditorías externas voluntarias.

Además, tal como se ha indicado, la proporcionalidad exige considerar la conducta colaborativa del infractor al momento de evaluar la suficiencia de las medidas presentadas. Aplicar los mismos criterios de forma rígida a un infractor que se autodenuncia y a uno que no lo hace podría desincentivar la cooperación con la autoridad ambiental.

Finalmente, el principio de igualdad también respalda esta diferenciación. Tratar igual a quienes se autodenuncian y a los que no lo hacen podría vulnerar el principio de igualdad al omitir la conducta proactiva del infractor en la evaluación del PdC. Una diferenciación de criterios se justifica cuando se basa en razones objetivas y verificables, como la disposición a colaborar y remediar los efectos de manera temprana.

En conclusión, los requisitos de aprobación son estáticos y establecidos normativamente en el DS N° 30/2012, mientras que los criterios permiten una ponderación de los hechos del caso. En el contexto de una autodenuncia, la SMA puede legítimamente aplicar criterios de aprobación diferenciados sin vulnerar los principios de legalidad e igualdad, dado que la discrecionalidad está orientada a garantizar una evaluación razonada y proporcional al caso. La clave es que estos criterios sigan siendo objetivos, motivados y alineados con la finalidad ambiental del PdC: la corrección de los efectos y la prevención de futuros incumplimientos.

Ahora bien, y dado que la eficacia se puede medir en grados y que la autoridad debe operar en términos de razonabilidad, la pregunta relevante es definir qué criterios debiesen considerarse para compensar en otro CES, diferente al infractor. Estos criterios operan como condiciones del

cumplimiento del requisito de eficacia y exigencia de proporcionalidad en la actividad administrativa, y deben permitir que el instrumento cumpla su finalidad esencial.

A mi entender, Australis Mar S.A., ha actuado en términos adecuados y razonables desde que la compensación propuesta en la última versión refundida de los respectivos PdC presentados con motivo de la Autodenuncia, se realiza en las siguientes condiciones:

- a) El CES que compensa mediante la rebaja en la producción forma parte de una unidad ecosistémica con el CES infractor, de manera que la disminución en la carga orgánica pueda manifestarse en una mejora del ecosistema al que pertenecen ambas unidades productivas (canal, fiordo, golfo). Cabe precisar que la noción sobre la que la SMA construye la compensación jurídicamente eficaz, no tiene una justificación ambiental sino más bien una de carácter pragmático y artificial, como es la organización de la fiscalización y control. Así entonces el concepto de “unidad fiscalizable”, no es, por sí, incompatible con el de “unidad de ecosistema”. Es perfectamente posible que dos o más unidades fiscalizables formen parte del mismo ecosistema, de forma tal que entre ellos exista una interacción y donde los componentes ambientales son comunes.

En simples palabras, la aproximación realizada por Australis en torno a considerar CES que se encuentran en un mismo ecosistema es razonable y permite que el instrumento cumpla su finalidad al mitigar o eliminar los efectos ambientales del incumplimiento. Los efectos de mejora ambiental se radicarán en una unidad ecosistémica, concepto que aparece mucho más cercano a la disciplina ambiental.

- b) La compensación, para que sea ambientalmente relevante, debería operar en un CES que haya sido infractor y que esté contemplado dentro de la autodenuncia. Dado que en un CES infractor se han producido efectos ambientales la reducción de la producción irá en directo beneficio de dicha “zona impactada”. Con esto se potencia la eficacia de la medida, y no se distrae en otro CES que no haya tenido efectos ambientales derivados de la sobreproducción.
- c) La compensación debe realizarse en un CES que se encuentre operativo. Este criterio resulta fundamental para que el infractor no se aproveche de su infracción, lo que constituye un requisito negativo para la aprobación del PdC. Si por alguna razón el CES que compensa no se encuentra operativo habría buenas razones para entender que el infractor intenta aprovecharse de su infracción. En rigor, el titular no realizaría una actividad voluntaria de disminución de producción sino que es la propia normativa ambiental o sanitaria la que impide el ejercicio de su actividad.

