

EN LO PRINCIPAL: DEDUCE RECLAMACIÓN DEL ART. 17 N°3 DE LA LEY N° 20.600

PRIMER OTROSÍ: PERSONERÍA;

SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS;

TERCER OTROSÍ: INDICA CORREO ELECTRÓNICO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES; y

CUARTO OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

SERGIO FERNANDO LEIVA CASTRO en representación según se acredita en otrosí de esta presentación, de **ARIDOS CACHAPOAL LTDA.**, rut N° 79.993.110-9, domiciliados para estos efectos en calle Nueva Tajamar N°555, piso 21, oficina 2102, comuna de Las Condes, Región Metropolitana al Ilustre Segundo Tribunal Ambiental con asiento en la comuna de Santiago con respeto digo:

Que, dentro de plazo, y de conformidad al art. 56 de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) y al art. 17 N°3 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales (LTA), vengo en interponer recurso de **reclamación de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N° 2.401**, de fecha 21 de noviembre de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, Res. Ex. N° 2.401/2022 o resolución recurrida), la cual **acogió parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución Exenta N° 730/2020, de fecha 06 de mayo de 2020** (en adelante Res. Ex. N°730/2020 o resolución sancionatoria), solicitando desde ya **sea dejada sin efecto, sólo en cuanto los argumentos que rechaza** y, por ende, **se acoja la reposición invalidando la aludida Res. Ex. sancionatoria.**

La resolución recurrida fue notificada a mi representada en forma personal con fecha 23 de noviembre de 2023, razón por lo cual el presente reclamo se interpone dentro del plazo de 15 días hábiles previsto por el art. 56° de la LOSMA.

Respecto a la competencia territorial de este Ilustre Tribunal, el Proyecto de mi representada se ubica en la comuna del Olivar, Región del Libertador Bernardo O'Higgins donde, presuntamente, se habrían cometido las infracciones por las cuales se formularon cargos y, en definitiva, se sancionó, razón por lo cual de acuerdo al art. 17° de la LTA, la competencia le corresponde a este Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.

Los hechos por los cuales se formularon cargos y posteriormente se multó a mi representada son los siguientes, conforme consta en el Resuelvo N° 1 de la resolución recurrida:

“a) En relación al cargo N°1, consistente en ‘No ejecutar las obligaciones de la RCA N° 182/2012, relativas al manejo y disposición y acopio del material de rechazo en la operación del proyecto en cuanto q mantener extensiones de bolones o lo largo de la ribera izquierda del río Cachapoal, que al avanzar hacia el interior de lo caja del río, modificando y eliminando con ello brazos

de escurrimiento de este' aplíquese a Áridos Cachapoal Ltda., una multa de setenta y cuatro unidades tributarias anuales (74 UTA).”

b) “En relación **al cargo N°2**, consistente en ‘realizar faenas de extracción en los sectores evaluados en la RCA N° 182/2012, sin contar con los permisos ambientales sectoriales 89, 95 y 96 contemplados en el DS N° 95/01 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y por ende, sin contar con ningún criterio técnico y análisis y/o estudios respecto de los faenas desarrollados aplíquese a Áridos Cachapoal Ltda., una multa de cuarenta y un unidades tributarias anuales (41 UTA).”

c) En relación **al cargo N°3**, consistente en ‘no ejecutar las obligaciones asociadas al proceso de molienda en cuanto a que el agua de proceso no es recirculada mediante piscinas decantadoras, sino que es devuelta al Río Cachapoal directamente a través de un canal’ aplíquese a Áridos Cachapoal Ltda., una multa de treinta y cuatro unidades tributarias anuales (34 UTA).”

d). Para el **cargo N°5**, consistente en ‘realizar la extracción de un volumen de áridos, entre 1.064.770,8 y 1.540.077,9 m³, en una superficie aproximado de 41,4 ha, desde los cuerpos o cursos de agua identificados en la formulación de cargos sin lo correspondiente autorización ambiental’, aplíquese a Áridos Cachapoal Ltda., una multa de setecientos siete unidades tributarias anuales (707 UTA).”

En el presente reclamo se desarrolla un análisis y se presentan a S.S.I., argumentos que, fundadamente, permitirán a esta judicatura especializada arribar a la conclusión de que la Res. Ex. N°2.401/2022 ha rechazado (parcialmente) infundada e ilegalmente la reposición interpuesta y que, consecuentemente, ha confirmado (parcialmente) la Res. Ex N° 730/2020 que es enteramente ilegal, motivo por lo cual dichos actos administrativos debe ser anulados en la parte reclamada, especialmente tomando en consideración lo siguiente:

- (i) La resolución reclamada **descarta la existencia de vicios procedimentales**, en cuanto a la **solicitud del informe al Servicio de Evaluación Ambiental** (“SEA”), conforme el artículo 3°, letra i), de la LOSMA **no constituiría un requisito para configurar el cargo de elusión** (cargo N° 5) toda vez que este **no sería vinculante**.

No obstante, el hecho que no sea vinculante **no significa que pueda prescindirse arbitrariamente** y su omisión (injustificada) **vulnera el debido proceso**, particularmente el **deber de motivación** que prescribe este;

- (ii) La resolución impugnada igualmente rechaza la reposición, desde que indica que **no se afectó el debido proceso al impedirse presentar PDC**, ya que la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) puede reformular los cargos (dejando sin efecto la calificación de daño ambiental) e igualmente se presentó PDC, el cual fue rechazado.

Ahora bien, omite señalar que **el PDC no pudo presentarse íntegramente** (excluyéndose el cargo N° 5, el más significativo económicamente) y que, si bien la SMA puede reformular los cargos, **los principios del derecho punitivo limitan tal**

reformulación, no pudiendo entorpecer el derecho a defensa y principio de contradictoriedad (cuestión que acaece cuando se impide ejercer plenamente una facultad legal como lo es presentar el PDC).

- (iii) El acto impugnado **desconoce la existencia de un error de derecho** (adoleciendo el acto impugnado, por tanto, de **falta de motivación**) y justifica que la potestad discrecional que detenta para formular cargos y sancionar le permitiría optar caso a caso si la explotación fuera del área evaluada en el SEIA (cargo N° 5) se trata de una infracción a la RCA o de elusión.

En tal sentido, aduce que la explotación fuera del área contemplada en la RCA configura por sí misma una tipología de ingreso.

No obstante, la resolución ignora que en el caso *sub lite* se trata de **un único proyecto** (una sola unidad fiscalizable), así se reconoce, por lo demás, en relación a los demás cargos formulados y sancionados (que justamente se refieren al incumplimiento de la RCA) y al propio criterio de la SMA empleado en otros proyectos.

Por ende, si bien la **potestad sancionatoria de la SMA es discrecional, no lo es en cuanto las conductas y tipologías infraccionales, debiendo aplicarse aquella que corresponda conforme los hechos.**

- (iv) Finalmente, en lo tocante a la **aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA y su falta de motivación**, si bien la resolución recurrida correctamente enmienda el cálculo del beneficio económico, así como el tamaño de la empresa y capacidad de pago (cuestiones no reclamadas), **en forma ilegal y arbitraria deja sin aplicación en la reposición un factor adicional** (que no fue reclamado), cual es las **circunstancias extraordinarias de la pandemia.**

En efecto, **sin haber sido solicitado y en perjuicio de mi representada**, excluye en el Considerando N° 204 el referido factor adicional, ya que a la fecha de la resolución recurrida no correspondería aplicar dicho factor.

Además, según se verá, la **SMA continua sin explicitar de qué forma inciden las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA en la ponderación y cuantificación específica de la multa**, particularmente en lo que respecta a los **factores de disminución.**

Todos los argumentos antes expuestos se desarrollarán en profundidad en los próximos acápite, dando cuenta de las ilegalidades planteadas.

A/ ANTECEDENTES DE HECHO DEL RECLAMO DE AUTOS

Se exponen ante S.S.I los antecedentes fácticos relevantes que articulan el presente reclamo consistentes en: **(1)** La Resolución de Calificación Ambiental N° 182/2012, de fecha 18 de Octubre de 12; **(2)** La investigación llevada a cabo por la SMA en contra del Proyecto Extracción de Áridos Cachapoal; **(3)** La formulación de cargos y omisión de solicitar informe al SEA; **(4)** Presentación del PDC y su rechazo; **(5)** Los descargos; **(6)** La resolución sancionatoria y **(7)** La reposición y la resolución reclamada.

1. DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL N° 182/2012, DE FECHA 18 DE OCTUBRE DE 2012 (AHORA EN ADELANTE “LA RCA”).

Mi representada el año 2011 ingresó al SEIA el proyecto denominado “Extracción de Áridos- Áridos Cachapoal”, cuyo objeto era:

*“La extracción mecanizada de áridos del lecho del río Cachapoal para su posterior procesamiento, y tiene como objetivo principal satisfacer la demanda de este material para obras públicas y privadas que requieren de material de relleno y estabilizado en las distintas ciudades y regiones y alrededores. Cabe destacar que esta empresa ya se encontraba extrayendo áridos del río Cachapoal con todos los permisos y autorizaciones correspondientes presentados en el Anexo 2; se presenta esta DIA porque **se pretende aumentar el volumen anual de 19.000m² a 300.000m²**, con lo que se hace pertinente ingresar el proyecto al SEIA.”¹*

El proyecto, conforme la imagen de localización de la DIA abarca la siguiente área de influencia y contempla los siguientes puntos de extracción²:

Figura 2. Superficies destinadas para el proyecto



¹ Ver Descripción de Proyecto en RCA N° 182/2012, página 3.

² Ver DIA, Cap. 1, p.7

La imagen presentada anteriormente es esencial, porque grafica que el área del proyecto considerando el polígono de concesión entregado por la Municipalidad de Olivar es de **65,25 hectáreas** y, considerando **sólo las cuñas de extracción**, en **15,24 hectáreas**. Por ende, las distintas áreas de influencia del proyecto son incluso mayores a lo antes expresado.

En cuanto la **fase de operación** se describe: a) La maquinaria utilizada; b) Los volúmenes de extracción; c) Suministro de agua potable y conexión de aguas servidas, d) Vialidad; e) Extracción; f) Material de rechazo; g) Acopio de material; h) Proceso de molienda; i) Abastecimiento de combustible; j) Suministro Eléctrico; k) Baños, duchas y comedores y l) Obras en el borde del cauce.

En relación a los **volúmenes de extracción** se indica:

*“El volumen de extracción corresponde a **300.000 m³/año**. Anualmente, se realizan **estudios batimétricos y levantamientos topográficos del cauce para definir la capacidad volumétrica del sector del río, correspondiente a la zona del proyecto**. En el Anexo 3 de la DLA se presenta el Proyecto de Extracción, donde se presentan mayores estudios hidrológicos e hidráulicos del área de influencia. Complementando lo anterior, para una extracción de 300.000 m³/año, se efectúa un flujo máximo de 70 camiones/día, con una capacidad por camión de 12 m³”.*

En lo tocante a la **extracción** se señala:

“El material se extrae de forma ordenada, respetando la programación demanda estudiada. De preferencia la explotación se realiza a través del método de bloques o unidades de producción, cortando en forma longitudinal, avanzando a lo largo de los sectores a explotar y profundizándose a medida que se encuentren el material adecuado para la producción de áridos [...]

*Para la validación de los antecedentes técnicos presentados en el Anexo 3 de la DLA correspondiente al proyecto de extracción, fue fundamental determinar el potencial **volumen de áridos a extraer sin comprometer el funcionamiento normal del río**”³.*

Relativo al **proceso de molienda** se establece:

*“Se aplica un **sistema de recirculación de este recurso**, que considera solo el contacto con el material pétreo, dado que se usa exclusivamente para su lavado; es decir, el agua no está en contacto con aceites u otros contaminantes. El proceso de recirculación del agua se aplica mediante piscinas decantadoras, debidamente selladas con geotextil, las que cumplen con la función de retener todo el material suspendido existente en ella, de manera de obtener una buena calidad apta para el lavado del árido.*

En función de lo anterior, el agua del proceso no se descarga al río Cachapoal, lo que significa que no se generan impactos como enturbiamiento del agua del río, formación de pozas, cambios de ribera,

³ Ver Descripción de Proyecto en RCA N° 182/2012, página 5.

cambio en los niveles piezométricos de las aguas subterráneas, afectación a obras fluviales existentes, pérdida del suelo por arrastre del cauce y cambios en su fondo. El método a utilizar implica que el material sedimentable generado, no descarga al curso de agua y no produce efectos negativos sobre hábitats de ictiofauna, frezaderos, implicando que no se afecta la vegetación ribereña”.

Finalmente, se dispuso en la RCA, en el Considerando N° 4.2, que el Proyecto requeriría de los **siguientes Permisos Ambientales Sectoriales (“PAS”)**:

*“Que, sobre la base de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación, debe indicarse que la ejecución del proyecto “Extracción de Áridos - Áridos Cachapoal” requiere de los **permisos ambientales sectoriales 89, 95 y 96** contemplados en el Título VII, artículos 68 al 106 del D.S. N°95/01 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, entregando los antecedentes en la DLA y en las Adendas 1 y 2.”*

2. **ETAPA DE FISCALIZACIÓN AL PROYECTO.**

Con fecha 16 de junio del año 2016, se efectuó una primera visita inspectiva en conjunto con la Dirección General de Aguas (“DGA”) y Dirección de Obras Hidráulicas (“DOHP”).

En dicha oportunidad se constató en Informe de Fiscalización Ambiental **DFZ-2016-1082-VI-RCA-IA**, en forma resumida, lo siguiente:

*“Con respecto a los resultados de las actividades de fiscalización, se puede indicar que los principales Hallazgos se encuentran asociados a: El Titular **no hizo entrega de permiso sectorial para cada una de las extracciones, desde la aprobación de la RCA**, realizando en consecuencia extracciones de áridos sin contar con el permiso ambiental sectorial correspondiente, al menos desde 1° enero 2015; existencia de **acopio de material de descarte en caja del río**; constatación de **zonas de extracción de áridos que no coinciden con el polígono de extracción indicado en la RCA**; disminución de la cota de fondo del río; **constatación de que el agua de proceso no es recirculada** y es devuelta directamente al Río Cachapoal a través de un canal y, el Titular **se encuentra operando fuera del horario indicado en la RCA.**”*

Posteriormente la SMA, con autorización de este I. Tribunal Ambiental, dictó medidas provisionales en Rol N° MP-007-2018 renovada en Rol N° MP-010-2018, consistente en la detención de toda actividad extractiva.

A raíz de lo anterior, se produjo una segunda visita inspectiva, con fecha 23 de mayo de 2018, la cual dio origen al Informe de Fiscalización Ambiental **DFZ-2018-1922-VI-RCA** y que concluyó:

“Entre los principales hechos constatados que representan hallazgos se encuentran: Se constató que titular ha realizado faenas de extracción en pozo lastrero y se constató la existencia de polígonos de extracción recientes, cercanos a planta de proceso N°4. Los videos entregados a la fecha por el titular como medio verificador de la medida y excepción del video de fecha 4-06-2018, no permiten tener

claridad del cumplimiento de la misma, ya que no abarcan de forma completa el proyecto. El titular Áridos Cachapoal Ltda., no ha realizado el monitoreo de biota acuática ni ha realizado manejo de material de descarte existente, adicionalmente, no ha solicitado el pronunciamiento a la DGA respecto a las defensas fluviales dañadas”

3. FORMULACIÓN DE CARGOS Y DE LA OMISIÓN DE SOLICITAR INFORME AL SEA.

Posteriormente, el día 23 de marzo de 2018, se procedió a **formular cargos** y **clasificar las infracciones**, ello del siguiente modo:

- “1. No ejecutar las obligaciones de la RCA N° 182/2012, relativas al manejo y disposición y acopio del material de rechazo en la operación del proyecto (...).” Este cargo, calificado como **grave** originalmente y luego, según se verá, fue reclasificado como **leve**.
- “2. Realizar faenas de extracción en los sectores evaluados en la RCA N° 182/2012, sin contar con los permisos ambientales sectoriales 89 (...), contemplados en el DS N° 95/01...”. Este cargo, calificado desde su origen como **leve**.
- “3. No ejecutar las obligaciones asociadas al proceso de molienda en cuanto a que el agua de proceso no es recirculada mediante piscinas decantadoras, sino que es devuelta al Río Cachapoal directamente a través de un canal.” Este cargo igualmente fue calificado como **leve**.
- “4. Realizar faenas de extracción fuera de los horarios establecidos por la RCA, en cuanto opera el proyecto desde las 7:00 a las 23:00”. El referido cargo fue calificado como **leve** y posteriormente **se dejó sin efecto**.
- “5. Realizar la **extracción de un volumen de áridos, entre 1.064.770,8 y 1.540.017,9 m³, en una superficie aproximada de 41,4 ha, desde los cuerpos o cursos de agua identificados en la presente resolución** (cauce del río Cachapoal) **sin la correspondiente autorización ambiental**.” Este cargo, calificado originalmente como **grave y gravísimo** y finalmente mantenido solo como **gravísimo**,

Lo relevante, en relación a este último cargo, es que fue calificado **grave** (en principio) debido a la supuesta existencia de un daño ambiental, cuestión que fue descartada posteriormente en la reclasificación de la sanción. Ello, conforme veremos, **impidió posteriormente se pudiese presentar PDC en relación al mentado cargo**.

Cabe advertir que la SMA **jamás requirió informe al SEA** en lo tocante a la supuesta configuración de una elusión, ni antes ni después de formular los cargos, contraviniendo conforme se desarrollará el artículo 3°, literal i), de la LOSMA.

4. **PRESENTACIÓN DEL PDC Y SU RECHAZO.**

El día 14 de mayo de 2018 se presentó el PDC respecto de los cargos N°1 a 4°, **excluyéndose expresamente el cargo N° 5 dados los criterios de la SMA que rechazan la presentación de PDC ante la existencia de daño ambiental.**

En efecto, se señaló “*es en este contexto que ‘Aridos Cachapoal Limitada’, a través de este acto, viene en presentar un Programa de Cumplimiento respecto de las **cuatro primeras infracciones, quedando fuera del presente Programa los hechos asociados al cargo o la infracción N° 5, en tanto esta Superintendencia estima que se habría causado daño ambiental susceptible de reparación, circunstancia que será abordada mediante la presentación, en tiempo y forma, de descargos**”.*

El 26 de junio de la misma anualidad se efectuaron Observaciones al referido PDC, las que fueron abordadas mediante PDC refundido, con fecha 20 de julio del 2018. Cabe hacer presente que, todas las observaciones y respuestas siempre se refirieron a los cargos N° 1 a N° 4 y nunca incluyeron el cargo N° 5.

Finalmente, y nuevamente insistiendo respecto de los cargos N° 1 al 4, **se rechazó el PDC refundido** al no cumplir supuestamente los criterios de integridad, verificabilidad y eficacia, ello el día 09 de agosto del 2018.

