

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

TABLA DE CONTENIDO

VISTOS:	2
I. Antecedentes de la reclamación.....	2
II. Del proceso de reclamación judicial.....	7
CONSIDERANDO:	9
I. Eventual ilegalidad por omitir consulta al SEA.....	11
II. Procedencia del Programa de Cumplimiento respecto al cargo por elusión	17
III. Supuesta tipificación errónea de la elusión.....	25
IV. Eventuales vicios de fundamentación en relación con las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA	35
1. Del deber de motivar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA	39
2. Sobre la modificación en el factor de ajuste respecto de los efectos del COVID 19.....	41
SE RESUELVE:	49



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Santiago, treinta de abril de dos mil veinticuatro.

VISTOS:

El 15 de diciembre de 2022, el señor Sergio Leiva Castro en representación de Áridos Cachapoal Ltda. ('el reclamante', 'la empresa' o 'Áridos Cachapoal') interpuso una reclamación en virtud de lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ('LOSMA') y 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales ('Ley N° 20.600'), en contra de la Resolución Exenta N° 2.401, de 21 de noviembre de 2022 ('Resolución Exenta N° 2.401/2022' o 'resolución reclamada'), de la Superintendencia del Medio Ambiente ('la reclamada' o 'SMA'), mediante la cual acogió parcialmente el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución Exenta N° 730, de 6 de mayo de 2020 ('Resolución Exenta N° 730/2020' o 'resolución sancionatoria'), que impuso al reclamante una multa de 2.379 Unidades Tributarias Anuales ('UTA'), reformulando el monto de la sanción a 856 UTA.

La reclamación fue admitida a trámite por resolución de 4 de enero de 2023, asignándosele el rol R N° 379-2022.

I. Antecedentes de la reclamación

El reclamante es titular del proyecto 'Áridos Cachapoal' ('el proyecto'), cuya Declaración de Impacto Ambiental ('DIA') fue aprobada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la región del Libertador General Bernardo O'Higgins ('COREMA') mediante Resolución Exenta N° 182, de fecha 12 de octubre de 2012 ('RCA N° 182/2012"). El proyecto consiste en la extracción máxima de 300.000 m³/año de áridos y arena del cauce del río Cachapoal por un período de 10 años, mientras que las faenas extractivas y de molienda se encuentran emplazadas en la ribera sur del cauce del citado río, entre los puentes Cachapoal Ruta 5 Sur y Cachapoal Carretera Panamericana, perteneciente a la comuna de Olivar, localidad de Gultro, región del Libertador General Bernardo O'Higgins (Figura N° 1).

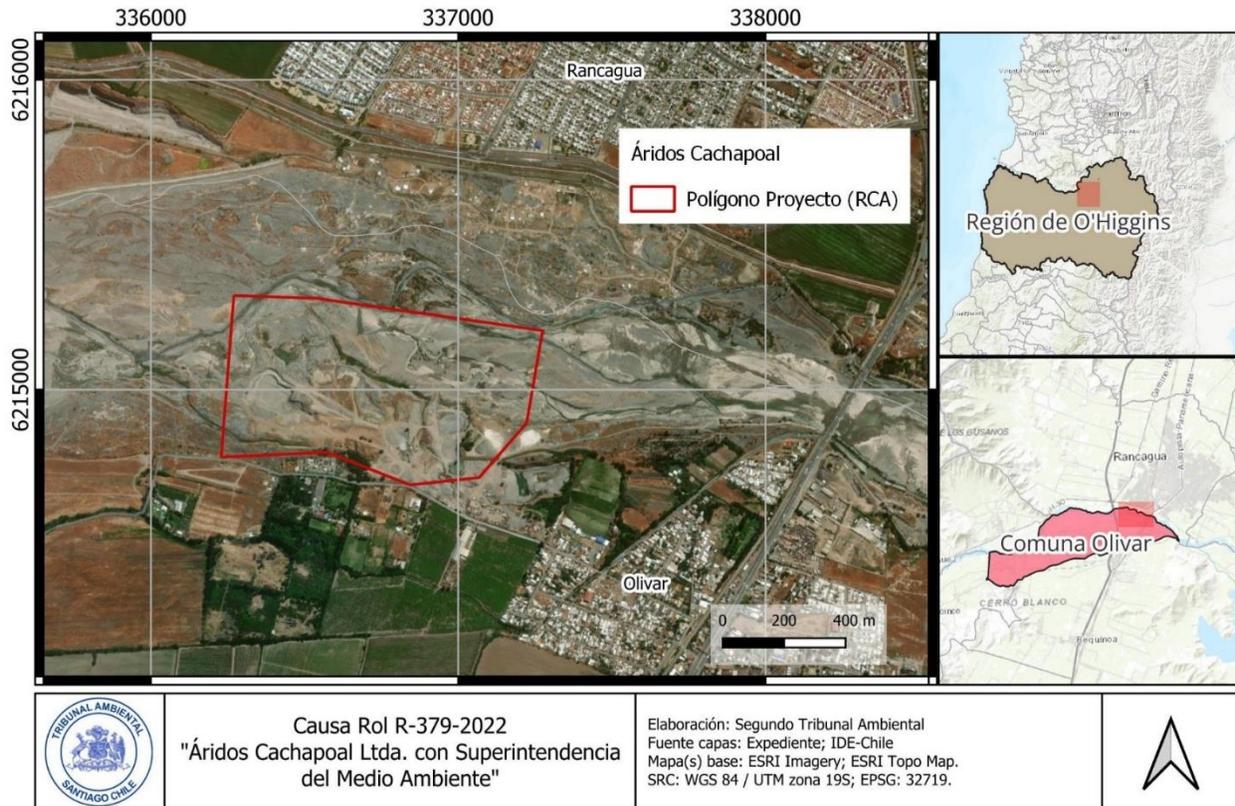


15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Figura N° 1. Cartografía de contexto territorial del proyecto



Fuente: Elaboración propia del Tribunal

El 20 de julio de 2015, la empresa Cooperativa de Servicios de Abastecimiento y Distribución de Agua potable, Alcantarillado y Saneamiento Ambiental Yungay Gultro Los Lirios Ltda. ('Aguacoop'), presentó una denuncia ante la SMA, señalando que desde el año 2014 Áridos Cachapoal viene acopiando material en el costado norte de la planta de Tratamiento de Aguas Servidas de Gultro, generando la obstrucción de la salida del efluente de dicha planta, lo que obligó a realizar descargas de aguas servidas sin tratar en el vertedero "Tormentas", y conducir las a través de una zanja de emergencia construida a tajo abierto para evacuar el efluente momentáneamente.