Lo señalado no implica, de ningún modo, que la SMA deba abandonar su política pública general en relación con la aprobación de PdC vinculados a la sobreproducción. Más bien, la razonabilidad y proporcionalidad inherentes a la función administrativa exigen flexibilidad y apertura para considerar alternativas diferentes cuando el regulado opta por autodenunciarse. Esto responde a la finalidad de promover y consolidar una política pública que incentive el cumplimiento normativo. En efecto, la autodenuncia no solo constituye un reconocimiento temprano del incumplimiento, sino

que además refleja la disposición del regulado a colaborar activamente con la autoridad en la búsqueda de soluciones efectivas para reducir o eliminar los impactos ambientales generados. En este contexto, exigir el cumplimiento de los criterios de eficacia de los PdC, sin admitir ajustes razonables o medidas alternativas que también cumplan los objetivos ambientales y normativos, podría desincentivar el uso del instrumento de autodenuncia, restándole valor como mecanismo de promoción del cumplimiento.

La SMA, al aceptar propuestas diferentes en el marco de una autodenuncia, no estaría renunciando a sus objetivos de fiscalización y control, sino adaptando su intervención administrativa para fomentar una cultura de cumplimiento temprano y voluntario. Este enfoque no solo fortalece la política pública de cumplimiento, sino que también respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad al equilibrar las exigencias ambientales con los incentivos que este mecanismo debe ofrecer para ser efectivo.

En consecuencia, una interpretación flexible que permita aceptar medidas diferentes, siempre que cumplan con los objetivos fundamentales de la política pública y generen beneficios ambientales verificables, resulta esencial para consolidar la autodenuncia como una herramienta eficaz en la gestión ambiental. Esto refuerza el carácter proactivo del regulado, fomenta la regularización oportuna y, al mismo tiempo, respalda el mandato de la SMA de proteger el medio ambiente de manera eficiente.

VI.- RESPETO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA E IGUALDAD

A mi juicio es muy importante que la SMA respete los criterios que había establecido al momento de presentarse la autodenuncia (confianza legítima y principio de igualdad). La SMA puede cambiar de criterio, pero para el futuro, considerando que la decisión del regulado se basó en la legítima expectativa de que su Autodenuncia seguiría esos estándares de aprobación.

1.- Confianza legítima en el derecho nacional.

La confianza legítima ha cumplido una función muy relevante en el Derecho Administrativo. Ha dicho la doctrina nacional: “el Derecho administrativo chileno no sólo se ha inspirado en modelos normativos comparados, especialmente españoles, sino que también ha seguido principios jurídicos surgidos, desarrollados y aplicados en ordenamientos comparados. Uno de estos principios es el de protección de la confianza legítima, que surge en la jurisprudencia europea como un instrumento de protección de los particulares frente a la actuación de los poderes estatales, y que se expresa en la estabilidad de las situaciones jurídicas basadas en actuaciones administrativas que han generado en los particulares una confianza digna de protección²³”.

La doctrina de la confianza legítima tiene sus raíces en el derecho alemán y ha sido ampliamente acogida tanto en el derecho español como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En ciertos supuestos, este concepto alcanza la categoría de principio

²³ MILLAR (2015), p. 1065.

general del Derecho, derivado del deber de actuar con buena fe, del principio de seguridad jurídica y de la prohibición de contradecir los propios actos²⁴. Asimismo, podría vincularse al principio de igualdad, en cuanto implica la expectativa legítima de que la actuación administrativa se ajuste a los mismos criterios jurídicos frente a regulados que se encuentren en situaciones equivalentes²⁵.

El origen de esta institución, junto con su legitimación en el derecho comparado que inspira nuestro ordenamiento, ha facilitado su sólido arraigo en el ámbito jurídico nacional. Hoy en día, su existencia es prácticamente indiscutida, siendo ampliamente reconocida y aplicada tanto por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría como por la judicial.

Como antesala del análisis de la procedencia de esta institución se debe indicar lo siguiente:

- a) La confianza puede derivarse del deber que pesa sobre los órganos de la Administración de actuar conforme al ordenamiento jurídico, por lo que resulta esperable que el ciudadano confíe en que los actos formales que emiten sean válidos y se ajusten a derecho²⁶. Esta institución, en gran medida, “exige que se mantengan las situaciones que han creado derecho a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración, por lo que habrá razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia (...) la razón de la existencia del principio es preservar el derecho del ciudadano a impetrar previsibilidad en el comportamiento administrativo, a fin de orientar su acción personal, profesional o empresarial sin sorpresivas variantes en sus vinculaciones jurídicas ya existentes con la Administración”²⁷.