5. **DE LOS DESCARGOS.**

En forma paralela, al no poder presentarse PDC respecto del cargo N° 5, el día 24 de mayo de 2018, se **formuló descargos vinculados exclusivamente a dicho cargo.**

En dicha oportunidad se denunciaron similares vicios que persisten hasta la fecha y que motivan la presente reclamación, a saber:

- La imposibilidad de configurar coetáneamente una infracción a la RCA (cargos N°1 a 4) y una elusión al SEIA (cargo N° 5).
- La inexistencia de daño ambiental y la imposibilidad de doble clasificar un cargo, esto es, como grave y gravísimo (cuestión que fue subsanada posteriormente reconociéndose la inexistencia del daño ambiental).
- El errado cálculo de los beneficios económicos y cantidades extraídas (cuestión que también se enmendó posteriormente).

6. **DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.**

Finalmente, y pese la claridad de los argumentos, así como la voluntad colaborativa de mi representada quien estuvo dispuesta a presentar PDC, mi representada fue objeto de una multa de un total de **2.379 UTA.**

En efecto, se **absolvió a mi representada únicamente del cargo N° 4**, siendo **condenado** en los restantes, con multa de **74 UTA** (cargo N°1), **41 UTA** (cargo N° 2), **34 UTA** (cargo N°3) y **2.230 UTA** (cargo N° 3).

Para arribar a tales conclusiones, respecto del **cargo N° 1**, en síntesis, se indicó:

“86. En virtud de lo expresado en los considerandos anteriores, es posible señalar que el hecho que constituye lo medular de la imputación efectuada en el Cargo N° 1, consistente en **la disposición del material de descarte proveniente de las extracciones aplicándolo a lo largo de la ribera sur del lecho del río Cachapoal** y no distribuyéndolo en los bajos del lecho, no se encuentra controvertido

[...]

90. En suma, sobre la base de lo expuesto, cabe desestimar la alegación de la empresa referida a que la situación constatada habría estado autorizada por la DOH mediante su Oficio N° 375, de 26 de marzo de 2014

[...]

92. Sobre la base de lo expuesto en los considerandos precedentes, se tiene configurado el Cargo N° 1, el cual corresponde a una infracción a una **infracción establecida en el artículo 35 letra a) de la LOSMA**, en cuanto constituye **un incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en una RCA.**

A su turno, en lo concerniente al **cargo N° 2**, se señaló:

“103. Tal como se desprende de las alegaciones efectuadas por la empresa, el hecho imputado, ni su carácter infraccional han sido aspectos controvertidos por la empresa, sino, por el contrario, ambos aspectos de la imputación han sido reconocidos por ésta en sus descargos.

104. La alegación que la empresa efectúa, de considerar que se operó sin el referido PAS durante dos años, será abordada en el Capítulo XIII de la presente resolución, referidos a las circunstancias que establece el artículo 40 de la LOSMA.

105. Sobre la base de lo expuesto en los considerandos precedentes, se tiene por configurado el Cargo N° 2, el cual corresponde a una infracción establecida en **el artículo 35 a) de la LOSMA** en cuanto consiste en un **incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en una RCA.**

En lo tocante al **cargo N° 3**, se estatuye:

107. El sustento fáctico de la imputación, consistente, en lo medular, en la inexistencia de piscinas de decantación para recirculación y la circunstancia de que el agua, en consecuencia, estaba siendo devuelta directamente al río Cachapoal a través de un canal, fue constatado en el IFA DFZ-2016-1082-VI-RCA-IA, en el hecho constatado N° 4 [...]

108. La empresa en sus descargos no controvierte ni la concurrencia del hecho imputado, ni su carácter infraccional, allanándose en los siguientes términos: *‘Si bien tal hecho es innegable por esta parte, y no se llevó a cabo tal actividad en los términos y oportunidad descritos, cabe señalar que los efectos indicados al formular los descargos no se han materializado en la realidad [...]*

111. Sobre la base de lo expuesto en los considerandos precedentes, se tiene por configurado el cargo N° 3, el cual corresponde a una infracción establecida en **el artículo 35 a) de la LOSMA**, en cuanto consiste en el **incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en una RCA**.

Finalmente, en lo que interesa a esta reclamación (omitimos el cargo N°4 al no ser objeto de la reclamación), se concluyó lo siguiente respecto del **cargo N° 5**:

“134. Acerca de las cuestiones preliminares expuestas por la empresa, cabe señalar lo siguiente:

134.1 *Que tal como advierte la empresa, **es efectivo que la SMA al efectuar el cálculo de los volúmenes extraídos contempló sectores tanto al interior de la caja o cauce del río Cachapoal, como sectores de extracción ubicados fuera del cauce, específicamente en el pozo lastrero ubicado a 150 metros de la ribera sur del río Cachapoal, lo cual se desprende claramente del IFA DFZ-2016-1082-VI-RCA-IA**, como de los antecedentes relatados en el escrito FDC.*

134.2 *Que, asimismo, es efectivo que tanto el Reglamento del SEIA anterior (D.S N° 95/2001) como el actual RSEIA (D.S N° 40/2013), establecen volúmenes de extracción distintos para considerar tal actividad como industrial, cuando la extracción de áridos se desarrolla en el cuerpo o curso de agua, o en una cantera [...]*

134.3 *Que, en el contexto de los hechos constatados por la SMA, las circunstancias descritas en los considerandos precedentes son irrelevantes para efectos de la configuración de una elusión al SEIA, toda vez que, tal como se expondrá más adelante en esta resolución, **tanto las extracciones realizadas dentro del cauce, como aquellas realizadas fuera de este, de ser analizadas separadamente, superan con creces los umbrales del ingreso al SEIA establecidos para cada caso [...]***

135. *Con el objeto de abordar las alegaciones expuestas en sus descargos acerca del hecho infraccional imputado, corresponde aclarar que se imputó en la FDC, es una infracción que tiene como fundamentos, **actividades extractivas realizadas al margen de la RCA** y, como tales, su configuración **no depende de la existencia de una autorización ambiental** [...]*

142. *En suma, en virtud de lo expuesto en los considerandos precedentes, ha quedado debidamente acreditado que **la empresa sus actividades extractivas fuera de los polígonos autorizados por la RCA N° 182/2012, ha sobrepasado los umbrales de ingreso al SEIA establecidos en volúmenes de extracción, tanto para actividades dentro***

del cauce, como fuera de éste, por lo que no cabe duda de que estamos frente a una elusión al SEIA [...]

147. Sobre la base de lo expuesto en los considerandos precedentes, se tiene por configurado el Cargo N° 5, el cual corresponde a una infracción establecida en el **artículo 35 b) de la LOSMA**, en cuanto consiste en **la ejecución al margen del SEIA de un proyecto y el desarrollo de actividades para las cuales la ley exige Resolución de Calificación Ambiental**.

Tal como se expuso anteriormente, la resolución sancionatoria, posteriormente, **reclasifica las infracciones estableciendo todas como leves, salvo el cargo N° 5** que indica que se trataría de una **infracción gravísima y descarta la existencia de daño ambiental dejando sin efecto su calificación como grave**. En, efecto indica:

“198. En suma sobre la base de lo expuesto, corresponde confirmar la clasificación de gravísima, respecto del Cargo N° 5, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1) letra f) del artículo 36 de la LOSMA, por constituir hechos, actos u omisiones que contravienen las disposiciones pertinentes que involucran la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la Ley N° 19.300 al margen del SEIA, constatándose en ellos, efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 letra b) de dicha ley, en concordancia con los literales a y c) del artículo 6 del RSEIA. Al respecto cabe hacer presente que, a la fecha de la presente resolución, el titular no ha ingresado el proyecto al SEIA. 199. Finalmente, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente en relación a la infracción como gravísima, cabe indicar que, respecto a **la imputación relativa a la existencia de daño ambiental** como producto de las actividades de Aridos Cachapoal al margen del SEIA, en el caso concreto, **estos no alcanzan el estándar de significancia** que, en virtud de la jurisprudencia y la doctrina, **se requiere para concurrencia de daño ambiental**. En razón de lo anterior, **se desestima la imputación relativa al numeral 2 letra a) del artículo 36 de la LOSMA**, en virtud del cual **se clasificó el Cargo N° 5 como grave, por haberse causado daño ambiental**, persistiendo la causal establecida en el numeral 1 letra f) del artículo 36 de la LOSMA”.

Posteriormente, la resolución sancionatorio procede a **ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA**, efectuando un análisis particular de:

- a) El **beneficio económico** (considerandos N° 204 a 228);
- b) La **importancia del daño causado o peligro ocasionado** (considerandos N° 230 a 242);
- c) El **número de personas cuya salud pudo afectarse** (considerando N° 243);
- d) La **importancia de la vulneración al sistema de protección ambiental** (considerandos N° 244 a 262);
- e) La **intencionalidad en la comisión de la infracción** (considerandos N°264 a 275);
- f) La **conducta anterior negativa** (considerandos N° 276 a 280);
- g) La **falta de cooperación** (considerandos N° 281 a 284);
- h) La **irreprochable conducta anterior** (considerandos N° 285 a 287);
- i) La **presentación de autodenuncia** (considerandos N° 288 y 289);
- j) **Cooperación eficaz** (considerandos N° 290 a 294);

- k) **Aplicación de medidas correctivas** (considerandos N° 295 a 208);
- l) El **grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la infracción** (considerandos N° 309 a 311);
- m) La **capacidad económica del infractor** (considerandos N° 312 a 316) y
- n) **Otros criterios que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción** (considerandos N°317 a 321).

En relación con esta última circunstancia, la SMA ponderó **el impacto de la pandemia que se encontraba en curso al momento de la aplicación de la sanción**. En tal sentido, indica la resolución sancionatoria:

*“318. Es un hecho público y notorio que el manejo sanitario de la pandemia de COVID-19 ha generado restricciones a los derechos de las personas. Estas restricciones significan, **en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, un impacto económico significativo, al afectar la operación tradicional de las empresas**, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional [...]*

*319. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia **internalice los efectos económicos de la pandemia COVID-19** al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme el **artículo 40, letra 1) de la LOSMA**, para la determinación de sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerado ‘todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción’. La circunstancia de **la Pandemia COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción que será aplicable.**”*

Finalmente, y pese a desarrollar latamente las circunstancias concurrentes y aquellas que no concurren al caso concreto, **en ningún momento la resolución recurrida explicita como las mentadas circunstancias inciden en el cálculo económico específico para cuantificar la multa.**

En efecto, se procede inmediatamente a la parte resolutive **fijando las multas únicamente en atención al beneficio económico obtenido** y, por lo tanto, en la práctica **dejando sin aplicación los factores de disminución recogidos.**

7. **DE LA REPOSICIÓN Y LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.**

En el recurso de reposición se expusieron casi idénticos argumentos que los que fundamentan la presente reclamación (salvo aquellos que fueron acogidos y no son objetos de esta reclamación). Resumidamente se indicó que:

- La **resolución sancionatoria infringió el debido proceso al infundadamente no exigir al SEA el informe** referido en el artículo 3, letra i), de la Ley N° 20.4017.

- Se restringió e impidió la posibilidad de presentar PDC con respecto al cargo N° 5, afectando ello el debido proceso, específicamente el derecho a defensa.
- Se infringe del principio “non bis ídem” (cuestión que no planteamos en el presente recurso).
- La resolución sancionatoria adolece de falta de motivación, ello al incurrir en un error de derecho al aplicar la conducta infraccional errónea para los hechos del caso, no existiendo una elusión al SEIA, sino un incumplimiento a la RCA (al no respetar los polígonos de explotación contemplado en dicha autorización ambiental).
- Igualmente, la resolución sancionatoria adolecería de falta de motivación en lo referido a la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. En el recurso de reposición, respecto de este punto se desarrolló que: i) No estaría explicitado el cálculo económico que habría permitido arribar a las multas específicas en aplicación del mentado artículo y ello conllevaría, además, que los factores de disminución no fuesen comprendidos en el cálculo; ii) Existirían errores en el cálculo del beneficio económico y iii) Se aportarían antecedentes adicionales para determinar la capacidad de pago del infractor.

De tales argumentaciones la resolución impugnada (que resuelve el recurso de reposición), solamente acoge parcialmente el último, vale decir, únicamente enmienda el cálculo del beneficio económico respecto del cargo N° 5 y adecúa la capacidad de pago de mi representada.

Además, de mutuo propio y sin haberse solicitado, deja sin efecto la circunstancia del artículo 40, letra i), de la LOSMA, vale decir, no aplica como factor de disminución las circunstancias extraordinarias de la pandemia de COVID-19 y para ello argumenta:

“204. Considerando la actualización del tamaño económico de la empresa, corresponde realizar un ajuste al total de las multas impuestas correspondientes a las infracciones imputadas. Sin embargo, al realizar dicho ajuste, respecto de las infracciones N° L, 2, 3, la cuantía de las multas sería mayor a la impuesta mediante la resolución sancionatoria. Lo anterior, debido que a la fecha en que se emitió la resolución impugnada, se aplicó un factor adicional de disminución producto de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia de Covid- 19, consideración que no corresponde tener a la fecha de la presente resolución.

205. En el presente caso, la información de los ingresos anuales de la empresa disponible por esta Superintendencia corresponde al año 2020, por lo que es posible sostener que ésta comprende los efectos que la pandemia de COVID-19 ha tenido en el funcionamiento de la empresa. Por lo anterior, se considera que no procede efectuar ajustes adicionales a la ponderación del tamaño económico para internalizar en la sanción los efectos de la crisis sanitaria”.

En razón de lo expuesto, la **resolución reclamada mantuvo las ilegalidades** de la resolución sancionatoria e **incluso incurrió en una nueva al excluir arbitrariamente y de oficio una circunstancias atenuante en instancia recursiva**, todo ello será desarrollado en los acápite que se presentan a continuación.

Como **resultado de dichas ilegalidades se produjo un perjuicio a mi representada al mantener las multas y en idénticos montos**, salvo aquella aparejada al cargo N° 5 que se disminuyó a **707 UTA** (al haberse enmendado el cálculo del beneficio económico conforme lo expuesto).

B/ FUNDAMENTOS DE DERECHO. ILEGALIDADES EN QUE INCURRE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA.

I. LA RESOLUCIÓN RECLAMADA AL CONFIRMAR QUE LA SMA PUEDE PRESCINDIR INFUNDA Y ARBITRARIAMENTE DEL INFORME DEL SEA (RESPECTO DEL CARGO DE ELUSIÓN), MANTUVO EL VICIO QUE AFECTA LA TOTALIDAD DEL PROCESO.

Conforme con el art. 3° letra i) de la LO-SMA, en relación a ante proyectos o actividades que supuestamente se estén ejecutando al margen del SEIA, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) tiene potestades para:

“i) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyecto o actividades que conforme al artículo 10 de la Ley N°19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente.” (énfasis nuestro en esta parte y en lo sucesivo, salvo que se indique lo contrario).

Por este motivo, y desde la entrada en vigencia de la LO-SMA, la SMA, frente a pronunciamientos del SEA relativos a la obligatoriedad de determinada actividad de ser sometida al SEIA, **tiene el deber de officiar al SEA como un requisito previo y esencial para resolver potenciales infracciones normativas asociadas a la elusión de ingreso al SEIA.**

Es por esta razón que se solicitó a la Superintendencia, oficie al Servicio de Evaluación Ambiental con el objeto de fundar debidamente la resolución que se pronuncie sobre los cargos formulados en el procedimiento sancionatorio.

En lo que respecta a esta materia, la Superintendencia ha establecido en la Resolución Reclamada, que el informe previo del SEA **“no constituye un requisito para efectos de configurar un cargo de elusión”**, y que **tal informe no sería vinculante.**

1. Carácter Vinculante del Informe

La Superintendencia se refiere al alcance del informe del SEA, señalando que no sería vinculante, y citando al efecto al Ilustre Tercer Tribunal Ambiental⁴:

*“Que en lo relativo al carácter vinculante que tendrían para la SMA los pronunciamientos del SEA, dicha alegación será igualmente rechazada. En primer lugar, cabe tener presente que el art. 38 inc. 1° de la Ley N° 19.880 dispone que “salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”, lo que implica analizar las **disposiciones que pudieran contradecir el carácter no vinculante de tales informes.** Revisada la normativa ambiental, la letra i) del artículo 3 de la LOSMA, se refiere a la atribución de requerir de ingreso al*

⁴ Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-04-2021, sentencia de 7 de marzo de 2022.

*SELA a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la Ley N° 19.300 debieron someterse a evaluación y no cuenten con una RCA. Si bien la norma indica que esta atribución se ejerce “previo informe” del SEA, de su claro tenor literal **no puede desprenderse que tales informes previos sean vinculantes** si el propio legislador no lo ha señalado expresamente.”*

Respecto al fallo citado, cabe hacer las siguientes precisiones. En primer término, el artículo 38 señala dos elementos distintos de los informes: el que, por regla general, **(i) su solicitud es de carácter facultativo**; y **(ii) que su contenido no es vinculante**, salvo norma expresa en contrario.

En este sentido, en la citada sentencia, **el Tribunal Ambiental en ningún caso controvierte la obligatoriedad del informe del SEA sino el carácter vinculante de su contenido**, para la adopción de la decisión administrativa. Es más, **reconoce que la atribución de la SMA se ejerce previo informe del SEA**, según establece expresamente el tenor literal del artículo 3 letra i) de la Ley 20.417, y de acuerdo al sentido del resto de la mencionada sentencia, que la Superintendencia omitió citar.

Es así como en el caso citado **existe un informe previo del SEA**, y en ningún caso se pone en duda la obligatoriedad de dicho informe. En las alegaciones de autos en cambio, se solicita que **la autoridad oficie al SEA para que evacúe informe**, refiriéndose entonces al carácter obligatorio -en tanto “previo” a la decisión- de acuerdo al tenor literal del artículo 3 letra i) de la Ley 20.417.

No es posible entonces descartar la existencia misma del informe porque el carácter de su contenido no sea vinculante -como en los hechos esgrime la Superintendencia-, pues lo anterior sería confundir elementos que en nada se relacionan. El carácter no vinculante del contenido del informe no niega el tenor literal de la norma, en el sentido que debe ser previo a la decisión administrativa.

La doctrina también ha compartido la interpretación judicial en el sentido de que el carácter no vinculante se refiere al contenido del informe, y no a la prescindencia de dicho informe. De esta manera, se ha señalado expresamente que⁵:

*“La Superintendencia **tiene** que solicitar el informe del SEA, pero este informe – por la regla general contenida en el artículo 38 de la Ley N°19.880– es facultativo y no vinculante. Por lo tanto, la Superintendencia podría llegar a una apreciación distinta de la emitida por el SEA”.*

De esta manera, queda de manifiesto que el carácter no vinculante del contenido del informe no es motivo suficiente para que no sea requerido por la Superintendencia.