El 16 de junio de 2016, funcionarios de la SMA, en conjunto con la Dirección de Obras Hidráulicas ('DOH') y la Dirección de Aguas ('DGA'), todos de la región del Libertador General Bernardo O'Higgins, realizaron una inspección ambiental a la empresa de áridos denunciada. En esa actividad se constató —entre otras cuestiones— que la descarga de aguas servidas se conducía al río Cachapoal por un nuevo canal excavado por la empresa de áridos, situación que daría cuenta de la regularización de la descarga del efluente. Los resultados y conclusiones de la inspección



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

ambiental, el acta y el análisis efectuado por la DOH, la DGA y la SMA fueron incorporados en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1082-VI-RCA-IA.

Asimismo, el citado informe de fiscalización da cuenta -entre otras cuestiones- que se constató la existencia de un polígono de extracción no evaluado que en promedio posee 2 metros de profundidad y se encuentra emplazado a una distancia aproximada de 400 metros del puente *By Pass* (ex Ruta 5 Sur), en un punto definido por las coordenadas UTM (M) N: 6.215.077 y E: 335.725, datum WGS84, huso 19, y a 9 metros al sur del escurrimiento del río Cachapoal, haciendo presente que dicho sector de extracción no cuenta con la autorización técnica de la DOH, ni con el permiso respectivo de la Municipalidad de Olivar.

Asimismo, se menciona que, a partir de la revisión de las imágenes satelitales a través de Google Earth, es posible colegir que la actividad de extracción en esta zona habría sido iniciada durante el año 2016, y que, a partir de la fotointerpretación de imágenes satelitales, fue posible identificar la existencia de otros polígonos de extracción no evaluados que tampoco cuentan con la autorización ambiental técnica de la DOH, ni con el permiso respectivo de la citada municipalidad.

El 27 de marzo 2018, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-019-2018, la SMA formuló cargos en contra de Áridos Cachapoal por infracciones a los literales a) y b) del artículo 35 de la LOSMA. Así, para el caso del literal a) los cargos corresponden a los siguientes:

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, infracción que fue calificada como grave, en virtud de la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA.
2. Realizar faenas de extracción en los sectores evaluados en la RCA N° 182/2012, sin contar con los permisos ambientales sectoriales ('PAS') 89, 95 y 96, contemplados en el DS N° 95/01 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y por ende,



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

sin contar con ningún criterio técnico y análisis y/o estudios respecto de las faenas desarrolladas.

3. No ejecutar las obligaciones asociadas al proceso de molienda en cuanto a que el agua del proceso no es recirculada mediante piscinas decantadoras, sino que es devuelta al río Cachapoal directamente a través de un canal.

4. Realizar faenas de extracción fuera de los horarios establecidos por RCA, en cuanto a operar el proyecto desde las 7:00 a las 23:00 hrs.

Estas tres últimas infracciones fueron clasificadas como leves en virtud del numeral 3 del artículo 36 de la LOSMA.

Por su parte, en lo que dice relación con la infracción al artículo 35 letra b de la LOSMA, la SMA formuló el siguiente cargo:

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 cuerpos o cursos de agua sin la correspondiente autorización ambiental. Esta infracción fue clasificada como gravísima en tanto contiene hechos que involucran la ejecución de actividades del artículo 10 de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente ('Ley N° 19.300'), al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ('SEIA'), constatando en ellos los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley, correspondientes a los establecidos en las letras a, b y c del artículo 6° del Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, de 12 de agosto de 2013, que aprueba el Reglamento del SEIA ('Reglamento del SEIA'); y como grave, en virtud de la letra a) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA, que prescribe que son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación.

El 19 de abril de 2018, mediante Resolución Exenta N° 455, la SMA ordenó, previa autorización del Segundo Tribunal Ambiental,



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

mediante resolución de 17 de abril de 2018 en causa rol S N° 64-2018, como medidas provisionales: la detención del funcionamiento de toda actividad extractiva, la realización de monitoreos y el manejo del material de descarte según lo establecido en la RCA del proyecto, entre otras, por un plazo de dos meses.

El 29 de junio de 2018, mediante Resolución Exenta N° 784, la SMA ordenó la renovación de las medidas provisionales por un plazo de un mes e hizo presente las medidas que el Segundo Tribunal Ambiental decretó de oficio (bloqueo de las máquinas y equipos de la empresa de áridos Cachapoal, oficiar a la BIDEA para verificar si se continuaba con la extracción y oficiar al Ministerio de Obras Públicas ('MOP') para verificar el estado de las fundaciones, defensas y obras asociadas de los puentes *by pass* o ex Ruta 5 Sur y Ruta Panamericana sobre el río Cachapoal).

El 11 de mayo de 2018, Áridos Cachapoal presentó un Programa de Cumplimiento ('PdC') únicamente para aquellos cargos que no tenían asociada la existencia de daño ambiental.

El 24 de mayo de 2018, la empresa presentó sus descargos respecto a la infracción por elusión (cargo N° 5).

El 9 de agosto de 2018, mediante Resolución Exenta N° 9, la SMA rechazó el PdC presentado por Áridos Cachapoal, debido a que no cumplió con los requisitos de integridad, eficacia, y verificabilidad exigidos por la normativa reglamentaria.

El 21 de agosto de 2018, la empresa dedujo recurso de reposición en contra de la citada resolución con jerárquico en subsidio. El primer recurso fue rechazado mediante Resolución Exenta N° 12, de 15 noviembre de 2018, mientras que el segundo fue desestimado mediante Resolución Exenta N° 1.108, de 2 de agosto de 2019.

El 4 de septiembre de 2019, como consecuencia del rechazo del PdC, la empresa realizó sus descargos respecto de los cargos números 1, 2, 3 y 4.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

El 6 de mayo de 2020, la SMA dictó la Resolución Exenta N° 730, mediante la cual absolvió al infractor por el cargo N° 4 consistente en realizar faenas de extracción fuera de los horarios establecidos por RCA, y lo sancionó con una multa de 74, 41, 34 y 2.230 UTA, por las infracciones 1, 2, 3 y 5 (elusión), respectivamente.

El 26 de noviembre de 2020, la empresa interpuso un recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 730/2020, requiriendo que dicho acto sea dejado sin efecto, y en subsidio, se rebaje el monto de la multa hasta el mínimo legal.