En otras palabras, “la confianza legítima aplicada a la actividad administrativa hace referencia a la posibilidad de controlar la juridicidad de un acto de la autoridad ejecutiva por ser temporalmente inconsistente con norma, decisión o conducta previa de alguna autoridad pública (...) se trata de casos en que la autoridad administrativa dicta un acto temporalmente inconsistente con decisiones o conductas pasadas de la propia Administración en un contexto legal estable”²⁸.

- b) Lo que protege la confianza legítima no es otra cosa que la expectativa o creencia de los regulados de que realizan un comportamiento debido, dado que ha sido creado, inducido o aceptado por la Administración. Se resguarda la indemnidad de una situación fáctica y/o jurídica forjada por la propia autoridad administrativa mediante

²⁴ LORENZO (2006), pp. 250 y 257 y MUÑOZ MACHADO (2016), pp. 144.

²⁵ En este informe se hablará de la confianza legítima; sin embargo, es perfectamente posible que la vinculación de la autoridad a sus decisiones anteriores resulte también de la obligación de seguir el precedente administrativo como manifestación del principio de igualdad.

²⁶ BLANQUER (2006), p. 296. Cordero, señala: “El principio de la confianza legítima se da desde los principios constitucionales del Estado de Derecho (arts. 5º, 6º y 7º de la Constitución) y de seguridad jurídica (art. 19, Nº 26). En virtud de él se entiende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico”. CORDERO (2015), p. 307.

²⁷ CORDERO (2015), pp. 307 y 309.

²⁸ PHILLIPS (2020), p. 52.

decisiones u opiniones emitidas en instancias formales. Así entonces esta institución constituye aquella herramienta que permite a los regulados confiar en que los reguladores mantendrán las reglas del juego²⁹, o al menos, que no producirán una consecuencia jurídica contraria.

- c) Es cierto que esta institución puede entrar en colisión con los postulados del principio de legalidad, pero su objetivo es de proteger la *expectativa de regularidad* que se ha forjado el regulado a partir de las decisiones del órgano administrativo. Esto es, el particular confió en la legalidad de la situación jurídica creada por la autoridad administrativa, por lo que la seguridad jurídica constituye un fundamento suficiente para primar sobre la legalidad en el caso concreto³⁰.
- d) La protección de la confianza legítima resulta esencial para garantizar el nivel apropiado de seguridad y certeza que se requiere para planificar las decisiones económicas de los administrados. Como expresa la doctrina: “hay que destacar que el desenvolvimiento de un Estado basado en el libre mercado determina la necesidad sentida por los operadores económicos y, en general, por los agentes económico-sociales de que exista un marco estable de regulación donde poder prever, con cierto margen de seguridad, las distintas operaciones e inversiones de carácter económico o el mantenimiento o evolución de cualquier otra situación jurídica con respecto a la actuación de los distintos poderes del Estado. Más allá de los operadores económicos, los ciudadanos, en relación a sus situaciones jurídicas y expectativas legítimas, requieren de la coherencia en el ejercicio del poder y de la seguridad en la adopción de decisiones por éste”.³¹
- e) Lo anterior se hace muy necesario en espacios de poca densidad normativa, donde se abren muchos flancos de ponderación de la autoridad, y en los que la definición del sentido de las reglas es el resultado de un proceso valorativo. La formulación de la regla aplicable y su significado noemanan inmediatamente de la norma jurídica sino que requieren de un desarrollo y singularización adicional por parte de la autoridad³². En consecuencia, en ese contexto resulta más esperable que la autoridad guarde fidelidad a sus propios actos.

2.- Decisiones de la SMA que sirvieron de base para la presentación de la autodenuncia de Australis Mar S.A., y su propuesta de compensaciones.

²⁹ BERMÚDEZ (2005), p. 88 y CORDERO (2015), p. 311.

³⁰ BLANQUER (2006), p. 296, señala: “El escenario natural de la confianza legítima es una colisión entre la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Aunque un acto favorable al ciudadano sea ilegal, razones de seguridad jurídica justifican que sea tutelado por el Derecho; sólo así se alcanza la paz social que puede quebrarse cuando se prescinde de los hechos consumados y se exagera la trascendencia formal de la legalidad vigente”.

³¹ CASTILLO (1998), p. 98 y BERMÚDEZ (2005), p. 88.

³² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016), pp. 27 y ss., y MEDINA (2016), p. 135.

Las decisiones de la SMA que han servido de base para construir la confianza legítima corresponden a cuatro casos de un total de nueve, lo que equivale al 44% de los PdC aprobados a la fecha, y son las siguientes:

- a) Res. Ex. N°5/Rol D-008-2021, de **7 de julio de 2021**, de la SMA, mediante la cual se aprueba el PdC presentado por Australis Mar S.A. En esta resolución se aprueba que toda la sobreproducción verificada en el CES Costa, tanto en el ciclo 2017-2018 como en el posterior ciclo 2019-2020, sean compensadas mediante la no operación del “Centro de Engorda de Salmones Patranca”³³.
- b) Res. Ex. N°7/Rol D-157-2020, de **24 de marzo de 2021** de la SMA, mediante la cual se aprueba el PdC presentado por Mowi Chile S.A. En esta resolución la SMA aprueba una reducción efectiva de aproximadamente 4.000 toneladas en la producción total de los CES que la empresa Mowi Chile S.A. mantiene en operación en la ACS N° 27 y que tiene proyectados operar en el ciclo 2022-2023, no obstante, que la infracción se cometió en el CES Quintralco 7, de la misma empresa³⁴.
- c) Res. Ex. N°5/Rol D-117-2021, de **30 de septiembre de 2021** de la SMA, mediante la cual se aprueba el PdC presentado Cermaq Chile S.A. En esta resolución se aprueba que la empresa pueda hacerse cargo de la sobreproducción generada en el CES Seno Skyring SW Isla Unicornio durante el ciclo 2016-2018 (en un 23,32%), mediante la reducción en ese mismo porcentaje de la producción máxima autorizada en el CES Seno Skyring Norte Punta Laura, en el ciclo que se inicia en noviembre de 2021.
- d) Res. Ex. N°5/Rol D-062-2021, de **5 de julio de 2021** de la SMA, mediante la cual se aprueba el PdC presentado Blumar S.A. En esta resolución se aprueba que la empresa pueda hacerse cargo de la sobreproducción generada en el CES Midhurst, tanto en el ciclo 2017-2018 como en el posterior 2019-2020, mediante la no operación del CES Ninualac-2³⁵.

³³ Esta resolución argumenta en el considerando 18º: “Que, atendido lo anterior, y considerando la necesidad de facilitar un retorno a un estado de cumplimiento normativo de modo de regularizar la producción acumulada dentro de los parámetros ambientalmente aprobados, y que pueda ser verificado dentro de los márgenes, tiempos y estructuras de un PdC, y teniendo presente además que el CES Costa actualmente no puede ser sembrado al mantener condiciones anaeróbicas, la acción propuesta por la titular aparece como apropiada y pertinente para retornar a un escenario de cumplimiento normativo, al encauzar los esfuerzos de la titular hacia la nivelación de la producción aprobada mediante la reducción equivalente de todo lo producido en exceso, en este caso, en el CES Patranca”. Bajo la lógica adoptada por la SMA, mantener un CES en condiciones anaeróbicas, es decir, en un estado ambientalmente desfavorable, se considera un criterio válido para justificar la compensación de producción en otro CES. En otras palabras, cuanto peor sea el desempeño ambiental del infractor, mayor parece ser la posibilidad de compensar dicha situación en una unidad diferente, lo que, en la práctica, podría interpretarse como un aprovechamiento de la infracción (una especie de “premio” al mal manejo ambiental). Aun así, el PdC fue aprobado.

³⁴ En este caso la misma SMA explica: “esta Superintendencia sugiere explorar como posibles acciones, realizar una cosecha temprana en el Centro para el ciclo en curso, de modo de producir bajo las 2.0542 toneladas; o bien, realizar una cosecha temprana en otros Centros de titularidad de la empresa en la misma Agrupación de Concesiones de Salmónidos”.