⁵ BERTAZZO, SILVIA (2018) “Altos de Puyai ¿Una revolución en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental?, en *Comentario a Fallos Roles N° 15.499-2018, N° 15.500-2018 y N° 15.551-2018, de la Corte Suprema*

2. Procedencia del Informe

A. Precedentes Administrativos

En segundo término, y como ha sido señalado, la SMA ha establecido que el informe del SEA no podría ser solicitado para el caso de autos, sino únicamente en el supuesto de un procedimiento de requerimiento de ingreso.

Al respecto, cabe señalar que ya con anterioridad **la Superintendencia ha aplicado la misma disposición respecto de casos de infracción en que se aplica sanción por elusión**, y, por tanto, **no se ordena requerimiento de ingreso al SEIA**.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa del referido órgano a continuación citada establece que el informe previo del SEA es obligatorio, con independencia de la decisión de la autoridad de aplicar requerimiento de ingreso o elusión⁶:

*“Por tanto, al tener objetos y fundamentos diferentes, no puede hacerse extensible su valor vinculante al presente procedimiento en esta sede de configuración de la infracción. Es por lo anterior que **esta consulta al SEA, si bien se vincula con el sancionatorio, en ningún caso define necesariamente la controversia del procedimiento, por cuanto es el cumplimiento de un trámite dispuesto en la ley con ocasión de otra competencia de la SMA para el evento en que ella se ejerza.**”*

[...]

*“En este contexto legal, **el informe previo que la SMA solicita al SEA es sin perjuicio del ejercicio de la facultad de requerir ingreso o de la facultad de sancionar previa configuración de un ilícito, donde la SMA considera el pronunciamiento del SEA, pero debe ponderarlo junto con los demás antecedentes levantados en la investigación que desarrolla en torno a una hipótesis de elusión. Lo anterior, se debe a que dicho informe se realiza en el marco de lo dispuesto por los artículos 37 y 38 de la Ley N° 19.880, de los cuales se desprende que “salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.”**”*

Es así como la SMA no sólo ha establecido que el mencionado artículo **sería aplicable en casos de procedimiento sancionatorio por elusión**, sino que también ha puesto en aplicación este criterio, suspendiendo el procedimiento sancionador hasta recibir el referido informe en estos casos. Así lo ha establecido la Superintendencia al señalar que⁷:

*“El principio de economía procedimental y eficiencia que ha de regir los actos de la Administración del Estado aplicado a la solicitud en análisis, sugiere **establecer la suspensión solicitada,**”*

⁶ Resolución Exenta N° 1.310, de 31 de julio de 2020, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio Rol 110-2018 seguido contra Inversiones Panguipulli S.A.

⁷ Resolución Exenta N° 1.310, de 31 de julio de 2020, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio Rol 110-2018 seguido contra Inversiones Panguipulli S.A.

en atención a que las decisiones que pueda adoptar la Dirección Ejecutiva del SEA, tendrán directa incidencia en el presente procedimiento administrativo sancionatorio. En dicho sentido, de no esperar la respuesta de dicho organismo, podrían adoptarse decisiones contradictorias a lo que pudiera resolver este.”.

“Por lo demás es efectivo que para efectos de la confección del dictamen que corresponde, de acuerdo al artículo 53 de la LO-SMA, así como para el eventual ejercicio por parte de la Superintendencia, de la atribución establecida en la letra i) del artículo 3 de la LO-SMA, en numerosos procedimientos sancionatorios en los cuales se ha imputado la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella, se ha suspendido el procedimiento sancionatorio, hasta que la Dirección Ejecutiva del SEA se pronuncie acerca de la pertinencia de ingreso al SEIA del proyecto en cuestión”.

Del mismo modo ha resuelto esta Superintendencia, uniformemente, en los siguientes casos (entre múltiples otros que no se indican por razones de sobreabundancia):

- Rol D-049-2015, mediante Res. Ex. N°2 de 03 de febrero de 2016;
- Rol F-057-2015, mediante Res. Ex. N°5 de 12 de mayo de 2016;
- Rol D-039-2016, mediante Res. Ex. N°8 de 25 de septiembre de 2017;
- Rol D-091-2017, mediante Res. Ex. N°5 de 31 de enero 2018;
- Rol D-027-2016, mediante Res. Ex. N° 20 de 26 de febrero de 2018;
- Rol D-077-2018, mediante Res. Ex. N° 3 de 31 de agosto de 2018 y
- Rol D-126-2022, mediante Res. Ex. N° 3 de 09 de agosto de 2022.

Es así que la práctica de esta Superintendencia ha sido de la idea de suspender los procedimientos sancionatorios en los cuales se han formulado cargos por elusión hasta que exista un pronunciamiento del SEA en la materia, lo que constituye un “precedente administrativo” que, como tal, este órgano está obligado a respetar, o bien, a motivar latamente el cambio de criterio que se utilice, por cuanto se trata de un antecedente esencial para continuar con la substanciación del procedimiento, no solo para efectos de motivar el acto terminal del procedimiento sino que para no causar indefensión respecto de este administrado.

A mayor abundamiento, la autoridad ha esgrimido un criterio de forma reiterada, que no puede desconocer, en tanto significaría una vulneración a los Principios de Confianza Legítima y de la Teoría de los Actos Propios.

Por una parte, el principio de los Actos Propios ha sido reconocido por la Contraloría General de la República en Derecho Administrativo, al señalar que⁸:

⁸ Dictamen N° 46.080, de 2003. En este mismo sentido, ha sido reconocido en instancia jurisdiccional: Corte Suprema Sentencia Causa Rol N°45.787-16 de fecha 14.11.2016; Corte de Apelaciones San Miguel Sentencia Causa Rol N° 7-2022 de fecha 23.08.2022; Corte de Santiago Causa Rol N°524-2021; Corte Suprema, Sentencia Causa Rol N°7929-

“En efecto, toda actuación de un servidor público, cuando ella se ha realizado en forma legítima, esto es, dentro de su competencia y de las facultades de que la ley lo ha investido, representa un acto propio del servicio al que pertenece”.

Por su parte, el Principio de Confianza Legítima constituye una garantía para los Administrados basada en la conservación del acto jurídico, y permite formular precedentes administrativos frente a similares fundamentos de hecho y derecho.

Este principio ha sido objeto de un vasto desarrollo por nuestro ordenamiento jurídico, doctrina y jurisprudencia. Por una parte, la doctrina ha sostenido que el Principio de Confianza Legítima *“implica una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos de los ciudadanos frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste”*⁹.

A su vez, la Corte Suprema ha sostenido que *“las actuaciones de los poderes públicos generan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones. Lo anterior vinculado directamente con el principio de conservación del acto administrativo, de la buena fe y de la seguridad jurídica”*¹⁰.

Finalmente, Contraloría ha establecido que este principio *“**ampara a una determinada persona ante cambios en prácticas de la Administración que lo afecten**, cuando la actuación de que se trate haya sido continuada y generado la convicción de que en lo sucesivo y bajo circunstancias similares se le tratará de igual manera”*¹¹.

De acuerdo a lo anterior se desprenden elementos que constituyen la garantía de este principio. Desde ya, el órgano administrativo debe desarrollar una actuación coherente, por lo que su actuar debe ser lógico y consecuente con una posición propia anterior. Enseguida, la confianza legítima exige una obligatoriedad del precedente administrativo, por lo que el órgano administrativo se encuentra vinculado a sus propios actos dictados con anterioridad, que incluso pueden ser invocados por un tercero. Es así que el **principio de Confianza Legítima exige un respeto por las situaciones consolidadas previamente**.

Todos estos elementos se presentan en la situación de autos, desde que como se expuso ha existido una práctica generalizada y extendida en el tiempo de la SMA en orden a solicitar informe al SEA en los casos de elusión, cuestión que trasunta en una garantía para el interesado desde que se asegura que existiría el pronunciamiento del organismo técnico especializado en la materia (según se verá).

Así las cosas, frente a la constante de la SMA de solicitar informe al Servicio de Evaluación Ambiental en casos de procedimiento sancionatorio por elusión, resulta sorpresiva la resolución que rechaza la solicitud de mi representada, en tanto produce una clara **contravención a los**

2019 de fecha 29.03.2019; Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Causa Rol N°8087-2022 de fecha 05.12.22; Corte Suprema Causa Rol: 45282-2021.

⁹ Bermúdez Soto, Jorge: “El principio de protección de confianza legítima”.

¹⁰ Corte Suprema Rol N° 47588/2016, de 5 de diciembre de 2016.

¹¹ Dictamen N° 25889/2018, de 16 de agosto de 2018.

propios actos de la recurrida y, por consiguiente, a la legítima confianza que dichos actos produjeron en esta parte.

B. Similitud de presupuestos normativos (requerimiento de ingreso y elusión).

En segundo término, es patente que el **requerimiento de ingreso se sustenta en los mismos presupuestos de hecho que el procedimiento sancionatorio de elusión.**

A mayor abundamiento, **el presupuesto que da lugar a cualquiera de los dos procedimientos -ya sea requerimiento de ingreso o sancionatorio por elusión- se sustenta en la existencia de obras o actividades que cumplan con cualquiera de las hipótesis reguladas en el artículo 10 de la Ley 19.300, complementado por el artículo 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; y que no hayan sido sometidas a evaluación ambiental.** Es así que, frente a la existencia de esta circunstancia, la autoridad administrativa tiene la posibilidad de elegir entre iniciar uno u otro procedimiento. Por, ende, la distinción entre ambos procedimientos radicaría principalmente en el carácter fiscalizadorio y sancionatorio de uno y otro

Por consiguiente, el principio de razonabilidad que rige a todo órgano jurisdiccional exige la aplicación de la norma del artículo 3 letra i) de la Ley 20.417 respecto del procedimiento sancionatorio por elusión, en tanto la autoridad jurisdiccional tiene el deber de aplicar la máxima del Derecho, que establece que frente a la misma razón debe aplicarse la misma disposición.

En efecto, según ha sido descrito, los hechos que dan lugar a uno y otro procedimiento son los mismos y lo único que diferencia la procedencia de uno y otro es la facultad discrecional de la autoridad, por tanto, una correcta aplicación del principio de razonabilidad exige la aplicación de la misma norma, en tanto busca regular una misma situación, que en los hechos consiste en dilucidar si un determinado proyecto debió ingresar a evaluación ambiental.

Sostener lo contrario, **implicaría afirmar que el procedimiento de requerimiento de ingreso y el procedimiento sancionatorio por elusión se basan en premisas de hecho diversas, lo que no responde a la realidad.** En razón de lo anterior, **el informe del SEA debe ser previo y obligatorio a la decisión de la SMA de sancionar por cargos constitutivos de elusión.**

Además, según se verá en el próximo apartado, esta aplicación lógica responde al diseño en que fue concebido el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, siendo el organismo encargo el SEA y, por lo mismo, el encargado de pronunciarse acerca del ingreso conforme lo estatuye la norma (según veremos).

3. Alcance y sentido de la aplicación del Informe.

Sobre la materia, y conforme adelantábamos, cabe hacer presente que el SEA es el órgano administrativo que detenta la potestad exclusiva y especializada para determinar la procedencia de evaluación ambiental de un proyecto, lo que queda de manifiesto no sólo en razón del artículo 3°

letra i) de la Ley 20.417, sino en tanto es el órgano que determina la pertinencia de ingreso a evaluación ambiental, de acuerdo al artículo 26° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

A mayor abundamiento, el Ord. N° 131456 del SEA, de fecha 12 de septiembre de 2013, que “*Imparte instrucciones sobre consultas de pertinencia de ingreso al SEIA*”, establece expresamente que “**el órgano competente para pronunciarse sobre si un proyecto o su modificación debe someterse al SEIA, es el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda**”.

Adicionalmente, según señala el instructivo citado, el Servicio de Evaluación Ambiental podrá solicitar informes a otros servicios. Sin embargo, tal solicitud debe ser específica y tratarse de materias respecto de las cuales dichos órganos tengan competencia, “**no pudiendo, en caso alguno, plantearse en términos de si el proyecto o la actividad en cuestión debe o no ingresar al SEIA, pues tal definición es de competencia exclusiva del Servicio de Evaluación Ambiental**”.

Es así que la normativa -en sus artículos 3 letra i) de la Ley 20.417 y 26 del Reglamento del SEIA- se encuentra acorde con las instrucciones dictadas por la Administración, en el sentido de que es el Servicio de Evaluación Ambiental -y ningún otro órgano administrativo- aquel con suficiente competencia y preparación para dirimir si un determinado proyecto debe someterse al SEIA.

4. Aun cuando se tratase de un informe facultativo, la Resolución Reclamada adolecería de un vicio por falta de motivación

Según ha sido señalado, el SEA es el órgano administrativo que tiene la potestad y especialización suficientes y necesarias para determinar cuándo un proyecto debió someterse a evaluación ambiental. En este orden de ideas, **el informe del SEA es un insumo necesario para que la Superintendencia de Medio Ambiente dicte una decisión motivada** relativa a un procedimiento de elusión o de requerimiento de ingreso.

Lo anterior reviste de especial relevancia, habida consideración de que la Superintendencia, al determinar discrecionalmente la sanción a aplicar -en el caso, sanción por elusión-, debió, al menos, requerir informe al SEA, con el objeto de dotar de fundamentos la Resolución Reclamada.

En efecto, según ha señalado la doctrina, “[...] *tradicionalmente los administrativistas están de acuerdo que debe existir especial motivación del acto en los siguientes casos: [...] 4) **cuando se aparta de un informe solicitado a otro organismo público, que, aunque no sea vinculante, exige una argumentación para explicar por qué se aparta de él;** [...] 7) *cuando se ejerce una potestad discrecional*”¹².*

¹² CORDERO VEGA, LUIS (2017) “La Motivación del Acto Administrativo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Revista de Estudios Judiciales*, N° 4, p. 239.

Frente a los mismos presupuestos de hecho, la Superintendencia tiene la potestad discrecional para determinar si procederá a dar inicio a un procedimiento de requerimiento de ingreso o un procedimiento sancionatorio por elusión.

Pues bien, aún en el supuesto de que S.S. Itma. estimase que el informe del SEA no resulta obligatorio para un procedimiento sancionatorio por elusión -lo que por cierto atentaría contra los principios referidos y las máximas del Derecho-; lo cierto es que **al tratarse de una facultad discrecional, la SMA tenía el deber y la obligación de fundar debidamente la Resolución Reclamada, informando las razones y motivos que le llevaron a desechar el requerimiento de informe al SEA** -organismo que según ha sido señalado, constituye la única autoridad que posee competencia exclusiva para determinar si un procedimiento debe ingresar o no a evaluación ambiental.

La absoluta falta de justificación para cambiar su parecer deviene en inmotivada y arbitraria su actuación, no bastando indicar que se trata de una potestad discrecional. Así, por lo demás, lo ha establecido la jurisprudencia en la siguiente emblemática sentencia¹³:

*“Séptimo. Que, a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de derecho en el que no hay margen -por principio- para el poder puramente personal. **Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario.** El razonamiento anterior tiene la fuerza incomparable de su universalidad, como que aparece reiterado en obras que circulan modernamente. Se citará de modo expreso sólo una, la de Tomás-Ramón Fernández, «Arbitrariedad y discrecionalidad», págs. 106 y 107 Editorial Civitas, Madrid, 1991.*

*Octavo. Que, aún más, el poder administrativo, y más concretamente el poder discrecional, es un poder eminentemente funcional en el caso de un Estado de Derecho. **Dicho poder funcional está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho sobre la base de unos hechos, actos y conductas dados.** Ese poder funcional, por último, está expresa y plenamente sometido a las normas de la Carta Fundamental, vale decir, mucho más allá de los límites más reducidos de un mero Decreto.*

*Noveno. Que, además, **para no incurrirse en arbitrariedad, la decisión discrecional «debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera».** Desde luego, «en los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado por la ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa. En cambio, en los discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión». Por lo dicho anteriormente es que la **Administración está obligada a «aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y***

¹³ Ver sentencia Excma. Corte Suprema Rol N° 16.790-1991

fines que la justifiquen. Lo que aparece citado textualmente en las líneas precedentes corresponde a fragmentos de sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de España, y que son de las fechas que en seguida se indican: 29 de noviembre de 1985, 7 de febrero de 1987, 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985 (Ver Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia, Pamplona, España)”

De lo anterior se desprende que la potestad discrecional debe encontrarse debidamente fundada para no devenir en arbitraria. En este sentido, la **Corte Suprema ha establecido la relevancia de requerir informes a órganos especializados, estableciendo que su carencia deviene en una necesaria falta de motivación o fundamentación**, al contravenir el principio de razonabilidad y de probidad establecidos en la Constitución artículo 8º y artículos 11 y 41 de la Ley 19.880. Así, ha señalado que¹⁴:

“Por lo anterior, [...] al aprobar el Plan de Cierre Temporal Parcial, **no parece que el acto impugnado se haya fundado o esté revestido de mérito suficiente, ya que Sernageomin al menos debió [...] escuchar la opinión del órgano técnico especializado [...], por lo que en atención a lo expuesto sólo cabe concluir que la conducta desplegada por ese órgano administrativo es arbitraria, pues aparece como una actuación desprovista de sustento [...]**”

Según señala Luis Cordero en comentario a la citada sentencia de la Corte Suprema, “[...]Sernageomin no podía utilizar su norma sectorial para aislar la obligación de incorporar la mayor cantidad de antecedentes para su decisión. **La consulta a otro organismo público no vincula a la decisión de quien la hace, pero es condición esencial de validez para completar la motivación del acto administrativo. Ese es el resultado final del razonamiento de la Corte**”¹⁵.

En el mismo lineamiento, y en sentencia, de este año. La Excma. Corte Suprema ha indicado¹⁶:

“Octavo: Que lo anterior **cobra mayor importancia en los procesos ambientales, porque la prueba rendida, por regla general, es de carácter técnico, atendida la naturaleza del conflicto. Por tanto, es mediante ésta que, en la mayoría de los casos, se logra establecer el estándar de cuidado que exige el legislador para los efectos de sancionar la concurrencia de un acto ambientalmente contrario a la norma [...], deberá ser develado a la luz del procedimiento en el cual se dicta y los informes técnicos [...]** razón por la que **su ponderación, en la forma expuesta, constituye un requisito sine qua non para establecer las obligaciones a las que se debe someter el titular de un proyecto**

[...]

Asentadas las ideas expuestas precedentemente, se advierte que cuando la SMA interpreta la RCA y los demás antecedentes citados, con el fin de ajustarla a los hechos que constata [...] **es indispensable que la exégesis que se haga de los antecedentes deba incluir los**

¹⁴ Ver sentencia Excma. Corte Suprema, Rol N° 58.971-2016, sentencia de 13 de marzo de 2017.