El 21 de noviembre de 2022, mediante Resolución Exenta N° 2.041, la SMA acogió parcialmente el recurso de reposición rebajando la multa impuesta por elusión (cargo N° 5) de 2.230 a 770 UTA. Lo anterior, atendido que la SMA procedió a recalcular el beneficio económico de la empresa al periodo comprendido entre el año 2013 y 2017, pues se observó que Áridos Cachapoal había cesado en la extracción de áridos el año 2017.

Asimismo, la resolución actualizó el tamaño económico de la empresa, lo que se tradujo en un ajuste al total de las multas impuestas a las infracciones imputadas. Sin embargo, la resolución aclara que al realizar dicho ajuste respecto de las infracciones N° 1, 2, y 3, la cuantía de las multas sería mayor a la impuesta mediante la resolución sancionatoria, dado que a la fecha en que ésta se emitió, se aplicó un factor adicional de disminución producto de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia de COVID-19, consideración que no correspondía tener a la fecha de la presente resolución.

II. Del proceso de reclamación judicial

A fojas 156, la reclamante interpuso reclamación del artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 2.401/2022, que acogió parcialmente la reposición interpuesta por Áridos Cachapoal en contra de la resolución sancionatoria. En su libelo, la empresa solicita que el reclamo sea acogido, se anule



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

la citada resolución y se acoja el recurso de reposición en su totalidad, o bien, en aquellos vicios de legalidad que el Tribunal estime pertinentes.

A fojas 225, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la SMA, conforme lo dispone el artículo 29 de la ley N° 20.600.

A fojas 259, la SMA confirió patrocinio y poder, acompañó documentos y solicitó la ampliación del término para informar. Esta última solicitud fue acogida mediante resolución de fojas 261, prorrogándose el plazo en cinco días contados desde el vencimiento del término original.

A fojas 1.641, la SMA evacuó el informe solicitando que la reclamación sea rechazada en todas sus partes, que se declare que la resolución impugnada es legal y que fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condena en costas.

A fojas 2.088, el Tribunal tuvo por evacuado el informe.

A fojas 2.100, se decretó autos en relación y se fijó la vista de la causa para el jueves 14 de septiembre de 2023, a las 10:00 horas.

A fojas 2.101, las partes solicitaron de común acuerdo la suspensión de la vista de la causa.

A fojas 2.103, se fijó una nueva fecha para la vista de la causa, agendándose ésta para el martes 24 de octubre de 2023, a las 10:00 horas.

A fojas 2107, consta que la vista de la causa se llevó a cabo en la fecha establecida; que en estrado alegó el abogado señor Nicolás Galli Burroni por la reclamante Áridos Cachapoal, y la abogada Estefani Saéz Cuevas por la reclamada Superintendencia del Medio Ambiente; y que la causa en estudio por 30 días.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

A fojas 2.108, la causa quedó en estado de acuerdo y se designó a la Ministra Marcela Godoy Flores como redactora del fallo.

CONSIDERANDO:

Primero. Como primera cuestión, la reclamante alega que la resolución recurrida confunde el carácter no vinculante del informe del SEA, con la necesidad u obligatoriedad de solicitarlo en el contexto de la imputación de una infracción por elusión. Agrega que al no requerir el citado informe la SMA desatiende sus propios precedentes contraviniendo así sus propios actos y atentando contra la confianza legítima.

En segundo término, la reclamante afirma que la resolución recurrida es ilegal, pues se habría afectado su derecho de defensa al impedirle presentar un PdC que incluyera el cargo N° 5, relativo a la eventual elusión al SEIA. En este sentido, cuestiona los argumentos de la resolución reclamada acerca de las facultades de la SMA para reclasificar los cargos y a la tesis esgrimida por la SMA respecto que de todas formas el PdC se habría rechazado por no cumplir los requisitos para su aprobación.

En tercer lugar, la reclamante sostiene que la decisión de la SMA es ilegal, toda vez que la infracción N° 5 corresponde a un incumplimiento a la RCA del proyecto, mas no a un caso de elusión al SEIA, careciendo la SMA de discrecionalidad para seleccionar entre un tipo infraccional y otro, so pena de infringir el principio de tipicidad. En efecto, aclara que en el caso concreto existe un único proyecto, respecto del cual no se configuró una modificación de consideración, siendo esta última la única posibilidad que habría permitido configurar una elusión, cuestión que no fue planteada, ni menos desarrollada a lo largo del procedimiento.

Por último, la reclamante alega que la resolución recurrida incurre en graves omisiones respecto a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Afirma que tanto la resolución sancionatoria como la recurrida no explicitan la incidencia de las



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

diversas circunstancias en el cálculo de la multa, generando incerteza en la manera en que se determinan los montos para cada infracción. Por otra parte, afirma que se incurre en un nuevo vicio cuando la resolución recurrida deja sin efecto la circunstancia extraordinaria de la pandemia COVID-19, ya que la ocurrencia de dicha circunstancia debe ser considerada al momento de la sanción y no al resolver la reposición, configurándose un caso de *reformatio in peius* (locución latina que se utiliza en el ámbito del Derecho, que puede traducirse al español como "reformular en perjuicio" y que aborda el principio por el cual el juez que conoce de un recurso no puede reformar la resolución recurrida en perjuicio del recurrente). Finalmente, señala que al excluirse esta circunstancia (COVID-19), la SMA sólo se pronuncia de las consecuencias de dicha exclusión respecto de los cargos N° 1, 2 y 3, guardando absoluto silencio respecto a la elusión.

Segundo. Por el contrario, la reclamada sostiene que la solicitud de informe al SEA es una exigencia legal que la SMA debe cumplir para requerir el ingreso de un proyecto al SEIA, pero no para sancionar por elusión, sobre todo si el infractor ha cesado la ejecución al momento de la dictación de la resolución sancionatoria. Por otro lado, explica que la imputación de daño ambiental no generó una situación de indefensión para la empresa, pues ella presentó un PdC por el resto de los cargos, el cual fue rechazado independientemente de la imputación de daño ambiental.

En cuanto a la configuración de la elusión, la SMA precisa que, en base a los antecedentes del procedimiento, es posible sostener que la extracción no autorizada sobrepasó los umbrales de ingreso al SEIA, conclusión que se confirma analizando los volúmenes extraídos en el cauce y fuera de éste, tanto de forma separada, como conjunta, por lo que no cabe duda de que se está frente a una elusión al SEIA y no únicamente ante un incumplimiento a la RCA del proyecto.