³⁵ En el considerando 37º de la resolución mencionada, se señala que la propuesta presentada por la empresa titular contempla la situación del CES Midhurst, reconocido por Sernapesca como un centro libre de antibióticos durante el

Ahora bien, la SMA para efectos de descartar la aplicación de estos precedentes, señala: a) que la SMA no tiene una criterio o regla en la materia, ya que ha aprobado los PdC de acuerdo a las circunstancias del caso, propendiendo que las acciones se realicen en los CES infractores; b) que en algunas ocasiones se ha autorizado que las acciones de reducción de producción recaigan en CES diferentes, para lo cual se tuvieron a la vista las circunstancias del CES que sobre reprodujo, y en ningún caso, la pura voluntad del titular o razones de tipo económico. Sobre esta materia, en las rondas de observaciones (Res. Ex. N°3 de los respectivos expedientes), la SMA hace alusión a que expuso al titular un cambio en su criterio; sin embargo, esta intimación solo ha tenido lugar en **actuaciones que no tienen el carácter de actos terminales, y son posteriores a la presentación de la autodenuncia.** Al efecto, la SMA, indica: “en cuanto a lo resuelto en procedimientos sancionatorios previos, se hace presente y se reitera que los criterios que rigen para los PdC en materia de sobreproducción han sido latamente expuestos al titular en diversas instancias de asistencia al cumplimiento, así como en la totalidad de las resoluciones ya dictadas en este y en la totalidad de los procedimientos iniciados desde el año 2023 a la fecha. A mayor abundamiento, sobre la supuesta variación de criterios, sabe precisar que la autoridad administrativa siempre puede modificar criterios definidos previamente, en la medida que llegue a una conclusión diversa en base a los antecedentes específicos que obren en el caso o de una revisión de los argumentos y/o conclusiones adoptadas en casos previos anteriores”.

3.- Confianza legítima en la situación de Australis Mar S.A.

A partir de las resoluciones citadas en el acápite anterior, a juicio de este informante existen buenas razones para entender que Australis Mar S.A., puede invocar y justificar que su Autodenuncia y la propuesta de PdC que se funda en la compensación en otros CES, merece protección bajo la confianza legítima:

- a) Al momento en que Australis Mar S.A. presentó su autodenuncia, el 22 de octubre de 2022, la SMA ya había aprobado PdC relacionados con sobreproducción, en los cuales la reducción de la actividad se aplicaba en otros CES distintos a los impactados, sin establecer ni sugerir criterio alguno que exigiera la coincidencia entre el área afectada por la sobreproducción y el área de compensación para dicha reducción. En todos los casos citados, previos a la presentación de la autodenuncia, no se advierten los argumentos ni fundamentos que posteriormente fueron invocados en las resoluciones reclamadas, lo que refuerza una falta de consistencia en el actuar del organismo fiscalizador. Al tratarse de criterios nuevos solo deberían operar hacia el futuro, y no respecto de situaciones jurídicas que se habrían producido. El cambio la interpretación o criterio con que se integra la norma administrativa

período 2017-2020, en contraposición al CES Ninualac 2, el cual, entre los años 2013 y 2019, registró dos eventos de anaerobiosis al término de sus ciclos productivos. En otras palabras, la SMA opta por que el infractor reduzca su operación en un CES con desempeño ambiental favorable, en lugar de exigir esa reducción en la unidad fiscalizable infractora, que presentaba un historial de condiciones ambientales más deterioradas y cuya disminución operativa se vislumbraba como necesaria para mitigar o eliminar los impactos ambientales negativos. Esta situación podría interpretarse incluso como un eventual aprovechamiento de la infracción por parte del regulado. No obstante lo anterior, el PdC fue igualmente aprobado.

no puede perjudicar al administrado por muy buenas razones que tenga la autoridad para apartarse de ellos.

La doctrina, incluso, ha sostenido que “aunque un cambio de jurisprudencia sea idóneo, ello tampoco justifica en forma necesaria darle efecto inmediato o in actum al nuevo criterio. Un cambio brusco de jurisprudencia podría tener un efecto adverso sobre quienes han planificado su conducta sobre la base del precedente abandonado. Por esto, al modificar su jurisprudencia, la CGR puede tener el deber de considerar tal situación para efectos de ofrecer alguna medida de protección a los afectados (...) Por esto, como forma de asegurar la previsibilidad de un cambio de criterio, la autoridad debe considerar que la mayor idoneidad no necesariamente justifica darle efecto inmediato al nuevo criterio: al respecto debe tener en cuenta la posibilidad de diferir la implementación del nuevo precedente para proteger a quienes han planificado su conducta conforme con el criterio que se propone abandonar, tal como se ha sugerido respecto de la invalidación de actos administrativos y de cambios de criterio de autoridades administrativas en general”³⁶.