¹⁵ Cordero Vega, Luis (2017) “La Motivación del Acto Administrativo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Revista de Estudios Judiciales*, N° 4, p. 243.

¹⁶ Ver sentencia Excma. Corte Suprema Rol N° 4.308-2021

informes técnicos que permitan determinar la obligación actualizada del titular, para evaluar su cumplimiento.

En razón de lo anterior, la **Resolución Reclamada adolece de una manifiesta falta de motivación, al haber omitido oficial al Servicio de Evaluación Ambiental para emitir la decisión sancionatoria, único órgano que tiene competencia y especialización suficientes para emitir una opinión fundada respecto a la procedencia de evaluación ambiental del proyecto.**

II. DE IGUAL MODO, LA RESOLUCIÓN RECLAMADA AFECTA EL DEBIDO PROCESO AL PERMITIR A LA SMA RECLASIFICAR LOS CARGOS PRIVANDO A MI REPRESENTADA DE PRESENTAR PDC RESPECTO DEL CARGO N°5.

1. DE LOS ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES DEL VICIO DENUNCIADO.

En la formulación de cargos del expediente consta que el Cargo N°5 imputado a mi representada tuvo una doble calificación, a saber: **(i) gravísima** por tratarse supuestamente de un proyecto en situación de elusión al SEIA que produciría los efectos del art. 11 literal b) de la Ley N° 19.300, de acuerdo con el art. 36 literal f) de la LOSMA; y **(ii) grave** por, supuestamente, **haber causado daño ambiental** susceptible de reparación según el art. 36 N°2 literal a) de la LOSMA.

Los motivos por los cuales la SMA estimó que la infracción imputada habría producido daño ambiental constan en los Considerandos N° 43 a 48 de la resolución mencionada.

Así indica *“de los antecedentes del presente procedimiento, se constata que la empresa ha generado daños en el cauce del río Cachapoal y ha puesto en riesgo a la población producto de estos [...]”*, basándose para ello en los informes de fiscalización ambiental elaborados por la SMA y remitidos a ella por parte de la DGA y la DOH.

Dichos daños, de acuerdo con la formulación de cargos habrían consistido *“una degradación general en el cauce del río Cachapoal en aproximadamente 3 kilómetros lineales emplazados entre el puente de la ruta panamericana y el de “By pass” (ex ruta 5) constatada a través de los cambios producidos en la cota del lecho, modificación del eje hidráulico del río, daños en las defensas fluviales¹⁷”*.

Añade la resolución citada que *“respecto a la significancia, es posible indicar que la sobre explotación del recurso áridos realizada por Áridos Cachapoal Ltda., (...), genera un riesgo que atenta contra la estabilidad del puente “by pass” y sobre la población protegida por las defensas fluviales dañadas, situación que se considera de alta relevancia ambiental por las consecuencias que conllevaría el hecho de materializarse una afectación sobre el medio físico de la zona o sobre la vida y salud de la población que habita en sectores aledaños a la misma¹⁸”*, y que *lo anterior, debido a que la explotación del lecho no regulada, trae por consecuencia un grave deterioro a las condiciones de los cauces naturales, a las condiciones de escurrimiento y a las obras de infraestructura periférica [...]”*.

¹⁷ Formulación de cargos del expediente, p.22

¹⁸ Formulación de cargos del expediente, p.22

Sin embargo, con posterioridad a la formulación de cargos se constaron nuevos antecedentes, los que si bien permiten corroborar las circunstancias del artículo 11 del artículo de la Ley N° 19.300 (manteniendo la calificación gravísima por elusión), permitieron, a su turno, descartar el daño ambiental.

En efecto, para ello fue particularmente relevante la Minuta Técnica DGA, asociada al Ord. N° 280 DGA, de fecha 31 de mayo de 2018, minuta que da cuenta de la inspección del día 25 de mayo de 2018 (todo ello posterior a la formulación de cargos) y que como indica la resolución sancionatoria “*constata los siguientes hechos relevante: i) La existencia de obras de desvío del escurrimiento del río Cachapoal hacia la ribera sur; ii) La existencia de obras de toma del escurrimiento para hacer uso del recurso hídrico al interior de la planta y iii) La existencia de un polígono de extracción de áridos frente a la planta de procesamiento de la empresa*”

En virtud de tales nuevos hallazgos, así como otros indicados en la resolución sancionatoria, se constató la supuesta elusión y los efectos del artículo 11° de la LBMA, pero se descartó la existencia de daño ambiental, ello al dar cuenta estos nuevos antecedentes y hechos que los efectos ambientales no tenían la significancia originalmente atribuida. En efecto se indica:

“Finalmente, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente en relación a la clasificación como gravísima, cabe indicar que, respecto a la imputación relativa a la existencia de daño ambiental como producto de las actividades realizadas por Áridos Cachapoal al margen del SEIA, en el caso concreto, éstos no alcanzan el estándar de significancia que, en virtud de la jurisprudencia y la doctrina, se requiere para la concurrencia de daño ambiental. En razón de lo anterior, se desestima la imputación relativa al numeral 2 letra a) del artículo 36 de la LOSMA, en virtud de la cual se clasificó el Cargo N°5 como grave, por haberse causado daño ambiental, persistiendo la causal establecida en el numeral 1 letra f) del artículo 36 de la LOSMA¹⁹.”

Lo anterior implica que, el Cargo N°5 nunca tuvo el carácter o la entidad de generar un daño ambiental y que ello pudo ser clarificado al existir antecedentes fácticos nuevos los que al ser considerados modificaron sustancialmente la calificación jurídica.

Sin embargo, recién en la resolución sancionatoria que puso término al procedimiento sancionatorio fue considerada esta circunstancia, privando a mi representada de presentar acciones para hacerse cargo de la infracción y de sus efectos reales, los que no incluían la generación de daño ambiental.

Que, mi representada alegó tal indefensión en el recurso de reposición, dando cuenta que se había ejercido discrecionalmente la facultad de reclasificar los cargos al no respetarse los límites inherentes a esta, basados fundamentalmente en el derecho de defensa y la congruencia.

¹⁹ Res. Ex. N° 730/2020, Consid. 199

No obstante, ello fue descartado por la Superintendencia en razón de los siguientes argumentos: (i) Que la Superintendencia **posee facultad de reclasificar una infracción**, sin ser requerida una nueva formulación de cargos; y que (ii) En los hechos, **el PDC fue finalmente rechazado**, razón por la que sería irrelevante la reclasificación efectuada.

2. **DE LA FACULTAD DE RECLASIFICAR LA INFRACCIÓN Y SU EJERCICIO ARBITRARIO EN EL CASO DE AUTOS.**

Sobre esta materia cabe precisar que, la materia que se sometió a reposición no fue la potestad de la Superintendencia de reclasificar una infracción, **sino la consecuente indefensión provocada a mi representada provocada por el ejercicio de dicha potestad en forma discrecional.**

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicionalmente han esgrimido la aplicación de los principios del Derecho Penal y del Ius Puniendi del Estado al Derecho Administrativo, especialmente en materia sancionatoria. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que²⁰:

*“[...] teniendo en cuenta que el asunto no encuentra solución en una disposición legal expresa, resulta apropiado acudir a lo que se ha indicado en torno a la finalidad y **naturaleza de las sanciones administrativas**, como acerca de los principios que inspiran el denominado Derecho Administrativo sancionador. Tal como se ha señalado por la justicia constitucional, si bien las **sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado ius puniendi estatal– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el N° 3° del artículo 19 de la Carta Política.** Desde luego, en el aspecto analizado y ante el vacío legal, resulta posible aplicar los principios generales que informan el derecho penal al ámbito de las sanciones administrativas [...]”*

Como indica la Corte Suprema, en virtud de la aplicación del Ius Puniendi del Estado al Derecho Administrativo Sancionador, se hacen extensibles las garantías constitucionales del debido proceso consagradas en el artículo 19 N° 3° de la Carta Política a los procedimientos administrativos sancionadores, como el de materia de autos.

Precisamente, uno de los principios que informa el debido proceso, es el **de contradictoriedad o derecho a la defensa del administrado**. Este derecho se verá vulnerado si la autoridad, en el uso de sus facultades discrecionales, procede a reclasificar una determinada infracción que incidirá en las infracciones sancionadas.

La Corte Suprema se ha pronunciado sobre este principio en material penal, aplicable a autos según ha sido señalado, de la siguiente manera²¹:

“Que el análisis detenido de la sentencia, en especial de las secciones reproducidas precedentemente, pone de manifiesto que el sustrato fáctico de la acusación [...] fue excedido ampliamente, vulnerándose la concordancia o correspondencia impuesta como límite infranqueable a la decisión condenatoria,

²⁰ Corte Suprema, Rol 1855-13, sentencia de fecha 13 de junio de 2013.

²¹ Corte Suprema, Rol N° 69.753-2021, sentencia de fecha 23 de junio de 2022.

pues las particularidades del hecho y participación de la acusada que se dieron por probados, conducentes a calificarlos de determinada manera, difieren de la acusación propuesta por el persecutor y del acusador particular, cercenando, finalmente, el derecho de defensa de que es titular todo inculpado de un delito.

Siguiendo el criterio de la Excma. Corte Suprema, en los hechos la reclasificación de la infracción efectuada por la SMA da lugar a una variación en los supuestos sobre los que se sustenta la formulación de cargos y la posterior resolución sancionatoria, **cuestión que necesariamente provocará indefensión al sujeto sancionado, en tanto no le ha sido permitido hacer uso legítimo de una herramienta establecida por el legislador** para casos como el que abarca el Cargo N°5, como lo es la presentación de un PDC.

A mayor abundamiento, según ha sido señalado, **no es el ejercicio de la potestad discrecional lo sometido a reclamación, sino el ejercicio arbitrario de esta potestad.** En este sentido, cabe señalar que la **potestad discrecional ejercida por la autoridad administrativa sin sujetarse a ciertos límites deviene en arbitraria.**

En el caso de autos, es claro que la autoridad debió aplicar los principios inspiradores del debido proceso -particularmente el **derecho a la defensa y el principio de congruencia-**, otorgando al administrado la posibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento que abarcara la totalidad de los cargos efectuados, por cuanto el Cargo N° 5 jamás cumplió con los supuestos configurativos del daño ambiental.

Al haberse incurrido en una errónea calificación jurídica por parte de la Administración, **esta debió haber subsanado el error, reformulándose los cargos permitiendo ello presentar un PDC,** ello con el objeto de no causar indefensión, pues implicaría una vulneración directa al artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Que tal cuestión ha sido **zanjada en múltiples ocasiones por la jurisprudencia.** Así, a modo de ejemplo, el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental (en sentencia confirmada por la Excma. Corte Suprema) indicó²²:

“SEXTO. Que la recalificación de la gravedad de la infracción de leve a grave, no se encuentra ajustada a derecho en la Resolución Consultada. En efecto, conforme al art. 54 inciso 3° de la LOSMA “Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”. Tal como se expuso en el considerando precedente, la SMA incluyó, para agravar la clasificación de la infracción, dos mediciones realizadas “en el marco del proceso sancionatorio Rol D-044-2019” (fs. 364), que fueron decretadas y agregadas al expediente sancionatorio cuando los cargos ya habían sido formulados. Estas mediciones constituyen hechos nuevos que no fueron incluidos en la formulación de cargos que dio inicio a la etapa sancionatoria del procedimiento. Con la misma finalidad, además se valoraron diagnósticos médicos del denunciante y su nieto, del año 2019,

²² Ver sentencia Iltmo. Tercer Tribunal Ambiental Rol N° C-1-2020.

que a su turno motivaron durante el procedimiento la adopción de medidas provisionales por parte de la SMA, las que habrían sido incumplidas.

SÉPTIMO. Que la reformulación de cargos ha sido definida como “el acto administrativo dictado por el fiscal instructor o la autoridad sancionadora, luego de haberse formulado cargos y antes de la resolución de término, que tiene por objeto modificar el contenido de los cargos formulados al presunto infractor, a saber, hechos, sanción o calificación jurídica” (Osorio, Cristóbal: “Manual de procedimiento administrativo sancionador”, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, p. 680). En consecuencia, **el Tribunal considera que, si la reclasificación de la gravedad se motiva en hechos nuevos, tal como se señaló en el considerando anterior, la SMA debía reformular los cargos para dar cumplimiento al principio de congruencia.**

OCTAVO. Que **soslayar la debida reformulación de cargos, a partir de los hechos nuevos constatados con posterioridad al inicio del procedimiento, afectó la congruencia que debe observar la resolución sancionatoria y causó indefensión al sancionado, desde que este se vio imposibilitado de formular descargos o proponer un mecanismo de incentivo al cumplimiento previsto en la ley; del mismo modo que tuvo la oportunidad de presentar con ocasión de la formulación del cargo clasificado En consecuencia, podrá modificarse la clasificación de la infracción, siempre que los hechos y antecedentes en que se funde permanezcan sin variaciones.**”

3. **DEL VICIO DE ILEGALIDAD EN EL CASO CONCRETO.**

Que, según lo expuesto, mi representada fue formulada de cargos el 27 de marzo de 2018, imputándosele el cargo N° 5, el cual fue calificado como grave por **supuesto daño ambiental reparable.**

Ello forzó a que presentase, con fecha 14 de mayo de 2018, un Programa de Cumplimiento con un plan de acción para hacerse cargo de las infracciones **N°s 1 al 4, exceptuando expresamente el Cargo N° 5,** por haber sido determinado por la SMA que, respecto de éste, los hechos constituirían daño ambiental.

Lo anterior, por cuanto la Guía para la presentación de programas de Cumplimiento de la SMA excluye de la posibilidad de presentar este programa **“en caso de infracciones que hayan causado daño ambiental, sea éste susceptible, o no, de reparación”²³.**

Como podrá US. Iltma. concluir, de haberse formulado originalmente el Cargo N°5 desestimando la generación de daño ambiental, esta parte habría podido presentar, desde un inicio, un Programa de Cumplimiento completo respecto de todas y cada una de las infracciones a ella imputadas.

Lo anterior reviste de la mayor relevancia por cuanto de acuerdo a la Res. Ex. N° 9 del presente expediente, mi representada ofreció acciones para hacerse cargo de la Infracción N° 1 así como de

²³ Guía SMA para la presentación de Programas de Cumplimiento (2018), p.6.

sus efectos ambientales negativos declarados, los que incluyeron “... *un efecto de afectación en el libre escurrimiento en las secciones de los brazos del cauce que se presentan en el sector del río (...) erosión en algunos sectores de los bordes ribereños del sector sur cambiando la sección típica definida para ese brazo del cauce. Con los cambios del libre escurrimiento de las aguas, se genera un efecto en el cambio de las condiciones de hábitat para la biota acuática distintas a la prevista con una intervención adecuada, con lo cual las especies se deben movilizar y buscar nuevas zonas de hábitat, para su sobrevivencia*²⁴.”.

Este efecto declarado por el Titular, y aceptado por la SMA respecto del cargo N°1 es casi idéntico a los efectos descritos por la SMA en la formulación de cargos para el Cargo N°5 para justificar la supuesta existencia de daño ambiental. No obstante, pudieron ser abordados por esta parte en un Programa de Cumplimiento, cuestión que también pudo haber ocurrido respecto del Cargo N°5 si es que éste no hubiese sido calificado de la forma en que lo fue en la formulación de cargos.

Ahora bien, **con posterioridad a la formulación de cargos**, se efectuaron **nuevas diligencias probatoria**, particularmente relevante la nueva inspección de la DGA en mayo de 2018. Dichas **nuevas diligencias probatorias arribaron a nuevos antecedentes** y ello consecucionalmente derivó en que **se acredite la generación de los efectos del artículo 11 de la LBMA**, pero, a su turno, **se descarta la ocurrencia de daños ambientales**, de que los nuevos antecedentes permitieron corroborar hechos que no tenían la significancia establecida por ley.

En razón de **estos nuevos hechos constatados con posterioridad a la formulación de cargos**, la resolución sancionatoria procedió a **reclasificar el cargo y dejó sin efecto su clasificación de grave al no existir daño ambiental**.

Sin embargo, la SMA ante este yerro en la calificación jurídica, **el cual privó a mi representada de presentar el PDC, no procedió a reformular cargos** y con ello, **arbitrariamente**, la privó del ejercicio de un derecho que le confiere la ley.

Pues bien, como es de su conocimiento, una vez que se formulan cargos en un procedimiento sancionatorio sujeto a la LOSMA, el administrado tiene dos opciones: (i) presentar descargos contravirtiendo las imputaciones, o bien, (ii) acogerse al beneficio legal del PDC mediante la proposición a la SMA de acciones para volver a la situación de cumplimiento normativo y hacerse cargo de los efectos ambientales negativos generados por sus infracciones.

Al entregar el art. 42 de la LOSMA esta alternativa a la presentación de descargos, se eleva a la instancia de **presentación del PDC a una etapa esencial del procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la SMA**, por lo que su omisión o la imposibilidad de presentar un PDC respecto de todos y cada uno de los hechos imputados, en los términos de los arts. 13 y 15 de la Ley N° 19.880, de Bases del Procedimiento Administrativo (en adelante, LBPA) constituye un **“vicio de procedimiento que afecta la validez del acto administrativo al recaer en un requisito esencial del mismo y genera un perjuicio al interesado, consistente en la indefensión”**.

²⁴ Efectos ambientales negativos declarados por el Titular en su PDC refundido, de acuerdo a Res. Ex. N°9, Consid. 35.

De la misma manera, la Corte Suprema ha fallado que:

*“El tenor literal de la norma transcrita (art. 42 de la LOSMA) da cuenta de que **la presentación de un programa de cumplimiento constituye una forma extraordinaria de suspender el procedimiento sancionatorio ya iniciado, por la vía de incentivar que el infractor subsane las transgresiones que han sido objeto de los cargos.** Por tanto, teniendo en consideración que la ejecución del plan traerá consigo la conclusión del proceso, debe entenderse que **necesariamente las medidas que se adopten en él deben abarcar todas y cada una de las conductas vulneratorias de la normativa ambiental y la consiguiente desaparición del riesgo de daño al medio ambiente o a la salud de las personas que generan las conductas transgresoras**²⁵.”*

El efecto de haber calificado el Cargo N°5 como grave imputándole la presunta ocurrencia de daño ambiental tuvo como efecto directo que la finalidad del proceso sancionatorio de autos respecto de dicho Cargo **sea estrictamente punitiva y no mitigatoria o reparatoria del medio ambiente**, contraviniendo el fin último de este tipo de procedimientos, tal como la Corte Suprema lo ha estimado indicando que:

*“... el procedimiento administrativo, en tanto sucesión de actos que tienen por objeto la emisión de un acto administrativo terminal, tiene como sustento último el principio de servicialidad, dispuesto en el artículo 1° de la Carta Fundamental, esto es, el concepto de que los órganos del Estado se hallan al servicio de la persona (...). Sobre esta base se puede afirmar que el **procedimiento administrativo debe tramitarse en condiciones de servir a aquella finalidad para la cual se ha establecido.** Específicamente, el procedimiento administrativo sancionador **en materia ambiental tiene como objetivo último el resguardo al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección al medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental (artículo 1° Ley N° 19.300) para cuyo efecto la imposición de multas es un medio y no un fin en sí misma**²⁶”.*

Sin perjuicio de haberse presentado un PDC por esta parte, la errónea calificación del Cargo N°5 -circunstancia que quedó de manifiesto en el Considerando 199 de la resolución sancionatoria-, produjo que este instrumento de incentivo al cumplimiento no pudo contemplar un plan de acciones para una infracción que nunca tuvo la entidad de generar daño ambiental y que, por consiguiente, nunca tuvo el impedimento de ser objeto de las acciones de un PDC.