Finalmente, la reclamada afirma que no hubo *reformatio in peius* respecto de ninguno de los cargos en relación con el tamaño económico de la empresa. En el caso particular de la situación del COVID-19, señala que dicha circunstancia no correspondía ser



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

aplicada a la fecha en que la SMA resolvió la reposición, porque la información de los ingresos anuales de la empresa disponible por la SMA corresponde al año 2020, lo que ya comprende los efectos que la pandemia ha tenido en el funcionamiento de la empresa, y que de haberlo considerado se habría incurrido en una doble ponderación de los efectos de la pandemia.

Tercero. Atendido los argumentos, alegaciones y defensas expuestas precedentemente, el desarrollo de esta parte considerativa abordará las siguientes controversias:

- I. Eventual ilegalidad por omitir consulta al SEA
- II. Procedencia del Programa de Cumplimiento respecto al cargo por elusión
- III. Supuesta tipificación errónea de la elusión
- IV. Eventuales vicios de fundamentación en relación con las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

I. Eventual ilegalidad por omitir consulta al SEA

Cuarto. El reclamante señala que conforme lo dispone el artículo 3° letra i) de la LOSMA, la SMA tiene la potestad para requerir el ingreso al SEIA de aquellos proyectos o actividades que se estén ejecutando al margen del SEIA, contexto en el cual debe oficiar al SEA como un requisito previo y esencial para resolver potenciales infracciones por elusión de ingreso al SEIA. En efecto, sostiene que en la resolución reclamada se cita jurisprudencia para justificar por qué no se requirió informe al SEA, pero que dichos pronunciamientos no se refieren a la obligatoriedad del informe, sino a la no vinculación de éste.

En este contexto, la empresa afirma que no se puede prescindir del informe dado su carácter no vinculante, pues el tenor literal de la norma exige que éste debe ser solicitado previo a la decisión administrativa. Agrega que la doctrina comparte lo señalado, y que en el pasado la SMA ha solicitado informe al SEA, suspendiendo procedimientos sancionatorios por elusión y al término de éstos no ha requerido de ingreso al SEIA. Una actuación en contrario, como



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

ocurrió en autos, transgrede el principio de confianza legítima y a la teoría de los actos propios.

En este mismo sentido, sostiene que el requerimiento de ingreso y la elusión comparten el mismo presupuesto normativo, a saber: la existencia de obras o actividades que cumplan con cualquiera de las hipótesis reguladas en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, complementado por el artículo 3° del Reglamento del SEIA, y que no hayan sido sometidas a evaluación ambiental. Por consiguiente, conforme con el principio de razonabilidad y a la máxima del Derecho que establece que frente a la misma razón debe aplicarse la misma disposición, la SMA debió solicitar informe al SEA.

Por otra parte, el reclamante afirma que el SEA es quien detenta la potestad exclusiva y especializada para determinar la procedencia de la evaluación ambiental de un proyecto, no sólo por lo dispuesto en el artículo 3° letra i) de la LOSMA, sino porque de acuerdo con el artículo 26° del Reglamento del SEIA, es el órgano que determina la pertinencia de ingreso al SEIA, todo lo cual se encuentra respaldado en el Ordinario N° 131.456 del SEA, de 12 de septiembre de 2013, que "Imparte instrucciones sobre consultas de pertinencia de ingreso al SEIA" ('Ordinario N° 131456/2013' o 'Instructivo sobre consultas de pertinencia').

Con todo, sostiene que, aun cuando se tratase de un informe facultativo, la resolución reclamada adolecería de falta de motivación, pues el informe del SEA es un insumo necesario para que la SMA motive su decisión respecto a la procedencia de la elusión o de un requerimiento de ingreso. En este contexto, sostiene que la SMA tenía la obligación de señalar las razones y los motivos por los cuales decidió no requerir informe al SEA, no bastando que la SMA justificara su omisión en base a su potestad discrecional.

Quinto. Agrega la reclamada, como contrapartida, que en aquellos casos en que la SMA constata una hipótesis de elusión, ésta puede optar por formular cargos o por la vía correctiva, y en este último caso, requerir derechamente el ingreso del proyecto al SEIA conforme con lo dispuesto en el artículo 3 letra i) de la LOSMA,



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

bajo apercibimiento de sanción. Sostiene que, de la norma citada, se desprende que la facultad de requerir el ingreso de un proyecto exige, como trámite esencial, que la SMA solicite previamente el pronunciamiento al SEA; y que el único caso en que dicha solicitud es obligatoria se presenta cuando se requiere de ingreso en el marco de un procedimiento sancionatorio por elusión. Así, concluye que en el caso *sub-lite* no era imperativo solicitar un pronunciamiento del SEA al respecto, dado que la SMA no decidió requerir de ingreso al SEIA a Áridos Cachapoal.

Lo anterior, en opinión de la reclamada, no impide que la SMA pueda solicitar el pronunciamiento del SEA en el marco de un procedimiento sancionatorio, a luz de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado ('Ley N° 19.880') caso en el cual lo informado por el SEA no es vinculante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 del citado estatuto legal. En este sentido, aclara, que todos los casos citados por el reclamante en que la SMA solicitó informe al SEA en el marco de un sancionatorio por elusión, se realizaron al amparo del citado artículo 38, y que le resulta curioso que la empresa haya omitido todos los otros precedentes en que la SMA, tratándose de procedimientos sancionatorios iniciados y culminados por infracción del artículo 35 letra b) de la LOSMA, no solicitó informe previo al SEA.

A su vez, la SMA añade que no requirió el ingreso del proyecto al SEIA, ya que éste había cesado en su ejecución a la época de la dictación de la resolución sancionatoria. En efecto, aclara que fue posible constatar que las extracciones en sitios no autorizados que superaban los umbrales de la tipología de ingreso del literal i) del artículo 3 del Reglamento del SEIA, dando origen a la elusión imputada en la formulación de cargos, finalizaron el año 2017. Por tanto, no estando en ejecución la actividad a la fecha de la dictación de la resolución sancionatoria, se hacía innecesario requerir su evaluación ambiental, sobre todo teniendo en cuenta que el titular corrigió su conducta, limitándose a extraer áridos únicamente en la zona autorizada por su RCA.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Finalmente, la SMA sostiene que la hipótesis infraccional que dio origen al cargo N° 5 era evidente y no requería una opinión técnica de parte del SEA como puede serlo en otros casos. Ello, por cuanto la sola apreciación de los antecedentes levantados en la etapa de fiscalización permitía concluir que la extracción de áridos desarrollada por Áridos Cachapoal superaba con creces las tipologías de ingreso al SEIA establecidas en el artículo 3 letra i) del Reglamento del SEIA.