- b) Así entonces, la autodenuncia de Australis Mar S.A. al enmarcarse en los parámetros jurídicos emitidos por decisiones formales de la autoridad ambiental, se fundamentó en precedentes administrativos suficientemente concluyentes, cuya principal consecuencia fue orientarla acerca de las decisiones que debía adoptar para el futuro en relación a la sobreproducción. Tales decisiones le otorgaron certeza y seguridad jurídica. Por tal motivo, el ordenamiento debe amparar y proteger la actuación que se funda en una consideración jurídica que emana formal y expresamente de la autoridad administrativa.

Hay que entender a la confianza legítima como una consecuencia jurídica de una decisión; es una forma de que las autoridades con competencias ambientales, con un alto grado de especialidad y sofisticación, y amplios márgenes para fundar decisiones discretionales, sean fieles a sus propios criterios. La opinión del órgano diseñado institucionalmente para discernir sobre la eficacia de las acciones para retornar al cumplimiento y eliminar o reducir los efectos ambientales en un PdC es un antecedente jurídico lo suficientemente concluyente para confiar en la razonabilidad de los criterios que amparaban la actuación administrativa.

Tal como lo ha indicado la Contraloría: “la emisión de la jurisprudencia administrativa permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de **precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles**, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable (...) Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo –esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica– permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en

³⁶ PHILLIPS (2021), p. 163.

situaciones equivalentes (...) permite dar cumplimiento al principio de la igualdad ante la ley reconocido por la Carta Fundamental y a los principios de buena fe y de confianza legítima que inspiran el ordenamiento jurídico”³⁷.

- c) Adicionalmente la apariencia de la legalidad o validez de los actos que emanan de la SMA es relativamente alta, atendido el **carácter experto del órgano y que es el único que cuenta con competencias para decidir sobre la materia**; ello hace que sea más probable que los regulados hayan podido planificar sus conductas en torno a ese conjunto de decisiones. Expresa la doctrina lo siguiente:

“Cuanto mayor es la apariencia de validez de un acto, más probable resulta que sus destinatarios hayan podido esperar o confiar en su aplicación, mayores pueden ser los perjuicios que se les causen si no se les aplica y, por lo tanto, más intensamente exigirá la seguridad jurídica la conservación de sus efectos jurídicos, y menos digna de protección será la confianza que los ciudadanos aleguen haber depositado en su invalidez y en la eliminación de sus consecuencias”³⁸.

En la especie, la SMA no solo detenta el poder jurídico para decidir que la eficacia podía quedar definida por la rebaja en la producción en un CES diferente al infractor, sino además aplicó ese criterio jurídico en a lo menos cuatro ocasiones. Esto es más que suficiente para generar en los regulados la confianza de que cualquiera actuación que se amparare en esas decisiones estaba necesariamente ajustada a derecho.

- d) Por otro lado, la capacidad del precedente de influir en la planificación de la conducta del regulado depende, en gran medida, del grado de apariencia de validez de las resoluciones que establecieron los criterios ya indicados, para lo cual se considera la aplicación que las autoridades hayan hecho del mismo³⁹. Mientras más veces se haya aplicado el criterio en decisiones formales, más intensa es la capacidad de influir en la conducta del regulado. En la especie, este criterio fue utilizado en cuatro oportunidades (44% del total de PdC aprobados) y en una de ella con Australis Mar S.A.

Así también, y tal como se ha indicado, la capacidad de los precedentes para guiar la conducta de los regulados es mucho más palmaria cuando las normas dejan espacios para la apreciación de la autoridad administrativa.

Es cierto que los criterios administrativos con que se concretan las normas aplicables pueden modificarse, dispensando un trato diferente a situaciones que presentan similitudes; pero dicho cambio debe ser razonable y adecuado a la consecución de una finalidad que sea

³⁷ CGR, Dictamen N° 61.817, de 2006. En el mismo sentido, CGR, Dictamen N° 35.397, de 2007.

³⁸ DOMÉNECH (2010), p. 1037.