Cabe indicar que, **estas conclusiones no se ven alteradas por el hecho de que el PDC fuese rechazado posteriormente**, desde que es imposible saber cual hubiese sido el contenido del PDC que se hubiese presentado de haberse incluido el cargo N° 5.

En efecto, el cargo N° 5 cuantitativamente representa casi 10 veces el monto de las demás multas, por lo que los esfuerzos comprometidos y la calidad del PDC hubiese sido sustancialmente diferente.

²⁵ *Antofagasta Terminal Internacional con SMA (2017): Corte Suprema, 6 diciembre 2017, rol N°88948-2016, Consid.20°.*

²⁶ *Antofagasta Terminal Internacional con SMA (2017): Corte Suprema, 6 diciembre 2017, rol N°88948-2016, Consid.21°.*

En atención a lo expuesto, queda claramente expuesto el presente vicio de ilegalidad, el que se configuró al impedirle a mi representada presentar un PDC íntegro (incluyendo el cargo N° 5), ello en virtud de una clasificación original errada y cuya alteración basada en antecedentes nuevos no dio origen a una reformulación de cargos, vulnerando el principio de congruencia y el derecho a defensa.

III. EL ACTO IMPUGNADO PERSISTE EN LA ILEGALIDAD AL INCURRIR EN UN ERROR DE DERECHO, APLICANDO EN EL CASO FÁCTICO CONCRETO UNA CONDUCTA INFRACCIONAL QUE NO CORRESPONDE (ELUSIÓN EN VEZ DE INCUMPLIMIENTO DE LA RCA).

Conforme se verá en este apartado, en el cargo N°5 debió imputarse **un incumplimiento a la RCA** y **no elusión al SEIA**, desde que **existe un solo Proyecto que incumplió las condiciones establecidas en la autorización ambiental** y, por el contrario, **no hay un nuevo Proyecto paralelo**, según se explicará.

La única hipótesis de elusión que podría haberse configurado (pero no fue planteada), habría sido el **haberse efectuado una modificación sustancial al Proyecto aprobado sin ingresar al SEIA**.

En cambio, la formulación de cargos, en forma implícita (incluso confusa), equivocada y artificiosamente da a entender el desarrollo de un Proyecto distinto e individual y que por sí supera en las áreas de explotación los umbrales para configurar las tipologías de ingreso.

La resolución sancionatoria persiste en esta equivocación y, a su turno, la resolución recurrida abala ello en vez de corregirlo. En efecto, esta última resolución aborda este aspecto en los considerandos N° 128 a 149. Indica:

*“133. En esta línea, resulta relevante destacar que, conforme lo constatado por este servicio, **a fin de configurar la elusión al SEIA, la distinción de áreas resulta irrelevante debido a que tanto las extracciones realizadas dentro del cauce, como aquellas realizadas fuera de éste, analizadas umbrales del ingreso al SEIA establecidos para cada caso. Por lo tanto, dada la magnitud de los volúmenes extraídos, no es posible considerar que la infracción corresponde a un incumplimiento de la RCA N° 182/2022.** La siguiente imagen ilustra los polígonos de extracción autorizados y los polígonos no autorizados que se tuvieron en cuenta para efectos de configurar el cargo.”*

Posteriormente en los considerandos siguientes simplemente se dedica a acreditar como se superaría el umbral de ingreso al SEIA en cada una de las áreas extractivas.

En lo tocante al argumento que **la SMA habría formulado cargos por incumplimiento de RCA a otras empresas de áridos por hechos idénticos**, se limita a señalar que **sería parte de sus potestades discrecionales** que le permitirían decidir caso a caso (sin especificar que antecedentes le harían distinguir uno u otro cargo). Así estatuye:

137 Por lo demás, importa destacar que el hecho que esta Superintendencia haya formulado cargos por elusión en contra de la empresa se fundamenta en la potestad sancionatoria y la facultad discrecional que detenta como servicio y también, en los antecedentes latamente detallados en la resolución sancionatoria y confirmados en este acto, En dicho sentido, resulta improcedente la alegación del titular basada en el análisis comparativo respecto de otros procedimientos sancionatorios contra empresas de áridos en que la SMA habría formulado cargos por infracción a la RCA ante extracciones fuera del área autorizada y con excedencia de los volúmenes aprobados. Así, tanto respecto del procedimiento Rol D-090-2018 como el procedimiento Rol F-055-2014, que indica el titular, se basan en antecedentes de hecho diferentes al caso en análisis y por lo cual justifica que la SMA haya formulado cargos de distinta naturaleza en cada caso y clasificado la correspondiente infracción como se hizo.

138. Lo anterior, también aplica respecto de los procedimientos sancionatorios de piscicultura que indica el titular, si bien los cargos que mencionan están asociados a hechos infraccionales consistentes en haber ejecutado proyectos fuera del área autorizada, la diferencia de razonamiento al imputar el cargo obedece a otros antecedentes y circunstancias, que se evalúan caso a caso. Por lo tanto, es completamente inadecuada e improcedente la dicha alegación”.

De lo expuesto por la resolución impugnada, así como de la resolución sancionatoria original, se extrae que la SMA, **en uso de supuestas potestades discrecionales**, ante una extracción que supere los volúmenes que constituyen umbrales de ingreso al SEIA **puede optar caso a caso (sin especificar los elementos fácticos para sustentar dicha opción) si imputar una infracción por elusión o por incumplimiento de la RCA.**

Lo cierto, y conforme se expondrá, ello es equivocado por las siguientes razones:

- 1.- La **configuración de la conducta infraccional es una potestad absolutamente reglada no discrecional**, la ley determina cuando se produce la conducta infraccional en forma estricta conforme el **principio de tipicidad**.
- 2.- En la especie **se reconoce la existencia de un único Proyecto reglado por RCA.**
- 3.- En caso de no respetarse las condiciones fijadas en la RCA, ello configura un **incumplimiento de la RCA**. La **única forma de configurarse una elusión existiendo un Proyecto reglado por RCA**, es que dicho proyecto **haya sufrido cambios de consideración que conllevaban su ingreso al SEIA**, cuestión que jamás fue planteada en la formulación de cargos, ni en la resolución sancionatoria, ni tampoco en el acto impugnado.

1. **LA DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA, ASÍ COMO EL TIPO INFRACCIONAL ES UNA POTESTAD REGLADA. PRINCIPIO DE TIPICIDAD.**

Conforme indica el profesor Eduardo Cordero “*estrechamente vinculado con el principio de legalidad, pero con elementos que permiten marcar algunas diferencias, **el principio de tipicidad** ha sido también proclamado con uno más de **los principios a los que debe someterse el Derecho administrativo sancionador***”²⁷.

En tal sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha indicado:

“Este principio, universalmente reconocido, surge como suprema protección de los derechos del individuo, ya que asegura al hombre la facultad de actuar en la sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos”[...] la función de garantía ciudadana del principio de tipicidad –el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sanciona– **se cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma**”²⁸.

Complementando lo anterior, señala la académica Rosa Gómez “*en primer lugar, existen **elementos reglados cuya consideración es esencial**. Así, para que una autoridad ejerza su poder punitivo, **la ley debe regular su núcleo esencial, conforme al cual la atribución debe estar establecida en una norma de rango legal** (reserva legal) y, además, **la conducta infraccional y la sanción junto con su extensión deben estar dispuestas previamente en una ley (tipicidad)**, pero sin impedir la concurrencia de la potestad reglamentaria de ejecución. Estas exigencias regladas mínimas de predeterminación normativa también han sido sostenidas por Contraloría General de la República, la cual ha señalado que toda potestad, como lo es la sancionadora, debe ser atribuida por el legislador a la Administración. En suma, **tanto el poder sancionador como su ejercicio son atribuciones reguladas por ley***”²⁹.

Por lo mismo, **configurado el hecho típico no existe discrecionalidad alguna de la administración**, ni para ejercer o no la potestad punitiva y, menos aún, para seleccionar el tipo infraccional, según plantea la SMA.

En tal sentido, las ocasiones en que la ley excepcionalmente permite prescindir de la imputación de una determinada conducta infraccional, como lo es el principio de oportunidad, son excepcionalísimas y deben ser justificadas.

Así, por lo demás, lo ha expresado el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental:

“**VIGÉSIMO CUARTO.** *Que, de forma similar, y enfrentados a sistemas legales donde no existe regla expresa sobre principios de legalidad y de oportunidad, autores foráneos han sostenido que «[...] en modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración»* (García de Enterría, E. y Fernández, T. Ramón. (2008) *Curso de Derecho*

²⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014) “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), N° 42, pp. 415.

²⁸ Ver sentencia Excmo. Tribunal Constitucional Rol N° 244-1996.

²⁹ GÓMEZ GONZÁLEZ, ROSA (2020) “Discrecionalidad y Potestades Sancionadoras de la Administración”, en *Ius Et Praxis*, vol. 26, N°2, pp. 201 y 202.

Administrativo, 11a edición, vol. II, Madrid, Editorial Cívitas, p. 191); y que «[...] La vulneración frontal del principio de legalidad que provoca aceptación de la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es evidente, pues la aplicación de la norma, con la imposición de la sanción correspondiente, ya no se deriva exclusivamente de la realización de las conductas establecidas en la norma, sino que se incorpora también, como condición necesaria, una decisión de la Administración no vinculada por la predeterminación normativa de los ilícitos y su sanción» (Lozano Cutanda, B. (2003). El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. Revista de Administración Pública, N° 161, p. 95).

*VIGÉSIMO QUINTO. Que, además, como señala el profesor Luis Cordero, **«[...] la discrecionalidad no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad de la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente.** La discrecionalidad no puede entenderse como la consecuencia de una laguna de ley, cuyo silencio permite la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere» (Cordero Vega, L. (2015), Lecciones de Derecho Administrativo, p. 84) [...]*³⁰

De lo expuesto se extrae que, la SMA se equivoca al plantear que, en atención a sus potestades discrecionales, puede optar caso a caso que tipo infraccional imputar (si incumplimiento de la RCA o elusión al SEIA).

Lo cierto es que tal “*opción*” la efectúa la ley en atención a la conducta infraccional que se presenta, si se configura uno u otro tipo infraccional. Ello sólo da cuenta que la SMA, **no ha sabido distinguir claramente cual tipo infraccional se ha configurado.**

A juicio de la SMA, equivocadamente, para que exista **elusión** basta que: a) La RCA no haya regulado expresamente la zona donde se realiza la extracción y b) En dicha zona individualmente se haya sobrepasado individualmente el umbral para configurar la tipología de ingreso conforme el RSEIA.

La autoridad administrativa pasa por alto el elemento esencial para distinguir si se configura una elusión o un incumplimiento de la RCA, esto es, **si la actividad** (en este caso extractiva) **forma parte de un único Proyecto o no.**

De lo contrario, y siguiendo la teoría aplicada por la SMA en el presente caso, existirían tantos proyectos como zonas de extracción, cuestión evidentemente errónea, y se requerirían múltiples autorizaciones ambientales.

El **criterio de la unidad de proyecto** fue, por lo demás, recogido por la propia SMA en, a lo menos, **7 sancionatorios** referentes pisciculturas, los cuales **también tenían RCA e igualmente la explotación fuera del polígono configuraba individualmente una tipología de ingreso.** Estos son:

³⁰ Ver sentencia del 3TA Rol N° R-18-2019.

Proc. Sancionatorios contra Pisciculturas por infracciones fuera de sus áreas concesionadas que configuraban tipología de ingreso.			
N°	Caso	Cargo	Instrumento
1	Rol N°D-066-2020, “CES y Cultivo de Mitílicos Puerto Curtze Isla Riesco RNA N°120051” de Pesca Suriberica S.A.	N°1: “Emplazamiento de estructuras del proyecto fuera del área de concesión otorgada , consistentes en: - Dos balsas jaulas de cultivo de salmónidos; - El 97 % de los módulos de cultivo de mitílicos norte, y - El 47,8 % de los módulos de cultivo de mitílicos sur”.	RCA N°41/2007. https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2206
2	Rol N°F-007-2018, “CES Seno Gala RNA: 110734” de Exportadora los Fiordos Ltda.	N°2: “El 60 % de las balsas jaulas están ubicadas fuera de la concesión , y la plataforma de ensilaje se encuentra a 120 metros del área concesionada , según lo constatado en inspección del 26 de marzo de 2015”.	RCA N°54/2011. https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1688
3	Rol N°F-015-2018, “CES S/I Oxxean – 6” de Exportadora los Fiordos Ltda.	N°2: “En inspección del 04 de agosto de 2017, se constató que la plataforma de materiales del Centro se encuentra posicionada 141 metros fuera del área concesionada ”.	RCA N°357/2011. https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1713
4	Rol N°F-020-2018, “Centro de Cosecha Acuínova” de Mowi Chile S.A.	N°4: “Balsas de acopio de salmones (balsas jaulas) se encuentran instaladas en un 85% fuera del área concesionada ”.	RCA N°544/2003. https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1736
5	Rol N°F-046-2017, “Ces Ester RNA 110721” de Invermar S.A.	N°1: “Ubicación de la plataforma flotante y de la plataforma de ensilaje fuera del área concesionada contemplada para el desarrollo del proyecto de acuerdo a sus resoluciones de calificación ambiental”.	RCA N°340/2005. https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1623
		N°2: “Existencia de 9 estructuras de apoyo para las actividades de cultivo no evaluadas ambientalmente y que se ubican fuera del área concesionada contemplada para el desarrollo del proyecto de acuerdo a sus resoluciones de calificación ambiental”.	RCA N°340/2005.
6	Rol N°F-003-2017, “CES Norte Punta Darsena Seno Skyring	N°1: “La plataforma de ensilaje y el pontón del centro se encuentran ubicados fuera del área de concesión acuícola otorgada, aproximadamente a unos 513 metros de su	RCA N°167/2012. https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1623

	RNA N°120109” de Cermaq Chile S.A.	vértice A y unos 84 metros de su límite A-B, respectivamente”.	ionatorio/Ficha/1497
7	Rol N°F-003-2013, “Centro de Engorda Francisco Norte” de Exportadora los Fiordos Ltda.	N°5: “Ubicación de balsas jaula, sistema de ensilaje y pontón flotante, fuera del área concesionada ”.	RCA N°148/2012. https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/5

Lo mismo ocurrió respecto de sancionatorios vinculados a **proyectos de áridos**:

- En el expediente **D-090-2018**, coetáneo al inicio del sancionatorio de autos, se formularon cargos a Agua Santa S.A., por **“Extraer áridos fuera del área autorizada, interviniendo un área adicional de 15,9 hectáreas”**, correspondiente, según la FDC de dicho proceso en **977.881 m³ de volumen extraído**³¹ en el cauce del río Maipo.

Pese a la similitud de los hechos, el Cargo N°1 de la FDC citada **imputó infracciones a las condiciones de aprobación de las RCA** del proyecto fiscalizado en lo concerniente al área aprobada para su extracción y **no le imputó un cargo por elusión, pese incluso a la cantidad de volumen extraído**.

- Asimismo, en el proceso F-055-2014, se formularon cargos a OHL S.A., por **“Realizar extracción de áridos en una superficie mayor a la autorizada en la Resolución de Calificación Ambiental.”, sin siquiera proceder a calcular el volumen extraído** fuera de la superficie aprobada e imputando infracciones a los considerandos respectivos de la RCA que habilitan a extraer áridos dentro de un área específica.

El razonamiento que se encuentra detrás de todos y cada uno de estos procedimientos sancionatorios es que **se trata del mismo Proyecto aprobado por RCA**, por lo tanto, en principio sería irrelevante el mayor volumen extractivo, **salvo como veremos más adelante que se plantee la existencia de una modificación sustancial del Proyecto** (única hipótesis posible que un Proyecto con RCA se encuentre en elusión de ingresar al SEIA).

2. **ESTAMOS EN PRESENCIA DE UN ÚNICO PROYECTO QUE CUENTA CON RCA.**

A) **La unidad de Proyecto se desprende de los propios criterios fijados por la SMA.**

Primeramente, hemos de despejar que se debe entender por “Proyecto concepto que, si bien no está definido por la Ley N° 19.300 ni en el RSEIA, sí contiene un amplio desarrollo en la jurisprudencia tanto administrativa como judicial al respecto.

³¹ Res. Ex. N°1, expediente D-90-2018, Consid. 25.

En efecto, el concepto de “Proyecto” se ha desarrollado a propósito de una infracción específica considerada en la Ley N° 19.300, respecto de la prohibición de fraccionar proyectos para eludir el ingreso al SEIA o la vía de evaluación, conforme lo dispone el artículo 11° bis del mismo cuerpo legal.

Dentro de tal tipo infraccional se ha analizado particularmente el elemento objetivo, el cual configura la división de un proyecto, por ende, debiendo acreditarse la existencia de Unidad de Proyecto o existencia de un Único Proyecto.

Para dichos efectos, la SMA mediante Memorándum N° 93/2020, de fecha 13 de agosto de 2020, dictó el Instructivo que “*Entrega Recomendaciones e Instrucciones para la Consideración de Fraccionamiento de Proyectos en la Elaboración de Informes de Fiscalización*”. En dicho Instructivo, se da cuenta de **indicios de Unidad de Proyectos**, los que serían:

- **Misma titularidad**, o titularidad de empresas relacionadas (mismos accionistas, mismo representante legal, misma empresa madre) para **los permisos de los proyectos** o en los proyectos propiamente tales, así como en la **propiedad de terrenos** en los cuales se emplazan.
- **Compartir estructuras físicas o territoriales**, como por ejemplo **vías de acceso, estructuras de transporte o conexión, continuidad operativa, instalaciones de faenas**, etc.
- **Estructuras o insumos comunes**, o interdependencia técnica o económica de proyectos, tales como **equipos** o **infraestructuras construidas** o insumos elaborados en una etapa, que son condición para la existencia de la otra.
- Existencia de un **único plan de manejo sectorial** para los proyectos.
- **Tiempos simultáneos de funcionamiento o ejecución** de los proyectos.
- **Tramitación administrativa o antecedentes formales que dan cuenta de la singularidad del proyecto en número o calidad.**
- Generación de **impactos sinérgicos o acumulativa entre los proyectos o actividades divididas**, cuya consideración separada, no permitiría evaluar.
- Ser partes en **un juicio o procedimiento sancionatorio en forma conjunta.**

Todos dichos indicios de Unidad de Proyecto se dan en el presente caso, desde que:

- i) La extracción la realiza el mismo titular;
- ii) Los puntos de extracción comparten todas las mismas infraestructuras (camino de acceso, conectividad, instalaciones de faenas, lugares de molienda, etc.)