Sexto. Que, para resolver esta alegación, se debe tener presente que el artículo 35 de la LOSMA, dispone que corresponderá exclusivamente a la SMA el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: "[...] b) **La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella.** Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3°" (énfasis agregado).

Séptimo. A la luz del precepto reproducido, es dable sostener que en la primera parte del literal b) del artículo 35 de la LOSMA, el legislador tipificó una infracción ambiental, conocida comúnmente como elusión, cuyo objetivo es sancionar a quienes lleven a cabo proyectos o actividades al margen del SEIA, situación que puede configurarse con la realización de un proyecto original o bien, a partir de una modificación de proyecto existente, caso este último que supone necesariamente la existencia de una RCA. Por otro lado, en la segunda parte del citado precepto se reguló como infracción el incumplimiento de los requerimientos de ingreso dispuestos por la SMA, dos de los cuales corresponden a requerimientos por elusión (letras i) y j)) y uno por fraccionamiento (letra k)).

Octavo. A su vez, los literales i) y j) del artículo 3° de la LOSMA prescriben que la SMA podrá: "**i) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos 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**



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

*que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente. / j) Requerir, **previo informe del Servicio de Evaluación**, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de Resoluciones de Calificación Ambiental, que sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la ley N° 19.300, requieran de una nueva Resolución de Calificación Ambiental” (énfasis agregado).*

Noveno. Del precepto reproducido se colige que el legislador reguló los denominados requerimientos de ingreso al SEIA a través de medidas esencialmente correctivas, logrando enmendar el aspecto ambiental esencial vinculado a un proyecto actividad que no ha ingresado al SEIA debiendo hacerlo, que es justamente exigir que el proyecto ingrese al SEIA para ser evaluado, situación que las sanciones administrativas, por muy gravosas que sean, no están en condiciones de solucionar.

De esta manera, se regulan dos tipos de requerimiento, el primero, establecido en el literal i) del artículo 3° de la LOSMA, referido a los proyectos o actividades que debieron someterse al SEIA y no lo hicieron; mientras que el segundo, contenido en el literal j) del citado precepto, regula aquellos casos en que la elusión se configura como consecuencia de una modificación de proyecto que no ingresó a evaluación ambiental debiendo hacerlo. En ambos casos, la ley exige como requisito para requerir de ingreso a un proyecto o actividad, que la SMA solicite previamente informe al SEA.

Décimo. En este orden de ideas, dimana con claridad que el legislador solo exigió el informe del SEA como requisito previo y esencial cuando la SMA decida requerir de ingreso al SEIA a aquellos proyectos o actividades que no lo hicieron cuando debieron hacerlo, pero no para configurar la infracción regulada en el artículo 35 letra b) de la LOSMA. Lo anterior se explica porque la potestad sancionadora es exclusiva de la SMA, de manera tal que es el órgano sancionador y no otro quien determina cuándo se configura una infracción al artículo 35 de la LOSMA y qué sanciones aplicar de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 40 del



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

citado cuerpo normativo, entre otras disposiciones. De esta manera, queda vedado exigir como requisito previo y esencial para tipificar una infracción del artículo 35 de la LOSMA la participación de otros órganos del Estado, como sería el SEA a través de un informe que señalare si el proyecto debía o no ingresar al SEIA.

Undécimo. Cosa distinta sucede en general con los requerimientos de ingreso y, en particular, con los de elusión, regulados en los literales i) y j) del artículo 3° de la LOSMA, cuya exigencia no se enmarca en la potestad sancionadora de la SMA, sino que dentro de las facultades correctivas con las que cuenta dicho órgano del Estado. De esta forma, los requerimientos de ingreso al SEIA, en tanto son medidas correctivas, pueden ir o no precedidas por la determinación de la responsabilidad administrativa sancionadora. En efecto, el requerimiento de ingreso puede decretarse al término de un procedimiento administrativo sancionador en el cual la SMA haya decidido sancionar al infractor por elusión, o bien, en el marco de un procedimiento por requerimiento de ingreso en el que la SMA ni siquiera formula cargos y mucho menos, como es obvio, sanciona al "infractor".

Duodécimo. Lo anterior resulta del todo razonable, pues lo que gatilla el requerimiento de ingreso no es en rigor la elusión como tipo infraccional del artículo 35 letra b) de la LOSMA, sino que simplemente la existencia de un proyecto o actividad que debiendo ingresar al SEIA no lo haya hecho, y que dicha omisión aún sea necesaria de corregir al término del procedimiento antes señalado o al finalizar un procedimiento administrativo sancionador por elusión. Lo anterior explica por qué en este caso el legislador sí exige como requisito previo la solicitud de informe al SEA, pues el requerimiento de ingreso al SEIA es una medida correctiva que se traduce en la exigencia de evaluación ambiental de un proyecto, lo que corresponde a una materia competencial del SEA y no exclusiva de la SMA.

Decimotercero. Que, a la luz de lo señalado en las consideraciones precedentes, cabe señalar que, en el caso de marras, la SMA decidió sancionar al reclamante por infringir el artículo 35 letra b) de



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

la LOSMA, en el entendido que extrajo áridos en sitios no autorizados que superaban los umbrales de la tipología de ingreso del literal i) del artículo 3 del Reglamento del SEIA, sin la correspondiente autorización ambiental. Sin embargo, se pudo acreditar que dichas extracciones finalizaron el año 2017, de manera que al dictarse la resolución sancionatoria el 6 de mayo de 2020, la SMA consideró que no era necesario requerir de ingreso al proyecto y, por ende, tampoco procedía solicitar el informe previo al SEA de conformidad con lo dispuesto en los literales i) y j) del artículo 3° de la LOSMA, según sea el caso.

Decimocuarto. Por todo lo anterior, estos sentenciadores son del parecer que la SMA no incurrió en una ilegalidad al no solicitar informe al SEA para configurar la infracción por elusión, pues como se señaló, dicho informe no es requisito esencial para determinar la concurrencia de la infracción regulada en el artículo 35 letra b) de la LOSMA. Se suma a lo señalado que, una vez finalizado el procedimiento sancionatorio, la SMA no requirió al reclamante que ingresara su proyecto al SEIA, lo que hacía innecesario solicitar al SEA el informe regulado en el artículo 3° letra i) o j) de la LOSMA, según correspondiera, todo lo cual lleva a estos sentenciadores a desestimar la alegación de la reclamante a este respecto.