³⁹ La doctrina explica que: “El grado de apariencia que razonablemente cabe atribuir a un acto depende de varios factores. En primer lugar, de la índole de sus ilegalidades, por cuanto algunas de ellas suelen ser más evidentes que otras. En segundo lugar, del grado de eficacia real que haya alcanzado el acto: el hecho de que las autoridades y los ciudadanos lo apliquen reiteradamente refuerza dicha apariencia; el hecho de que lo consideren inválido y prescindan de él, por el contrario, la merma”. DOMÉNECH (2010), p. 1036.

considerada lícita para el Derecho y el interés público, y operar solo para el futuro. Y es que, aun cuando tenga autorizado cambiar el criterio con que concretó la norma, la actuación de la Administración deberá seguir velando de manera objetiva por los intereses generales y respetar las actuaciones que se han articulado en base a los criterios anteriores. La motivación, en este sentido, permite el control de las razones del no seguimiento del precedente. En la especie, no se observan motivos o razones objetivas para no haber seguido el precedente.

- e) Además, es importante destacar que Australis Mar S.A. planificó su estrategia de autodenuncia basándose en los precedentes previamente establecidos por la SMA. La empresa confió en este marco regulatorio, lo que motivó la decisión de presentar la autodenuncia, con el único mecanismo disponible para compensar los incumplimientos detectados. De no haber existido esta alternativa, es probable que la decisión del titular hubiese sido diferente. Esto es, los PdC deben ser suscritos de buena fe con el propósito real de ser ejecutados, lo que exige adoptar decisiones responsables que permitan la operación de la empresa en concordancia con la protección ambiental.

Por esta razón, Australis incluyó un esquema de compensación tanto en la autodenuncia antes de que esta fuera declarada admisible, y posteriormente en la respuesta al requerimiento de información formulado. Sin embargo, el cambio inesperado de criterio por parte de la SMA, basado en motivos no claramente explicados, ha colocado a Australis en una situación mucho más desfavorable a que si no hubiese presentado la autodenuncia y hubiera esperado simplemente a que la SMA detectara los incumplimientos por sus propios medios, como aparentemente han hecho algunos de sus competidores en un lapso de varios años.

VII.- CONCLUSIONES

1. Los incentivos al cumplimiento, como los PdC y la autodenuncia, representan un cambio de paradigma en la regulación ambiental, promoviendo la colaboración entre regulados y autoridades. Estos mecanismos no solo buscan restablecer la legalidad tras una infracción, sino también pretenden reducir o eliminar los efectos ambientales generados, contribuyendo a la satisfacción del interés general y a la protección de los ecosistemas. El enfoque de estos instrumentos prioriza la prevención, corrección y mitigación de efectos adversos sobre el medio ambiente, en lugar de centrarse únicamente en sanciones que solo contribuyen a castigar.
2. La eficacia, como criterio para la aprobación de los PdC, no debe interpretarse de manera estrictamente binaria (se cumple o no), sino como un concepto dinámico que permite evaluar grados de cumplimiento en función de factores técnicos, ambientales y contextuales. La flexibilidad en la interpretación de la eficacia es esencial para ajustar las medidas a las características específicas de cada caso, favoreciendo soluciones prácticas que, aunque no sean perfectas, contribuyan de manera significativa a la mejora ambiental.
3. En el caso específico de Australis Mar S.A., se justifica la propuesta de hacerse cargo de la sobreproducción por medio de la reducción operacional en otros CES, siempre que estos se encuentren en el mismo ecosistema (cuerpo de agua, curso de agua, fiordo, golfo) y estén operativos. Esta medida resulta ambientalmente relevante al considerar la interacción de los componentes ecosistémicos y fomenta el cumplimiento normativo sin desvirtuar la finalidad

de los incentivos. Rechazar esta alternativa refleja una aplicación excesivamente rígida y desproporcionada del requisito de eficacia, que puede desincentivar la autodenuncia como herramienta de cooperación.