- iii) Comparten estructuras e insumos (siendo utilizadas las mismas maquinarias, dependiendo su financiamiento de la misma sociedad, etc.)
- iv) Se amparan bajo los mismos permisos administrativos; v) Se han ejecutado temporalmente en forma coetánea;
- v) Las tramitaciones sectoriales se han hecho todas en pos de un solo proyecto.
- vi) Generan evidentes efectos sinérgicos y acumulativos.
- vii) Se tramitó un solo procedimiento sancionatorio (el de autos), en el cual se sancionó el incumplimiento de la RCA y coetáneamente la elusión del supuesto “otro Proyecto” y, en tal procedimiento, concurrió únicamente una parte (mi representada).

A mayor abundamiento, **la SMA confunde los polígonos de explotación con el área del Proyecto**, siendo que el área del Proyecto es mucho mayor, **la sola área de concesión abarca más que las 41 hectáreas imputadas en el presente cargo.**

En efecto, si bien **las cuñas autorizadas en la RCA sólo comprenden 15,24 hectáreas**, el Proyecto comprende una concesión mucha más amplia y, a su turno, el área de influencia del proyecto es aún mayor, ello conforme se aprecia en la siguiente imagen (previamente insertada):



De ello se desprende que, si bien el Proyecto **no cumplió las condiciones de explotación de la RCA**, ello no implica que se haya ejecutado un Proyecto en paralelo que estuviere en elusión, se trata del mismo Proyecto (según lo dicho anteriormente).

A mayor abundamiento, y según vimos en la descripción del proyecto, el objetivo principal del ingreso al SEIA era evaluar el incremento en la explotación, **autorizándose en la RCA un volumen de extracción de 300.000 m³/anuales por un período de 10 años, es decir, un total de 3.000.000 m³ de extracción**, dicho volumen **nunca fue superado** (ni tampoco el período de tiempo), **no existiendo sobreexplotación.**

Por lo tanto, estamos ante **un mismo Proyecto**, el cual **nunca superó el volumen extractivo permitido, operó dentro del rango temporal autorizado** y únicamente **ejecutó las faenas**

extractivas en puntos no autorizados (que se encuentran en un radio ínfimo de distancia de los puntos originales, en el mismo río y sus proximidades).

B) La Unidad de Proyecto es reconocida a lo largo del procedimiento administrativo por la propia autoridad.

No solamente la Unidad de Proyecto se desprende de los criterios antes analizados (y aceptados jurisprudencialmente), sino también del propio expediente administrativo. En efecto, en diversos pasajes hablan del único Proyecto incluso al referirse a las áreas de explotación fuera de los polígonos establecidos en la RCA:

i) Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1082-VI-RCA-IA:

- En su Título 2 identifica “el Proyecto” (no los proyectos) y señala “*el proyecto consiste en una extracción de 300.000 m³/año como máximo, de áridos y arena del cauce del Río Cachapoal, por un período de 10 años. El proyecto se emplaza dentro del cauce del Río Cachapoal, sector que se ha explotado hace más de 20 años, correspondiendo a una regularización de la actividad*”.
- Posteriormente constata “zonas de extracción de áridos que no coinciden con el polígono de extracción indicado en la RCA”, vale decir, no constata un Proyecto diverso sino el mismo ejecutándose en zonas no comprendidas.
- En página 6 del referido informe, se presenta el Layout de un solo Proyecto y se puede apreciar que todas las zonas de extracción comparten mismo acceso, obras de acumulación y captación de aguas y planta procesadora.
- Más determinante aún es que la no coincidencia de las zonas de explotación con la RCA, es abordada en el Hecho Constatado N° 3 “*Manejo y control de Riberas*” y se asocia a los considerandos 3.7.3.2 b) y e) de la RCA N° 182/2012.

En otras palabras, jamás en la presente fiscalización ambiental se constató el desarrollo de un Proyecto paralelo en elusión al SEIA.

ii) Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2018-1922-VI-RCA:

- Nuevamente la fiscalización se centra en la Unidad Fiscalizable Aridos Cachapoal y el instrumento fiscalizado la RCA (así como la resolución que impuso medidas provisionales).
- Se constató que las extracciones se realizaban en las instalaciones de Áridos Cachapoal Ltda. Efectivamente se indica:

“sobrevuelo realizado por equipo dron el día 25-05-2018 al cauce del río **en las instalaciones de Áridos Cachapoal Ltda.**, se constató la presencia de máquina retroexcavadora y camiones trabajando en el interior del pozo lastrero, observándose la entrada y salida de tres camiones.

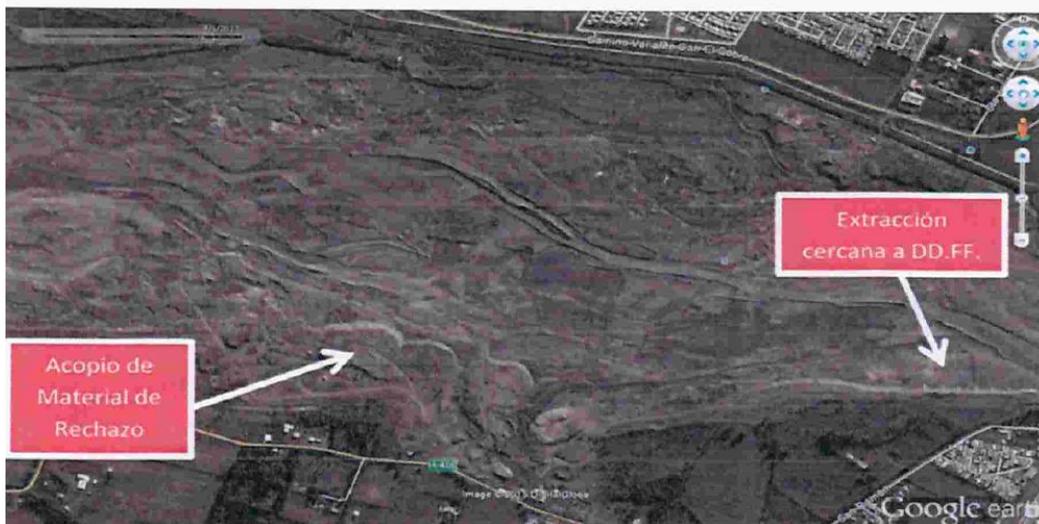
Durante actividad de inspección del día 23-05-2018 (anexo 1), se observó la existencia de polígono de extracción reciente cercano a planta de proceso N°4 (**identificada por el titular como parte de Áridos Cachapoal Ltda.** [...])

De la misma forma, DGA en su minuta técnica N°13/2018 (anexo 3), indican que en actividad realizada el día 25-05-2018, ‘se identificaron **varios polígonos de extracción**, los cuales no se pueden atribuir a la empresa Áridos Cachapoal Ltda., si no que a otra planta emplazada en el sector la cual ejecuta labores extractivas”. Esta empresa señalada por DGA, **corresponde a la planta de proceso N° 4 señalada como parte del predio y del proyecto de Áridos Cachapoal Ltda.**”

Vale decir, en esta nueva fiscalización se constata la existencia del pozo lastrero, el cual **se concluye literalmente que es parte del predio y proyecto de Áridos Cachapoal.**

iii) **Formulación de cargos:**

- En la formulación de cargos la distorsión es más evidente aún, desde que la misma **comienza describiendo la existencia de un Proyecto (Aridos Cachapoal) y una Unidad Fiscalizable** (ver considerandos N° 1 al 3), sin siquiera mencionar la existencia de otro supuesto Proyecto en la zona ejecutado paralelamente.
- Pero la contradicción cobra dimensiones inauditas al constatar las infracciones y formular los cargo.
- En efecto, **el cargo N° 1 (no ejecutar las obligaciones de la RCA N° 182/2012** relativas al manejo y disposición y acopio del material de rechazo de la operación) **se basa en hechos constatados fuera de los polígonos de extracción de la RCA.** Así queda patente en la presente imagen de la propia formulación de cargos (ver páginas 6 y siguientes):



- Vale decir, **el acopio del material de rechazo resultante de la extracción en elusión si es considerado un incumplimiento de la RCA**, pero la extracción en sí es considerada un Proyecto diverso, es una patente incongruencia.
- Igual incoherencia se presenta en el **cargo N°3 (no ejecutar las obligaciones de la RCA asociadas al proceso de molienda** en cuanto a que el agua de proceso no es recirculada mediante piscinas decantadoras), uno de los hechos que configurarían tal infracción sería **la canalización artificial del río Cachapoal** impidiendo su recirculación (ver página 9 de la formulación de cargos).

Ello es particularmente llamativo, ya que **la canalización del río Cachapoal igualmente se produce en un área de extracción no contemplada en la RCA.**

- Por ende, nuevamente la canalización en un sector no contemplado en la RCA implica un incumplimiento de esta, no así la extracción (la que constituye un Proyecto diverso).
- Absolutamente contradictorio resulta el **análisis efectuado al clasificarse el cargo N° 5** (elusión), en forma sorprendente estatuye “*la clasificación de grave de la infracción N° 5, se fundamenta en la importancia que revisten las obligaciones que deben ser observadas a fin de evitar la producción de un daño al medio ambiente y/ o a la salud de las personas. En efecto, **la importancia de cumplir con las obligaciones y medidas que se encuentran establecidas en una RCA con el propósito de preservar el medio ambiente y/ o salud de las personas** [...]”* Por lo tanto ¿El incumplimiento de la RCA (supuestamente no ligada a estas extracciones) determina la gravedad de la infracción (la elusión)?

iv) **Resolución sancionatoria:**

- En similares términos a la formulación de cargos, individualiza al sujeto infractor y a la unidad fiscalizable (página 1 y 2), **constatando únicamente la presencia del Proyecto Áridos Cachapoal** y la titularidad de mi representada.
- Pero en este punto, la resolución realiza una innovación peculiar (y que delata el error que veremos en el próximo acápite) señala: “*El Proyecto Áridos Cachapoal (en adelante también “**el proyecto original**”), consiste en la extracción de 300.000m³/año como máximo de áridos y arena del cauce del río Cachapoal, por un período de 10 años*” ¿Quiere decir ello que hay una modificación de Proyecto? De ser así, ello jamás fue explicitado en la resolución, nunca se indica en que consistiría exactamente la modificación al “proyecto original”.
- En el análisis de la configuración de las infracciones (páginas 36 y siguientes) de la presente resolución, se producen las mismas contradicciones en los cargos ya señalados.
- En efecto, respecto del **cargo N° 1** se constata que lo siguiente “*la existencia de un acopio de material de descarte (bolones) **a lo largo de ribera izquierda del río**, el cual no se encuentra en sectores bajos o dispuestos en el fondo del canalón, **de acuerdo a lo indicado en la RCA** [...] **existe una evolución progresiva del acopio del material de rechazo asociado al proceso de extracción avanzando hacia el interior de la caja del río** [...] Lo anterior, según informa, ocasionó la inducción de parte del escurrimiento del río Cachapoal **hacia un foso de extracción de áridos emplazada en la ribera sur del río Cachapoal**”.*
- Casi la totalidad de esos sucesos ocurrieron **fuera de las cuñas de extracción contempladas en la RCA**, dando cuenta la incoherencia en la resolución sancionatoria.
- Igual contradicción apuntada en el **cargo N° 3**, “*el sustento fáctico de la imputación, en lo medular, consistente, en lo medular, en la inexistencia de piscinas de decantación para la recirculación y **la circunstancia de que el agua, en consecuencia, estaba siendo devuelta directamente al río Cachapoal a través de un canal** [...]”.*
- Canal que, como se explicó, **se encuentra emplazado mayormente fuera de las cuñas de explotación de la RCA**. No obstante, se entiende formar parte del mismo proyecto.
- Lo dispuesto anteriormente queda establecido **expresamente** al analizarse la clasificación de los cargos (páginas 53 y siguientes).
- Al clasificarse **el cargo N°1** se indica “155. [...] *es posible afirmar con seguridad que **el material de rechazo que ha sido dispuesto en incumplimiento de lo establecido en la RCA 182/2012**, proviene de la totalidad de sus extracciones, **incluyendo aquellas efectuadas al margen del SEIA y no únicamente de las extracciones efectuadas dentro de los polígonos autorizadas por la mencionada RCA**, no siendo posible distinguir **claramente entre unas y otras**”. Cabe preguntarse ¿Es posible incumplir la RCA en atención al acopio de material de rechazo de otro Proyecto (no evaluado) y en zonas que supuestamente no pertenecen al Proyecto?*

v) **Resolución impugnada (que resuelve el recurso de reposición):**

- La presente resolución mantiene las inconsistencias presentadas a lo largo del proceso e incluso, según veremos, profundiza en ellas.
- En las páginas 31 y siguientes desarrolla latamente porque es posible concluir que las extracciones acaecidas fuera las áreas de extracción **forman parte del Proyecto de Áridos Cachapoal** (dando cuenta que se trata de un único Proyecto).
- Al efecto expresamente indica (y confirma lo apuntado anteriormente) “**el único acceso al río Cachapoal en el sector, es el acceso que posee el titular, además de ser la única planta entre los dos puentes con la capacidad de procesar gran cantidad de áridos [...] los caminos hacia la zona de extracción se emplazan por la planta indicada**”. Surge la duda entonces como se trata de un supuesto nuevo proyecto de extracción paralelo, si comparte un único acceso, si los caminos interiores se conectan entre sí y tienen instalaciones comunes indispensables para el funcionamiento de “ambos” Proyectos.
- Incluso en forma más concluyente indica “**es posible sostener que la única empresa que opera en ese sector del río y que cuenta con caminos de acceso y factibilidad técnica para realizar extracciones de la envergadura constatada, al menos durante el periodo imputado, es la empresa Áridos Cachapoal**”. Lo anterior es evidente, en cuanto estamos ante un único Proyecto operado por una sola empresa, con caminos comunes, donde existe dependencia técnica y operatividad simultánea.

Por ende, de lo expuesto en el presente acápite queda claro que conforme los criterios de la propia SMA (recogidos jurisprudencialmente), así como de las diversas instancias del procedimiento, **siempre se aludió a una Unidad de Proyecto, el cual se encontraba evaluado ambientalmente y que incumplió la RCA.**

El intento quimérico y confuso de la SMA de plantear la existencia de un Proyecto paralelo en elusión no reviste ningún sustento y cae por su propio peso ante las múltiples incongruencias ya expuestas.

Lo cierto, y según se verá en el próximo apartado, es pudo (si así lo estimaba pertinente) postular que el proyecto sufrió cambios de consideración que requerían una nueva evaluación ambiental y que, por tanto, pese a contar con RCA se encontraba en elusión al no ingresar dicha modificación.

Ello jamás fue esbozado por la SMA (más allá de referirse aisladamente al “*proyecto original*”), ni menos aún desarrollado con los estándares que exigen los principios del derecho administrativo sancionador. Por el contrario, la SMA persistió en una teoría ficta de la coexistencia de dos Proyectos, cuando los hechos dan cuenta prístinamente de lo contrario.

3. **SE HA PRODUCIDO UN INCUMPLIMIENTO DE LA RCA, O BIEN, UNA MODIFICACIÓN DE CONSIDERACIÓN A ESTA (Y NO UNA ELUSIÓN AL SEIA).**

Quedando claramente establecida la existencia de un solo proyecto y que este cuenta con una RCA, la desviación de las condiciones impuestas en estas únicamente puede constituir un incumplimiento o una modificación a esta.

Esto fue abordado en el emblemático caso Central Bocamina³² (recordemos que en dicho caso se discutió la superación del umbral del artículo 3º, letra c), del RSEIA al construirse una nueva unidad de la central). Se indicó respecto de esta nueva obra:

“Undécimo: *Que la LOSMA, en su artículo 35, otorga potestad sancionadora exclusiva a la SMA, entre otras, respecto de las dos siguientes infracciones 'a) **El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental**' y 'b) **La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella**'.*

*Duodécimo: Que, a fs. 79 y ss., y 153 vta., en relación con la infracción D.1, la SMA considera que se configura una **elusión** al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en adelante "SEIA", conforme a la letra b) del artículo 35, debido a que **la operación de todo o parte del Proyecto de Optimización que modifica el Proyecto de Ampliación, no cuenta con una resolución de calificación ambiental**.*

*Decimotercero: Que, a fs. 6 y ss., ENDESA controvierte que se le aplique la sanción de la letra b) del artículo 35 de la LOSMA, toda vez que, a su juicio, **se le debería sancionar con base a la letra a) de dicho artículo**, esto es por "El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental*

[...]

*Decimoquinto: Que, la argumentación de ENDESA y de la SMA discurren por vías diversas. Por una parte, ENDESA sostiene que existiendo **RCA para el Proyecto de Ampliación, todas sus acciones al margen de ésta -incluidas las amparadas en su Proyecto de Optimización-**, deben ser consideradas como incumplimientos a la misma. Mientras, **la SMA afirma que los mismos hechos deben ser entendidos como elusión al SEIA**. En esencia, las partes no coinciden y disputan sobre la calificación jurídica de los hechos.*

*Decimosexto: Que para resolver la controversia de si los hechos constatados por la SMA constituyen incumplimientos a las condiciones establecidas en la RCA como plantea ENDESA, o significan la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los cuales la ley exige resolución de calificación ambiental sin contar con ella -como plantea la SMA-, preciso es hacer referencia **al artículo 8 de la ley 19.300, "Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 solo podrán ejecutarse o modificarse** previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley" (destacado nuestro).*

Decimotavo: Que, al tiempo de la formulación de cargos llevada a cabo por la SMA, se encontraba vigente el D.S. N° 95/2001, que establecía el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto

³² Ver sentencia 3TA R-6-2014 y fallo Excma. Corte Suprema Rol N° 5.838-2015.