**II. Procedencia del Programa de Cumplimiento respecto al cargo
por elusión**

Decimoquinto. El reclamante señala que, al formular cargos, la infracción por elusión fue objeto de una doble clasificación por parte de la SMA, al ser considerada como gravísima y grave. En este último caso, por haber causado daño ambiental susceptible de reparación conforme lo dispone artículo 36 N° 2 literal a) de la LOSMA. Sin embargo, sostiene que con posterioridad se constataron nuevos antecedentes, en particular la Minuta Técnica DGA asociada al Ord. N° 280 DGA de 31 de mayo de 2018, que permitió descartar la ocurrencia de daño ambiental.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Lo anterior implica -en opinión del reclamante- que la infracción por elusión nunca tuvo el carácter o la entidad de generar un daño, lo que recién fue determinado al momento de dictarse la resolución sancionatoria, privándolo, en consecuencia, de presentar acciones para hacerse cargo de la infracción y de sus efectos reales en el marco de un PdC. Agrega que la SMA justifica su actuar en base a la facultad que tiene de reclasificar una infracción sin necesidad de una nueva formulación de cargos, actuación que en opinión del reclamante transgrede el debido proceso en lo referido al principio de contradictoriedad o derecho a la defensa.

En efecto, sostiene que en el caso de autos la autoridad debió garantizar el debido proceso del administrado otorgándole la posibilidad de presentar un PdC que abarcara la totalidad de los cargos efectuados, dado que el cargo N° 5 (elusión) jamás cumplió con los supuestos configurativos del daño ambiental. En este contexto, sostiene que el vicio de legalidad se configura porque, de haberse formulado originalmente el cargo N° 5 desestimando la generación de daño ambiental, habría podido presentar un PdC completo respecto de todas y cada una de las infracciones imputadas.

Finalmente, el reclamante hace presente que estas conclusiones no se ven alteradas por el hecho de que el PdC fuese rechazado, desde que es imposible saber cuál hubiese sido el contenido de este si se hubiese presentado el PdC incluyendo el cargo N° 5 (elusión), sobre todo considerando que la elusión representa cuantitativamente casi 10 veces el monto de las demás multas, por lo que los esfuerzos comprometidos y la calidad del PdC hubiese sido sustancialmente diferente de haberse incluido el mencionado cargo.

Decimosexto. Por el contrario, la SMA precisa que las acciones que puede comprometer un titular en el marco de un PdC no son idóneas para hacerse cargo del daño ambiental causado por la infracción, pues para ello la ley consagró específicamente el plan de reparación regulado en el artículo 43 de la LOSMA, tal como se señala expresamente en la "Guía para la presentación de Programa de Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente", del



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

año 2018, de la SMA ("Guía PdC"). Dicha improcedencia se explica porque en el marco de un PdC no existen acciones que permitan recomponer el detrimento ambiental ocasionado, sin que ello implique una compensación o una reparación, y que esta exclusión del daño ambiental constituye la observancia al principio de juridicidad. Asimismo, hace presente que si fuere necesario tomar medidas inmediatas en relación con el detrimento constatado, siempre quedarán a salvo la adopción de medidas provisionales o medidas urgentes y transitorias.

Aclarado lo anterior, la reclamada sostiene que la clasificación de los cargos puede ser descartada en la resolución sancionatoria sin necesidad de reformularlos, siempre que dicha modificación no se base en hechos nuevos desconocidos para el presunto infractor y no implique una calificación respecto de la que no ha podido defenderse. Precisa que ello no ocurrió en el caso de autos, pues la SMA solo descartó una de las clasificaciones de gravedad asignadas al cargo por elusión. Luego de citar doctrina y jurisprudencia ambiental sobre el punto, concluye que la reformulación de cargos procede ante nuevos hechos que impliquen una modificación del hecho infraccional imputado o de la clasificación de gravedad imputada y su correlativa sanción aplicable, lo que no ocurrió en el caso en concreto, pues no se modificó la clasificación de gravísima inicialmente asignada al cargo por elusión, descartando la resolución sancionatoria únicamente la clasificación de grave por la ocurrencia de daño ambiental reparable.

Por otra parte, la reclamada sostiene que los impedimentos para presentar un PdC deben ser analizados caso a caso por la SMA y en la oportunidad que corresponde, y que a la fecha en que Áridos Cachapoal podía presentar un PdC, existía una hipótesis de daño ambiental -imputada en la formulación de cargos- que eventualmente podría haber derivado en un rechazo de un PdC, de ser presentado; y que es perfectamente posible que las circunstancias que en un principio puedan hacer improcedente la presentación de un PdC cambien durante el transcurso del procedimiento sancionatorio. Agrega que la SMA tiene el legítimo derecho a imputar daño ambiental en la fase inicial de la instrucción en base a prueba



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

indiciaria, aún bajo la eventualidad que la hipótesis varíe, pues justamente la finalidad del procedimiento es investigar los hechos que fundamentan el cargo, para finalmente establecer si estos se acreditaron o no.

Finalmente, la reclamada sostiene que en el presente caso la imputación de daño ambiental no generó una situación de indefensión para la empresa, pues Áridos Cachapoal presentó un PdC, el que posteriormente fue rechazado por la SMA, independientemente de la imputación de daño ambiental. Asimismo, señala que lo relevante en este caso, es que bajo el supuesto hipotético de que el titular hubiese presentado acciones respecto del cargo N° 5, el PdC también se habría rechazado, dado que éste tampoco habría cumplido con todos los requisitos que ordena para su aprobación, el Decreto Supremo N° 30 del Ministerio del Medio Ambiente, de 11 de febrero de 2013, que aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación ('DS N° 30/2013'), infringiendo a lo menos el requisito de integridad.

Decimoséptimo. Para resolver la controversia, es fundamental elucidar si el PdC puede hacerse cargo de los efectos derivados de un incumplimiento, cuando la SMA ha determinado en la formulación de cargos que éstos corresponden a un daño ambiental susceptible o no de ser reparado. Al respecto, se debe tener presente que el artículo 42 de la LOSMA define el PdC como: "*[...] el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que, dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique*".

A continuación, dispone que: "*No podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves. Con tal objeto, deberá considerarse el plazo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 37*".



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Finalmente, señala que: *"El Reglamento establecerá los criterios a los cuales deberá atenerse la Superintendencia para aprobar un programa de cumplimiento. Con todo, la presentación del programa de cumplimiento y su duración interrumpirán el plazo señalado en el artículo 37"*. A su vez, el artículo 6°, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 30/2012 reitera lo señalado en el artículo 42 de la LOSMA, respecto de los impedimentos para presentar PdC.