4. La autodenuncia presenta múltiples beneficios: reduce los costos administrativos asociados a la detección de incumplimientos, permite una fiscalización más eficiente al delegar parte de la carga en los regulados y acelera la implementación de medidas correctivas. Además, fortalece la cultura del cumplimiento, promoviendo prácticas corporativas responsables y transparentes, y optimizando el uso de los recursos públicos en casos más graves.
5. El diseño actual de los incentivos al cumplimiento muestra deficiencias en su capacidad para motivar a los regulados a autodenunciarse. La ausencia de ventajas sustanciales sobre otras alternativas, como esperar la detección por parte de la autoridad, limita la eficacia de este instrumento. Es fundamental que la normativa garantice beneficios concretos, como la flexibilización de criterios en la aprobación de PdC, para consolidar la autodenuncia como una herramienta eficaz y atractiva.
6. La SMA debe adoptar un enfoque flexible y proporcional al evaluar PdC, especialmente en el contexto de una autodenuncia. Esto incluye la posibilidad de aceptar medidas alternativas que generen mejoras ambientales verificables, aunque no sean las más óptimas. Adaptar su actuación administrativa a los principios de razonabilidad y proporcionalidad fortalece la política pública de cumplimiento normativo y promueve una gestión ambiental más eficiente.
7. Tratar igual a quienes se autodenuncian y a quienes no lo hacen supone una vulneración del principio de igualdad, ya que no se reconoce la conducta proactiva de los autodenunciantes. La SMA tiene el deber de diferenciar entre estas situaciones, otorgando beneficios claros y proporcionales a quienes colaboran voluntariamente con la autoridad. Esto fomenta una cultura de cumplimiento normativo y refuerza la eficacia de los incentivos al cumplimiento.
8. La SMA debe respetar las expectativas razonables generadas en los regulados con base en precedentes administrativos previos. Australis Mar S.A. actuó bajo la confianza de que su propuesta de compensaciones en otros CES sería aceptada, dado que decisiones anteriores de la SMA permitieron medidas similares. Estas generaron expectativas legítimas en los regulados sobre la validez de este enfoque. Alterar estos criterios sin una transición razonable perjudica la seguridad jurídica, contradice el principio de confianza legítima,
9. En síntesis, la autodenuncia, como instrumento clave para la política pública ambiental, debe contar con incentivos claros, criterios consistentes y una aplicación flexible que promueva la regularización temprana. Esto no solo mejora la protección ambiental, sino que también fortalece la relación colaborativa entre los regulados y la autoridad, garantizando una mayor

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ, Jorge (2005): “El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria” en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVIII.
- BLANQUER, David (2006): *Curso de Derecho Administrativo. Los sujetos y la actividad administrativa. Teoría y práctica* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- CASTILLO, Federico (1998): *La protección de confianza legítima en el derecho administrativo* (Madrid, Marcial Pons).
- CORDERO, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Legalpublishing-Thomson Reuters), 786 pp.

DOMÉNECH, Gabriel (2010): “El principio de presunción de validez”, en: SANTAMARÍA, Juan (director). *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (Madrid, La Ley), pp. 1031-1060.

GARCÍA, William y SOTO, Francisca (2021): “Los programas de cumplimiento en materia ambiental y el problema del impacto del cambio de circunstancias en su eficacia” en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°33.

GUÍA PARA LA PRESENTACIÓN DE AUTODENUNCIAS POR INFRACCIONES A INSTRUMENTOS DE CARÁCTER AMBIENTAL (2018).

HUERGO, Alejandro (2007): *Las sanciones administrativas* (Madrid: Iustel).

LORENZO DE MEMBIELA, Juan (2006): “El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la administración pública”, en *Revista de Administración Pública* N° 171.

MEDINA, Luis (2016): “Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 177.

MENSAJE DE LA LEY N° 20.417, p. 9.

MILLAR, Javier (2015): “El principio de protección de la confianza legítima. Análisis de su influencia y posible recepción en el Derecho Administrativo chileno” en Núñez, Manual (editor) *La Internacionalización del Derecho Público* (Santiago: Thomson Reuters).

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2016): “Regulación y confianza legítima” en *Revista de Administración Pública*, N° 200.

PHILLIPS, Jaime (2020): *La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno. Una propuesta para la aplicación del principio de protección de la confianza legítima* (Valencia, Tirant lo Blanch).

PHILLIPS, Jaime (2021): “El cambio de jurisprudencia por la Contraloría General de la República: ¿Cómo determinar sus efectos en el tiempo?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N°2.

REBOLLO, Manuel *et al.* (2010): *Derecho administrativo sancionador* (Valladolid: Lex Nova).

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José (2016): *Metodología del derecho administrativo. Reglas de razonabilidad para la adopción y control de la decisión administrativa* (Madrid, Marcial Pons).

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003): *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid: Marcial Pons).

Es cuanto puedo informar,

Ivan Hunter Ampuero
Doctor en Derecho

Profesor Regulaciones Ambientales y de los Recursos Naturales
Exministro Titular Abogado del Tercer Tribunal Ambiental (2017-2023)

Enero, 2025