*Ambiental, que en su artículo 2° señalaba que **para efectos de ese reglamento se entendería como modificación de proyecto o actividad** la "realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad ya ejecutado, de modo tal que este sufra cambios de consideración." Sin abondar en qué se entiende por "cambio de consideración".*

*Vigésimo primero: Que, existe una diferencia de 20 MW de potencia entre la central autorizada según la RCA (350 MW) y lo que efectivamente terminó construyendo ENDESA (370 MW). Por lo que **no someter este incremento al SEIA previo a su construcción, configura la infracción de la letra b) del artículo 35 de la LOSMA**, al constituir este incremento por sí mismo, la ejecución de un proyecto o actividad para los que la ley exige resolución de calificación ambiental*

De lo expuesto, se concluye categóricamente que, existiendo una RCA respecto de un Proyecto, la desviación de su normativa constituye un incumplimiento, **salvo que se exprese que se trata de una modificación de consideración**, única hipótesis que permitiría configurar la elusión (y que no fue abordada por la SMA).

Esta misma lógica **ha sido replicada por la propia Superintendencia en posteriores procedimientos sancionatorios**. Así, por ejemplo, en el procedimiento sancionatorio de Curtidos Bas³³ (en el cual se incorporaron piscinas de homogenización no contempladas en el proyecto original superando por sí mismas el umbral del artículo 3 del RSEIA). Allí se indicó:

*“100. Respecto al segundo argumento de la empresa, asociado a la tipificación de la infracción, corresponde señalar que el artículo 35 de la LOSMA establece un amplio catálogo infraccional. Respecto de **la naturaleza jurídica de las letras a) y b)**, debe indicarse que el primer literal se refiere expresamente a **incumplimientos de la RCA**, sin embargo, el segundo literal reviste otro carácter, aquellos casos de **elusión al SEIA**. Ambas infracciones resultan muy diversas entre sí.*

*101. El presente caso no se trata de un incumplimiento de la RCA N° 111/2000, sino que **las obras construidas y que hoy en día se encuentran operativas corresponden a modificaciones de consideración de aquellas reguladas en el artículo 2 letra g.3) del RSEIA**, tal como se expuso previamente [...]*

*102. El SEA, en el Anexo del Instructivo sobre consultas de pertinencia de ingreso al SELA, Ord. N° 131456, de septiembre de 2013, establece que cambios deberán ser ingresados de forma obligatoria al SEIA. Cabe indicar que el Instructivo, al haber sido dictado con posterioridad al RSEIA, aporta en clarificar el concepto de modificaciones de consideración regulado en el artículo 2.g de dicho reglamento. En primer lugar, **debe existir la intención de realizar obras, acciones o medidas**. En segundo lugar, **que dichas obras, acciones o medidas tiendan a intervenir o complementar un proyecto o actividad**. Por último, **que producto de la realización de tales obras, acciones o medidas, dicho proyecto o actividad***

³³ Ver sancionatorio Rol D-016-2015 de la Superintendencia del Medio Ambiente.

sufra cambios de consideración. Al respecto, cabe indicar que la empresa llevó a cabo obras y medidas, las que complementaron el proyecto evaluado ambientalmente mediante la RCA N° 111/2000".

En conformidad a lo señalado, queda claro que, si la SMA pretendió formular cargos por elusión respecto de un Proyecto con RCA aprobada, **debió efectuar un análisis normativo y fáctico de los cambios de consideración supuestamente existentes y si ellos cumplían o no con los requisitos para requerir ser evaluados ambientalmente.**

Sin embargo, **la SMA no efectuó tal análisis, ni siquiera mencionó la norma basal para tales efectos** (el artículo 3°, letra g), del RSEIA) y, por el contrario, persistió en plantear la coexistencia de dos (¿o más?) proyectos paralelos, sin ningún sustento fáctico.

Ello no es baladí, desde que como indicó la Iltrma. Corte de Apelaciones de la Serena en sentencia recientemente confirmada por la Excma. Corte Suprema³⁴:

"SÉPTIMO: Que atendido lo anterior, cabe tener presente, la coherencia que se exige al acto administrativo, para efectos de garantizar al administrado el ejercicio pleno de sus derechos. Que la Jurisprudencia de la Corte Suprema y la Contraloría General de la República, como asimismo la doctrina coinciden en la necesidad de coherencia y completitud que debe existir entre la formulación de cargos y el acto administrativo sancionador final (Zúñiga y Osorio "Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador" Revista de Estudios Constitucionales Vol. 14 N° 2, 2016), como una forma de resguardar el derecho al debido proceso, del cual no puede sustraerse la autoridad administrativa.

[...]

NOVENO: Que, efectivamente la sola lectura de las normas antes citadas, dan cuenta de la falta de precisión y total equivalencia que debe existir entre el acto de formulación de cargos y el acto administrativo final que impone la sanción, en cuanto a las normas infringidas [...] Que es efectivo, como señala la recurrida, que en la resolución que se impugna en esta sede, se citan varias normas, pero ello no aporta a la claridad y precisión que se exige para la validez del acto administrativo [...]

Que por lo demás, al tratarse de un procedimiento sancionatorio, es deber de la autoridad ser precisa en la norma que sustenta la conducta infringida y no debe ser laxa, como ha ocurrido en los hechos, lo que llevará a acoger el reclamo como se dirá en lo resolutorio, pues se ha infringido por parte del ente sancionador la normativa de educación, vulnerándose el debido proceso"

Por ende, y a modo de conclusión, la resolución recurrida es ilícita desde que: (i) Consagra la existencia de una supuesta potestad discrecional para seleccionar la conducta y el tipo infraccional; (ii) En virtud de ello, en forma arbitraria (sin fundamento), podría determinar si sancionar el

³⁴ Ver fallo Iltrma. Corte de Apelaciones de la Serena Rol N° 29-2021 y fallo de la Excma. Corte Suprema Rol N°848-2022.

incumplimiento de la RCA o la elusión al SEIA; (iii) Tal potestad no existe, ya que la ley establece la conducta y el tipo infraccional aplicable conforme los hechos que se constaten; (iv) En el caso concreto, los antecedentes dan cuenta de la existencia de un único Proyecto y que cuenta con RCA y (v) Por ende, procede sancionar por incumplimiento de dicha RCA, o bien, haber planteado la existencia de una modificación de consideración cuya no evaluación acarrearía la elusión (lo cual no ocurrió).

Así las cosas, el acto recurrido, adolece de manifiesta falta de fundamentación, no cumpliendo con el estándar de motivación que exigen los artículos 8 de la Constitución Política de la República, así como los artículos 8°, 11°, 16° y 41° de la Ley N° 19.880.

Además, y particularmente grave, incurre en un error de derecho al aplicar incorrectamente el tipo infraccional a una situación fáctica que no corresponde para ello busca amoldar los hechos en forma impropia (estableciendo que existirían distintos proyectos).

IV. EL ACTO IMPUGNADO IGUALMENTE ES ILEGAL DESDE CONTIENE VICIOS DE FUNDAMENTACIÓN EN RELACIÓN CON LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA.

En este orden de ideas la resolución recurrida incurre en dos infracciones:

1) Al igual que la resolución sancionatoria, **no se especifica de qué forma las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA inciden en el cálculo y monto concreto de la multa,** simplemente limitándose a señalar cuales fueron o no consideradas.

2) Por otra parte, la resolución recurrida incurre en un nuevo vicio, desde que conociendo el recurso de reposición **deja sin efecto la circunstancia del artículo 40, letra i), de la LOSMA, modificando en perjuicio del solicitante la resolución.**

1. LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA Y LA RECLAMADA NO EXPLICITAN EL MODO EN QUE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA INCIDEN EN EL CÁLCULO ECONÓMICO PARA DETERMINAR LA MULTA.

Según se adelantó, la resolución recurrida discurre latamente en cuales circunstancias del artículo 40 de la LOSMA serían aplicables y cuales no (páginas 68 y siguientes), para tales efectos:

- Calcula el **beneficio económico** de cada cargo, salvo del cargo N° 1 que no tuvo un beneficio económico asociado.
- Dentro del valor de seriedad, **descarta la existencia de daños o peligros adicionales para el medio ambiente o salud de las personas** (considerando N° 242).

- Igualmente, dentro del valor de seriedad, **no considera el número de personas cuya salud pudo afectarse** (considerando N° 243).
- También dentro del valor de seriedad, **establece la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental para cada cargo**, estableciendo el carácter medio para los cargos N° 1 y 3, bajo para el cargo N° 2 y alto para el cargo N° 5 (considerandos N° 244 a 262).
- En relación con los **factores de incremento**, estatuye que **concorre la intencionalidad en la comisión de la infracción para todos los cargos, salvo el N° 1** (considerandos N° 264 a 275).
- También dentro de los factores de incremento, determina que **procede la conducta anterior negativa** (considerando N° 280).
- En este mismo ámbito, **descarta la falta de cooperación** (considerando N° 284).
- Por otra parte, en lo relativo **a los factores de disminución, no concede la irreprochable conducta anterior** (considerando N° 287).
- Igualmente, respecto de los factores de disminución, **descarta la autodenuncia** (considerando N° 288)
- Dentro de este mismo punto, entiende **configurada la cooperación eficaz** (considerando N° 294).
- En relación a **la aplicación de medidas correctivas**, estima que **procede únicamente respecto de los cargos N° 1 y 3** (considerandos N° 295 a 308).
- Posteriormente determina que Aridos Cachapoal **participó en calidad de único autor de la infracción** (considerando N° 311).
- Luego determina la **capacidad económica del infractor**, estableciendo se trataría de una **gran empresa** e indica que **desconoce la capacidad de pago del infractor** (considerandos N° 312 a 316).
- Finalmente, **aplica un último ajuste o factor adicional**, conforme **el artículo 40, letra i), de la LOSMA**, y toma en cuenta **las circunstancias extraordinarias del COVID**.

De lo expuesto se extrae que:

- En lo tocante al **cargo N° 1** (clasificado como **leve**), **no hubo beneficio económico** asociado. Se consideró dentro del **valor de seriedad** únicamente la importancia de la vulneración al sistema jurídico (en carácter de **medio**), a su turno, se aplicó **un solo factor**

de incremento (conducta anterior negativa), establece **dos factores de disminución** (cooperación eficaz y aplicación de medidas correctivas) y agrega un **factor adicional de disminución** (circunstancias extraordinarias del COVID-19). Ello, sin ninguna explicación, conllevó una multa de **74 UTA**.

- En lo referente al **cargo N° 2** (clasificado como **leve**), se estableció el **beneficio económico** en **41 UTA**. Se consideró del **valor de seriedad** únicamente la importancia de la vulneración al sistema jurídico (en carácter de **bajo**), a su turno, se aplicaron **dos factores de incrementos** (intencionalidad y conducta anterior negativa), aplica **un factor de disminución** (cooperación eficaz) y **un factor adicional de disminución** (circunstancias extraordinarias del COVID-19). La multa condice con el beneficio económico **41 UTA**.
- En lo concerniente al **cargo N° 3** (clasificado como **leve**), se estableció el **beneficio económico** en **29 UTA**. Se consideró del **valor de seriedad** únicamente la importancia de la vulneración al sistema jurídico (en carácter de **medio**), a su turno, se aplicaron **dos factores de incrementos** (intencionalidad y conducta anterior negativa), aplica **dos factores de disminución** (cooperación eficaz y medidas correctivas) y **un factor adicional** (circunstancias extraordinarias del COVID-19). La multa, sin embargo, es más alta que el beneficio económico **34 UTA**.
- Vinculado al **cargo N° 5** (clasificado como **gravísimo**), se estableció el **beneficio económico** en **2.230 UTA**. Se consideró del **valor de seriedad** únicamente la importancia de la vulneración al sistema jurídico (en carácter de **alto**), a su turno, se aplicaron **dos factores de incrementos** (intencionalidad y conducta anterior negativa), aplica **un factor de disminución** (cooperación eficaz) y **un factor adicional** (circunstancias extraordinarias del COVID-19). La multa, sin embargo, coincide con el beneficio económico **2.230 UTA**.

De ello se extrae que diversos cargos, con distinta calificación (leves y graves), con diversos valores de seriedad (bajos, medios y altos) y con la concurrencia de distinta cantidad de factores de incrementos y disminución, **llevan a multas que prácticamente todas coinciden con el beneficio económico y todo ello sin ninguna explicación de por medio.**

La resolución recurrida **únicamente altera el cálculo del beneficio económico y la capacidad de pago** (además, de dejar de oficio ilegalmente sin aplicación el factor adicional de disminución como se verá).

En lo que respecta **al cálculo de la multa y la falta de motivación la resolución recurrida** se limita a indicar:

*“197. En relación con la supuesta no aplicación de los factores de disminución del artículo 40 de la LOSMA, y que éstos no habrían tenido efectos en la disminución de la multa, cabe señalar que la determinación de sanciones pecuniarias por parte de la SMA **se realiza considerando como base el monto de beneficio económico obtenido por motivo de la infracción, el***

cual incorpora a la sanción la ponderación de la letra c) del artículo 40 de la LOSMA. A este monto base, se le adiciona un componente que materializa -en términos numéricos y finalmente monetarios-, la ponderación de las demás circunstancias del artículo 40 dentro de la sanción, como el daño causado o el peligro ocasionado, la intencionalidad, conducta anterior, entre otros. Por lo tanto, la sanción pecuniaria, es el resultado de una adición de dos montos independientes, que responden a los principios en que se fundamentan las "Bases Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales", orientados a disuadir al infractor, evitando futuros incumplimientos y cambiar su conducta, y además, eliminar el beneficio económico asociado al incumplimiento.

198. En este caso, cabe hacer presente que en los considerandos 200 y siguientes de la resolución sancionatoria, esta Superintendencia desarrollo pormenorizadamente la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, respecto de todos los cargos imputados, considerando lo establecido en las Bases Metodológicas, satisfaciéndose el deber de fundamentación requerido. El análisis de los factores de disminución se indica en los considerandos 285 y siguientes del acto impugnado”

Sin embargo, la ponderación económica de cada factor de disminución y de incremento es un misterio, al igual que el factor adicional de disminución y la incidencia de la capacidad económica del infractor en este cálculo.

Esta circunstancia es **aún más grave en la resolución recurrida**, ya que esta al acoger parcialmente el recurso de reposición **modificó el beneficio económico del cargo N° 5** (siendo el nuevo **250 UTA**) y, además, **calificó a la empresa como Mediana N° 2** para efectos de la **capacidad económica del infractor**.

No obstante aquello, sin explicación plausible al determinar la nueva multa del cargo N° 5, se estableció en **707 UTA**, (y **no 250 UTA**) vale decir, **pasó de ser equivalente al beneficio económico a ser casi tres veces dicho valor**, ello sin aplicarse ningún factor de incremento adicional u otra circunstancia. Por el contrario, **la empresa pasó de grande a mediana**, debiendo haber ello implicado una mayor reducción.

Ello da cuenta, una vez más, lo inaudito e inexplicable del cálculo de la multa por la autoridad administrativa.

Ello fue recogido recientemente por la Excma. Corte Suprema³⁵:

“Décimo Sexto: Que, ahora bien, la exposición de la Resolución reclamada deja en evidencia los problemas de motivación que la afectan, toda vez que se establece que se hace uso de la facultad entregada por el artículo 40 de la Ley N° 20.417, limitándose a señalar que las circunstancias descritas en la referida disposición, salvo en lo que respecta al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, si serán consideradas o descartadas, sin precisar cómo éstas influyen en el cálculo del componente de afectación, lo que

³⁵ Ver sentencia Rol Excma. Corte Suprema N° 79.353-2020

también ocurre en el caso de factores de disminución, impidiendo el ejercicio del derecho a defensa y el control jurisdiccional de proporcionalidad de la multa impuesta. Es decir, no se señala, en concreto, cuáles son todas las razones que determinan el ejercicio de la potestad, **incorporando incertidumbre respecto de los motivos que llevaron a determinar la cuantía de la multa reclamada, y cómo incidió en su determinación cada uno de los factores de incremento o disminución,** en términos **precisos y concretos,** cuestión que no se condice con las exigencia previstas para un acto de tal naturaleza, pues la fundamentación del acto administrativo es un elemento de su esencia, cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura. Así, **la fórmula utilizada en términos amplios por la Superintendencia del Medio Ambiente al dictar la resolución reclamada vulnera gravemente los principios de publicidad y transparencia que debe regir la actuación de la Administración,** que hacen exigible la exposición clara y concreta de los motivos del acto administrativo.”

Por lo expuesto, queda claro tal como estatuyó el máximo tribunal que se afecta el principio de publicidad, transparencia y el deber de motivación contenidos en los ya mencionados artículos artículos 8° de la Constitución Política de la República, así como los artículos 8°, 11°, 16° y 41° de la Ley N° 19.880.

2. LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, DE OFICIO, DEJÓ SIN EFECTO UN FACTOR ADICIONAL DE DISMINUCIÓN CONFIGURANDO UNA REFORMA EN PERJUICIO DEL SOLICITANTE.

Efectivamente, esta parte en la reposición acompañó antecedentes que daban cuenta que la **capacidad económica** de la empresa no se encontraba correctamente calculada, acompañando nuevos antecedentes acerca de la **capacidad de pago** y, a su vez, acreditando que **el tamaño económico** de la empresa **no era grande sino mediana.**

Tales nuevos antecedentes fueron acogidos por la SMA:

“202. Para la determinación del tamaño económico de la empresa, se ha examinado la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio, realizada en base a información autodeclarada de cada entidad para el año tributario 2021 (año comercial 2020). De acuerdo con la referida fuente de información, Áridos Cachapoal Ltda. corresponde a una empresa que se encuentra en la categoría de tamaño económico Mediana N°2, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre UF 50.000 y UF 100.000.

203. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se concluye que **procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.**”

No obstante, a reglón seguido indica que tal ajuste surte una suerte de compensación toda vez que **actualmente sería improcedente aplicar el factor adicional de disminución** por las circunstancias extraordinarias de la pandemia de COVID-19 y que **dicho factor de disminución**, actualmente, **estaría incorporado en la información relativa al tamaño económico** de la empresa, vale decir, se subsumiría dicho factor adicional de disminución.

En efecto, estatuye:

“204. Considerando la actualización del tamaño económico de la empresa, **corresponde realizar un ajuste al total de las multas impuestas correspondientes a las infracciones imputadas**. Sin embargo, al realizar dicho ajuste, respecto de las infracciones N° 1, 2, 3, **la cuantía de las multas sería mayor a la impuesta mediante la resolución sancionatoria**. Lo anterior, debido que a la fecha en que se emitió la resolución impugnada, **se aplicó un factor adicional de disminución producto de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia de Covid-19**, consideración que **no corresponde tener a la fecha de la presente resolución**.

205. En el presente caso, **la información de los ingresos anuales de la empresa disponible por esta Superintendencia corresponde al año 2020**, por lo que es posible sostener que **ésta comprende los efectos que la pandemia de COVID-19 ha tenido en el funcionamiento de la empresa**. Por lo anterior, se considera que **no procede efectuar ajustes adicionales a la ponderación del tamaño económico** para internalizar en la sanción los efectos de la crisis sanitaria.