Decimoctavo. Por su parte, la Guía para PdC en su numeral 1.3 dispone que: *"[...] la presentación de un PDC no es procedente en caso de infracciones que hayan causado daño ambiental, sea éste susceptible, o no, de reparación, por existir en la misma LO-SMA o en la Ley N° 19.300, otros mecanismos jurídicos aplicables a infracciones que hayan ocasionado daño ambiental"*. A su vez, el Plan de Reparación se encuentra regulado en el artículo 43 de la LOSMA, en los siguientes términos: *"Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental"*.

Agrega que: *"El Servicio de Evaluación Ambiental deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor deberá implementar a su costo y dentro de los plazos que al efecto le fije tal autoridad"*. A continuación, señala esta norma que: *"Una vez recibidos por la Superintendencia el plan de reparación y su respectiva aceptación por el Servicio de Evaluación Ambiental, ésta lo aprobará, y le corresponderá la fiscalización de su cumplimiento"*.

Decimonoveno. De las normas citadas, es posible concluir que la LOSMA establece solo tres hipótesis en que no se admite la presentación de un PdC, a saber: i) cuando el infractor se haya acogido a programas de gradualidad; ii) cuando anteriormente el infractor haya sido sancionado por una infracción gravísima; y, iii) cuando ya haya presentado con anterioridad un PdC, a menos que se trate de infracciones leves.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

En este contexto, la imposibilidad de presentar dicho instrumento en los casos en que se imputa la generación de daño ambiental obedece a una interpretación de la SMA, que se expresa en la "Guía para la Presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental". De esta forma, a juicio del Tribunal, una de las primeras cuestiones que se debe resolver es si dicha interpretación se aparta o no del tenor de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

Vigésimo. Al respecto, el Tribunal tiene presente que la referida guía, atendido su rango infralegal no puede establecer exigencias adicionales a las legales para la procedencia del PdC, lo cual es de toda lógica atendida su naturaleza jurídica. Así las cosas, del tenor de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, la imposibilidad de presentar un PdC, planteada por la Guía de la SMA, va más allá de lo que dispone la ley, que solo determina la improcedencia de dicho instrumento en las hipótesis del artículo 42 inciso tercero de la LOSMA, las cuales -por su carácter excepcional respecto de la regla general, que lo admite en el procedimiento sancionatorio-, son de derecho estricto.

En definitiva, como ha quedado demostrado, la ley no priva al presunto infractor de la posibilidad de presentar un PdC aun cuando en la instancia de formulación de cargos se impute un eventual daño ambiental. En efecto -como se señaló-, una interpretación de derecho estricto lleva a concluir que el catálogo de impedimentos del artículo 42 de la LOSMA, para presentar un PdC, sea taxativo.

Vigésimo primero. Por lo demás, se debe tener presente que, a nivel reglamentario, el artículo 9 del DS 30/2012, exige para aprobar un PdC que éste cumpla con tres criterios, uno de los cuales es el de integridad, que exige que las acciones y metas contenidas en un PdC "[...] *deben hacerse cargo de **todas y cada una de las infracciones** en que se ha incurrido y de sus efectos*" (énfasis agregado). Es justamente la expresión utilizada a nivel reglamentario la que confirma que no existe restricción respecto al tipo o entidad del efecto derivado de un incumplimiento a la normativa ambiental, utilizando un término relacionado de género a especie con el de daño ambiental.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Asimismo, se debe considerar que, tal como ha sostenido este Tribunal, al momento de formular cargos, la Administración efectúa una imputación preliminar y esencialmente temporal, que puede ser modificada en la resolución sancionatoria, de conformidad con los argumentos y pruebas que proporcione el presunto infractor durante el procedimiento. Por consiguiente, la imputación de daño ambiental puede variar entre la formulación de cargos y la sanción, o si se mantiene, puede modificarse su calificación (Cfr. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia rol R N° 266-2020, de 19 de diciembre de 2022, c. septuagésimo séptimo)

Por último, llama la atención que el principal argumento esgrimido por la SMA se funde en la existencia de un instrumento específico para hacerse cargo de la reparación del daño ambiental en sede administrativa, como es el Plan de Reparación del artículo 43 de la LOSMA.

Vigésimo segundo. De esta manera, a juicio de estos sentenciadores, la SMA incurre en un vicio de legalidad al impedir al reclamante que incorporara el cargo N° 5 (elusión) al PdC presentado el 11 de mayo de 2018. De haber incorporado dicho cargo, la SMA no habría realizado la doble clasificación que generó. Esta situación, que ha quedado en evidencia con los antecedentes tenidos a la vista, tuvo como única finalidad excluir la elusión del PdC clasificándola como grave de conformidad al artículo 36 N° 2 letra a) de la LOSMA, por la ocurrencia de daño ambiental susceptible de reparación.

Vigésimo tercero. Sin embargo, en el marco del análisis de la esencialidad del vicio, consta en autos que el PdC presentado por el reclamante respecto de los demás cargos fue rechazado por la SMA mediante Resolución Exenta N° 9, de 9 de agosto de 2018, debido a que éste no cumplía con los requisitos de integridad, eficacia, y verificabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del DS N° 30/2012, resolución que no ha sido objeto de impugnación judicial.

En efecto, la citada resolución en su considerando 69 señala que: "sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que si bien por



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

una parte no se cumple con el criterio de integridad en los términos antes expuestos, y aun cuando se hubiera cumplido con este, habiendo mantenido la acción asociada a la obtención del PAS 159, ella igualmente implicaría no dar cumplimiento al criterio de eficacia, en atención a lo expuesto en el pronunciamiento remitido con fecha 11 de julio de 2018, a través del ORD.DOH.VI. N° 1208, por el Director de la Dirección Regional de Obras Hidráulicas de la Región de O'Higgins, en el que se indica entre otros que, *'dada la situación actual de los incumplimientos por parte de Áridos Cachapoal informados en este oficio, sumado al efecto negativo que ha presentado en obras fiscales, como son las excavaciones excesivas que han dejado expuesto las fundaciones de las defensas fluviales existente [sic] en las inmediaciones del polígono de extracción y cambios morfológicos en las proximidades de las cepas del puente Ruta número 5 "Travesía" y Puente Bypass, no sería posible, con los antecedentes actuales, proceder a la tramitación de un nuevo Permiso Ambiental Sectorial (PAS 159)'*".