206. No obstante lo anterior, atendido que en sede de reposición no se puede desmejorar la situación de la parte recurrente, **se mantendrán las multas de las infracciones No 1,2,3**, que considera el ajuste por disminución adicional ya referido”.

En resumidas cuentas, como el ajuste del tamaño económico sería menor al ajuste por el factor adicional (circunstancias extraordinarias del COVID-19) suprimido arbitrariamente, finalmente la SMA estima mantener las multas de los cargos N° 1, 2° y 3° (toda vez que no podría aumentar las multas)

Lo anterior, redundante en que, de oficio (sin ser solicitado), **la SMA dejó sin aplicación la circunstancia del artículo 40°, letra i), de la LOSMA**.

El presente análisis es del todo equivocado:

- El principio de la *reformatio in peius*, no significa únicamente que la multa no pueda aumentar, sino que, además, también **impide alterar cualquier elemento consagrado en la resolución recurrida en favor del recurrente** (tal como sería un factor de disminución), desde que tal materia no se ha puesto en conocimiento de la SMA y escapa a su competencia.

- Por otra parte, **tampoco se justifica la no aplicación del factor adicional de disminución** asociado las circunstancias extraordinarias de la pandemia COVID-19, desde que **dicha circunstancia aún persiste hasta el día de hoy** y, en todo caso, en la resolución recurrida **si se aplicaron ambos factores conjuntamente** (la capacidad económica y las circunstancias extraordinarias del covid), no encontrándose una subsumida dentro de la otra.
- Sumado a lo anterior, en este punto, **la resolución nada dice respecto del cargo N° 5.** Por ende, no se sabe si respecto de este cargo si se efectuó o no el ajuste adicional en atención al tamaño económico y, además, se mantuvo el factor adicional de disminución.

A) **Del principio de la reformatio in peius (y su transgresión).**

Como indica el académico Jorge Clariá “la prohibición de la reformatio in peius, en cuanto regla de garantía que excluye **la posibilidad de modificación de la sentencia dictada por el a quo en perjuicio del apelante o recurrente sin que haya mediado instancia impugnativa admitida de la parte contraria**, es **corolario de la limitación del objeto del recurso a los agravios expresados**, y tiene como fundamento la evitación de restringir con riesgos la facultad de poner en acto una impugnación”³⁶.

La reformatio in peius deriva, en última instancia, **del debido proceso** y, por ende, del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

Esto ha sido reconocido por la jurisprudencia, la cual también ha delimitado sus alcances:

“Tercero: Que, ha de tenerse en cuenta que el recurso, no es un instrumento técnico puesto exclusivamente al servicio del principio de legalidad, sino **una garantía primaria de defensa del administrado**. En efecto, el recurrente ejerce su derecho, no para preservar la legalidad abstracta, sino **para evitar un perjuicio en su persona o patrimonio**. Así es que el **recurso, no es un simple presupuesto formal para el desbordamiento de las potestades revocatorias**, porque la actuación del órgano administrativo está limitada por la pretensión del particular.

Cuarto: Que, igual principio es recogido por el artículo 41 inciso 3° de la Ley 19.880: “En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente”. En suma, **la mera posibilidad de agravar la posición del administrado desnaturaliza el procedimiento del recurso, para convertirlo en procedimiento de revisión de oficio del acto impugnado**. (Contenido y Alcance de la Prohibición de Reformatio In Peius. Íñigo Sanz Rubiales).

³⁶ CLARIÁ OLMEDO, JORGE (1983) *Derecho Procesal, Tomo II, Estructura del Proceso* (Ediciones Depalma, Buenos Aires) p. 304.

*Quinto: Que, en consecuencia, la autoridad sancionatoria, en virtud de solicitud de revisión de la sanción, como ha ocurrido en este caso, **no puede reformar la sentencia en perjuicio de una parte si ello no ha sido pedido en el arbitrio de una de las partes, principio que inspira todo el ordenamiento jurídico.***³⁷

Complementando lo anterior la Excma. Corte Suprema ha dicho.

*“Cuarto: Conforme lo anterior, y como fuera dicho por esta Corte previamente (a modo ejemplar, roles N° 88.982-2021, N°5.319-2021, N°13.325-2019), dentro del proceso lógico que debe realizar la Administración una vez incoado el reclamo por el culpable de una infracción administrativa, **es indudable que la determinación de la competencia otorgada al superior jerárquico, se encuentra restringida en su pronunciamiento a lo planteado por la reclamante en su respectivo reclamo o recurso, lo que significa que puede conocer de todo aquello que es solicitado en el recurso, sin que pueda, en consecuencia, reformar la resolución sancionatoria en perjuicio del reclamante, si ello no ha sido pedido en el arbitrio, principio conocido como prohibición de la “reformatio in peius”**”³⁸*

De lo expuesto, resulta claro que la SMA no podía dejar sin aplicación el factor adicional de disminución vinculado al COVID-19 (ni pronunciarse respecto de este), desde que **ello jamás fue objeto del recurso de reposición.**

B) **La justificación otorgada por la SMA para dejar sin efecto la aludida circunstancia es falsa y arbitraria.**

En efecto, señala que dicha circunstancia extraordinaria “[...] *se aplicó un factor adicional de disminución producto de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia de Covid-19, **consideración que no corresponde tener a la fecha de la presente resolución**”.*

En primer término, tal circunstancia **debe ser considerada al momento de la aplicación de la sanción** y no al momento de resolverse la reposición, por lo tanto, **jurídicamente es intrascendente la fecha de la resolución recurrida.**

Incluso, es más, **la circunstancia de la pandemia al día de hoy subsiste**, tal es así que la Alerta Sanitaria por COVID-19 persiste hasta el 31 de diciembre de 2022 conforme el Decreto Supremo N° 75 del Ministerio de Salud, de fecha 30 de septiembre de 2022.

Por otra parte, el segundo argumento (considerando N° 205), en cuanto la situación de la pandemia estaría comprendida en la capacidad de pago de la empresa al haberse ponderado la información económica del año 2020 de la empresa es igualmente falso.

³⁷ Ver sentencia Rol N° 487-2020 de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada en Rol N° 14.606-2021 de la Excma. Corte Suprema.

³⁸ Ver sentencia Excma. Corte Suprema Rol N° 12.758-2022.

La resolución recurrida aplicó ambos factores de disminución separadamente sin establecer dicha supuesta superposición, según se desprende de los considerandos N° 315 y 320.

C) **La resolución, en esta parte, guarda completo silencio respecto del cargo N° 5.**

Efectivamente, indica “*atendido que en sede de reposición no se puede desmejorar la situación de la parte recurrente, **se mantendrán las multas de las infracciones No 1,2,3**, que considera el ajuste por disminución adicional ya referido*” Cabe preguntarse que sucede con el cargo N° 5 ¿Se aplica el ajuste adicional en atención al menor tamaño de la empresa? ¿Se consideran igualmente las circunstancias del COVID-19?

Ello no es intrascendente, desde que como vimos en **la resolución recurrida original el monto de la multa del cargo N° 5 era idéntico al beneficio económico** (2.230 UTA). Sin embargo, en la resolución recurrida el beneficio económico se calculó en **250 UTA** y la multa fue de **707 UTA**.

¿Cómo se explica esta diferencia? La única explicación plausible que aventuramos es que respecto del cargo N° 5 al dejarse sin aplicación enteramente el factor adicional de disminución, **la disminución del beneficio económico no se vio enteramente reflejada en la multa al aumentar por esta exclusión de un factor de disminución**. Ello da cuenta clara e inequívocamente de una reforma en perjuicio de mi representada.

C/ CONCLUSIONES.

De todo lo hasta aquí expuesto, en síntesis, es posible extraer las siguientes conclusiones:

- 1) La resolución recurrida acogió parcialmente la reposición, solamente en tanto recalculó el beneficio económico y ajustó el tamaño de la empresa (cuestiones no reclamadas), sin embargo, **persistió en los demás vicios denunciados oportunamente e incluso incurrió en nuevos vicios.**
- 2) En tal sentido, **la resolución recurrida insiste en que no sería necesario solicitar informe previo al SEA** (constituyéndose un **primer vicio de ilegalidad**), ya que este no sería vinculante y la SMA tendría potestades discrecionales.

No obstante, según se explicó, la resolución confunde el carácter no vinculante del contenido del informe con la necesidad u obligatoriedad de solicitar el informe, **necesidad que se desprende del diseño lógico institucional** conforme el cual **el SEA es el órgano técnico y especializado para pronunciarse del ingreso al SEIA** desde que es el **órgano encargado de dicho sistema** y, por lo mismo, **se pronuncia acerca de las pertinencias.**

Sumado a ello, la SMA **no puede desconocer su propio “precedente administrativo”**, el que da cuenta que en casi la totalidad de procedimientos sancionatorios de elusión se

solicita el mentado informe al SEA e incluso se suspende el procedimiento mientras no exista pronunciamiento.

Desconocer lo anterior contravendría **los Actos Propios** del organismo y atentaría contra la **confianza legítima**, desde que es una garantía para los imputados el pronunciamiento por el organismo técnico especializado.

Finalmente, incluso si dichos informes fuesen reconocidos como facultativos, **no puede prescindir de ellos sin justificación basado en la pura discrecionalidad**, desde que tales informes constituyen el basamento técnico para emitir su pronunciamiento y su **omisión injustificada atentaría contra el deber de motivación del acto administrativo**.

- 3) De igual modo, la resolución recurrida mantiene la ilegalidad (**segundo vicio de ilegalidad**) al señalar que **no se habría afectado el derecho de defensa de mi representada al impedirle presentar PDC respecto del cargo N° 5**.

En efecto, habiendo transcurrido el plazo para presentar PDC, la SMA **reclasificó el Cargo N° 5** indicando que el mismo ya **no sería grave** desde que **no se habría producido daño ambiental**, elemento que había impedido la presentación del PDC.

La resolución recurrida alude a que la SMA tiene facultades para reclasificar los cargos y que, en todo caso, el PDC se habría rechazado al no cumplir los requisitos.

No obstante, la jurisprudencia, en forma clara, establece que la facultad de **reclasificar los cargos se encuentra limitada**, no pudiendo alterarse la calificación de los cargos basados en antecedentes nuevos posteriores a la formulación de cargos, desde que ello conlleva **indefensión del imputado** e infringe el **principio de congruencia procedimental**.

En tal circunstancia (que es la misma que la de autos), la SMA **debe reformular los cargos permitiendo que se evacuen nuevos descargos o se presente PDC**, de lo contrario se priva de una **herramienta jurídica dispuesta en favor del ciudadano**.

En el caso *sub lite* los **nuevos antecedentes arribados por nuevas providencias probatorias** posteriores a la formulación de cargos, permitieron **descartar el daño ambiental** y sobre dicha base **se procedió a reclasificar el cargo**. No obstante, **arbitrariamente**, no se reformularon los cargos.

Con ello se impidió a mi representada presentar un PDC íntegro (incluyendo el cargo N° 5) y más robusto, el cual sin duda hubiese cumplido los estándares para su aprobación.

- 4) La resolución recurrida también es ilegal (**tercer vicio de ilegalidad**) al persistir en **la errada calificación jurídica del cargo N°5**, subsistiendo **el error de derecho** de la resolución sancionatoria (y de la formulación de cargos).

En efecto, la resolución recurrida apunta a que tendría potestades discrecionales para seleccionar el tipo infraccional (incumplimiento de la RCA o elusión del SEIA) y que las extracciones fuera del área de la RCA configuran por sí las tipologías de ingreso del RSEIA.

Ello es incorrecto desde que **la conducta y el tipo infraccional** son **potestades regladas**, en virtud del **principio de tipicidad** y, por ende, el tipo infraccional ha de ser aplicado lo predetermina la ley conforme los antecedentes fácticos.

En el caso concreto, **existe un único Proyecto**, conforme los criterios propios de la SMA y los propios antecedentes del procedimiento administrativo, el cual **cuenta con una RCA** y, por el contrario, **no existe otro Proyecto paralelo**.

La **única forma posible de haberse configurado la elusión** en el presente caso es que se haya **producido una modificación de consideración de la RCA** y esta **no haya sido evaluada**, cuestión que no fue planteada, ni menos desarrollada a lo largo del procedimiento.

En caso de que no exista tal modificación, **estaríamos ante un incumplimiento de la RCA** toda vez que habría un desvío a las condiciones y obligaciones estatuidas en dicho instrumento.

- 5) Finalmente, la resolución recurrida (al igual que la sancionatoria) incurre en graves **omisiones en la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA** e incluso **excluye de mutuo propio una circunstancia calificatoria**.

En relación a lo primero, ni la resolución sancionatoria, ni la recurrida **explicitan la incidencia de las diversas circunstancias en el cálculo económico**, limitándose a señalar si proceden o no y, por ende, **no existe ninguna certeza como se arribó a los montos de cada multa**.

Tal es así que, concurriendo diversas clasificaciones de infracciones, distintos factores de incremento y disminución, igualmente casi **todas las multas llegan a coincidir con el beneficio económico**.

Más extraño aún resulta que, en relación con el cargo N° 5, cuya multa **en la resolución sancionatoria coincidía con el beneficio económico (2.230 UTA)** posteriormente en el acto impugnado **al reducirse el beneficio económico y determinarse el menor tamaño de la empresa**, la multa pasa a ser **casi tres veces el beneficio económico** (siendo el **beneficio económico 250 UTA** y la multa **707 UTA**).

Todo ello refleja lo incierto que es el cálculo de la multa, cuestión que como se vio ya ha sido reprochado por la Excma. Corte Suprema.

Ahora bien, no bastando ello, la resolución recurrida **incurre en un nuevo vicio de ilegalidad** en este punto, **desde que deja sin efecto una circunstancia clasificatoria**,

aquella vinculada al artículo 40, letra i), de la LOSMA y que, en el caso, se traducía en las **circunstancias extraordinarias de la pandemia COVID-19**.

En efecto, indica que a la fecha de la resolución impugnada sería improcedente y que, además, ahora estaría subsumida en los antecedentes económicos tomados en consideración para determinar la capacidad económica del infractor.

Dicha alegación es completamente ilegal y falsa, desde que **las circunstancias extraordinarias no deben ser consideradas a la fecha de la reposición sino de la sanción** y, por lo demás, **persiste la pandemia**.

Además, ello **constituye una clara vulneración al principio de la reformatio in peius**, ya que tal aspecto no fue sometido al conocimiento de la SMA y se trata de un aspecto jurídico consolidado en favor de mi representada.

Por último, cabe indicarse que, al excluirse esta circunstancia, la resolución recurrida **sólo se pronuncia respecto de los cargos N° 1,2 y 3**, guardando **absoluto silencio respecto del cargo N° 5**, desconociendo esta parte si dicho razonamiento se extiende o no a dicho cargo.

- 6) De lo expuesto, es posible apreciar que se configuran **múltiples ilegalidades que permiten anular la resolución recurrida**, todas las cuales **conlleven ingentes perjuicios a mi representada** desde que mantienen la imposición de la sanción aplicada ilegal y arbitrariamente.

POR TANTO, de conformidad a lo expuesto y a lo dispuesto en el art. 56 de la Ley N° 20.417 y en el art. 17 N°3 de la Ley N° 20.600,

Al Ilustre Segundo Tribunal Ambiental con respeto pedimos, tener por interpuesta reclamación de ilegalidad en contra **Resolución Exenta N° 2.401**, de fecha 21 de noviembre de 2022, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, la que **acogió parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución Exenta N° 730/2020, de fecha 06 de mayo de 2020**, manteniendo, por ende, parte de las ilegalidades contenidas en esta última e incurriendo en otras nuevas denunciadas en el escrito, admitirla a tramitación y, en definitiva, acogerla **anulando la aludida resolución** y ordenando en su lugar acoger el recurso de reposición en su totalidad, o bien, en aquellos vicios de ilegalidad que US. ILTMA. estima que se configuran.

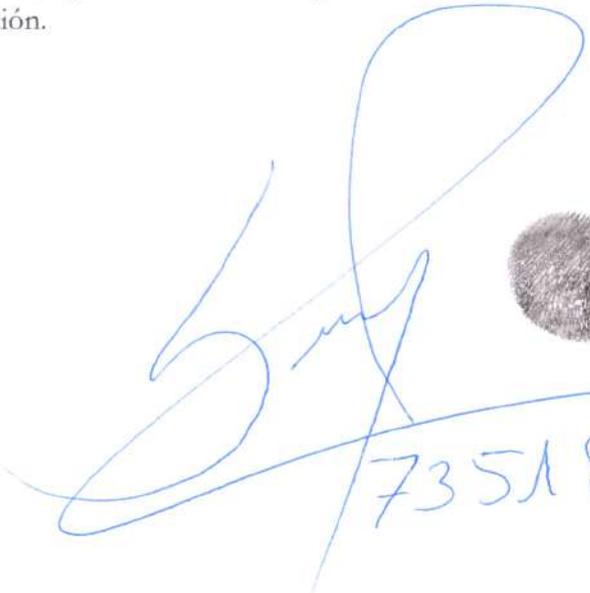
PRIMER OTROSÍ Sírvase US. Ilte. tener presente que la representación con que actuó consta en escritura pública de fecha 27 de marzo de 1990 otorgada en la Notaría de Rancagua del otrora Notario Público Titular don Manuel Aburto Contardo, cuya copia se acompaña a estos autos en el segundo otrosí.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S.I., en tener por acompañados copia de los siguientes documentos:

1. Copia autorizada de escritura pública, de fecha 27 de marzo de 1990, otorgada en la Notaría de Rancagua del otrora Notario Público Titular don Manuel Aburto Contardo;
2. Resolución reclamada, Resolución Exenta N° 2.401, de fecha 21 de noviembre de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente.
3. Resolución sancionatoria, Resolución Exenta N° 703, de fecha 06 de mayo de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente.
4. Certificado de notificación personal, de fecha 23 de noviembre de 2022, practicada por el funcionario de la Superintendencia del Medio Ambiente don Víctor Sáez a don Fernando Molina Matta en representación de Aridos Cachapoal Limitada.

TERCER OTROSÍ: De conformidad al art. 22 de la Ley N° 20.600, venimos en solicitar a S.S. Ilustre que las resoluciones de autos sean notificadas a las casillas electrónicas fmolina@grupoevans.cl; ngalli@grupoevans.cl y eanguita@grupoevans.cl.

CUARTO OTROSÍ: Ruego a SS. Ilustre. tener presente que vengo en designar como abogados patrocinantes y en otorgar poder en la presente causa a los abogados habilitados don Fernando Molina Matta, Rut N° 11.833.992-4, don Nicolás Galli Burróni Rut N° 21.581.671-0 y doña Elisa Anguita Solís de Ovando Rut N° 17.699.571-8, ambos de mí mismo domicilio, quienes podrán actuar conjunta o separadamente en autos y quienes firman esta presentación con sus firmas electrónicas avanzadas en señal de aceptación.



7351834-2