Vigésimo cuarto. Que, así las cosas, de haberse incluido en el PdC el cargo N° 5 (elusión), el resultado sería el mismo, a saber: el rechazo del PdC. Ello, por cuanto el PdC presentado fue desestimado porque no cumplía con los requisitos de integridad, eficacia, y verificabilidad exigidos por el artículo 9 del DS N° 30/2012, respecto de los otros cargos, decisión que no se vería alterada de modo alguno si es que se hubiese incorporado a él, el cargo por elusión y sus efectos. Asimismo, no puede acogerse el argumento del reclamante en el sentido que los esfuerzos comprometidos y la calidad del PdC hubiese sido sustancialmente diferente de haberse incluido el mencionado cargo, pues la calidad del PdC en todos los casos, con independencia de cuáles sean las circunstancias, debe ser siempre el óptimo para cumplir con los criterios de aprobación del artículo 9 del citado estatuto reglamentario.

Vigésimo quinto. En virtud de lo expuesto, el Tribunal concluye que, si bien existió un vicio, este no tiene el carácter de esencial, de forma que no requiere ser saneado con la nulidad del acto, pues conforme a los antecedentes que obran en el proceso, de no haberse incurrido en dicho error por parte de la SMA, el PdC de



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

todas formas hubiese sido rechazado. Por todo ello, la alegación del reclamante sobre el particular debe ser desestimada.

III. Supuesta tipificación errónea de la elusión

Vigésimo sexto. El reclamante alega que el cargo N° 5 constituye un incumplimiento a la RCA y no una elusión al SEIA, atendido que se trata de un solo proyecto que incumplió las condiciones establecidas en la autorización ambiental y no de un proyecto paralelo. Precisa que la única hipótesis de elusión que podría haberse configurado y que no fue planteada, es el haberse efectuado una modificación sustancial al proyecto aprobado sin ingresar al SEIA, y que la formulación de cargos en forma implícita, equivocada y artificiosamente da a entender el desarrollo de un proyecto distinto e individual, que por sí mismo supera en las áreas de explotación los umbrales para configurar las tipologías de ingreso.

Luego de citar doctrina referida al alcance del principio de tipicidad, el reclamante sostiene que, una vez configurado el hecho típico, no existe discrecionalidad de la Administración para ejercer o no la potestad punitiva, ni menos aún para seleccionar el tipo infraccional, de manera que la SMA yerra al plantear que en base a sus potestades discrecionales puede optar caso a caso por el tipo infraccional a imputar.

Por otra parte, el reclamante sostiene que, aun cuando no existe una definición legal o reglamentaria de proyecto, la jurisprudencia administrativa y judicial ha ido precisándolo a propósito del fraccionamiento de proyecto, destacando lo señalado por la SMA en el Memorandum N° 93/2020, de 13 de agosto de 2020, que contiene el Instructivo que "Entrega Recomendaciones e Instrucciones para la Consideración de Fraccionamiento de Proyectos en la Elaboración de Informes de Fiscalización". Sostiene que todos los criterios de unidad contenidos en el citado documento se presentan en su caso; desde que la extracción de áridos la realiza el mismo titular, los puntos de extracción comparten la misma infraestructura, estructuras e insumos, se



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

amparan bajo los mismos permisos administrativos, se han ejecutado temporalmente en forma coetánea, etc.

Aclarado que se está en presencia de un único proyecto, la reclamante sostiene que la desviación de las condiciones impuestas puede constituir un incumplimiento o una modificación a ésta. De esta manera, luego de referirse a lo resuelto en los autos rol R- N° 6-2014 del Tercer Tribunal Ambiental y la causa Rol N° 5.838-2015 de la Corte Suprema, ambas referidas al caso de la Central Bocamina, deduce de éstos que, existiendo una RCA de un proyecto, la desviación de su normativa constituye un incumplimiento, salvo que se trate de una modificación de consideración, única hipótesis que permitiría configurar la elusión, lógica que ha sido replicada por la propia SMA en posteriores procedimientos sancionatorios.

Precisa el reclamante que si bien el proyecto no cumplió las condiciones de explotación contenidos en la RCA, ello no implica que se haya ejecutado un proyecto en paralelo; y que, conforme a la descripción del proyecto su objetivo para ingresar al SEIA era evaluar el incremento en la explotación, autorizándose 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, volumen y periodo de tiempo que nunca fue superado.

De acuerdo con lo señalado, el reclamante sostiene que, si lo pretendido por la SMA fue 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, concluye que la SMA no efectuó tal análisis y que ni siquiera mencionó la norma basal para tales efectos, persistiendo en plantear la coexistencia de dos proyectos paralelos sin ningún sustento fáctico.

Vigésimo séptimo. Por su parte, la reclamada afirma que, conforme se indicó en la resolución impugnada, el cargo imputado en la formulación de cargos y castigado mediante la resolución sancionatoria, claramente corresponde a una elusión al SEIA regulada en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, y no a una



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

infracción a la RCA del proyecto. A su vez, sostiene que lo señalado por la reclamante no es cierto, toda vez que en la formulación de cargos se señaló expresamente que el cargo N° 5 emanaba de una modificación de proyecto para la cual la ley exige RCA. Agrega que si bien la formulación de cargos precisó que la actividad constituye una modificación de proyecto para la cual la ley exige contar con una RCA, lo cierto es que la SMA no tiene el deber de indicar bajo cuál modalidad se hace obligatorio el ingreso del proyecto, pues la norma del artículo 35 letra b) de la LOSMA consagra esta infracción sin distinguir si se trata de un proyecto existente o una modificación del mismo.

Asimismo, la reclamada sostiene que, a fin de configurar la elusión al SEIA, la SMA pudo determinar que, tanto las extracciones realizadas dentro del cauce como aquellas realizadas fuera de éste, al ser analizadas separadamente, superan con creces los umbrales del ingreso al SEIA establecidos para cada caso. Así, dada la magnitud de los volúmenes extraídos no es posible considerar que la infracción corresponde a un incumplimiento de la RCA N° 182/2012. En efecto, precisa que el área o superficie considerada en el hecho infraccional comprende tanto los polígonos de la caja de ríos como los del Pozo Lastrero o cantera, y que, respecto al volumen extraído, la RCA del proyecto permitía la extracción en áreas autorizadas de 300.000 m³/anuales. Sin embargo, de los resultados de los escenarios modelados en la cubicación, realizados a través de la fotointerpretación de imágenes satelitales, fue posible sostener que la magnitud de la extracción realizada por el titular, espacialmente fuera del área autorizada por la RCA, se encuentra dentro del rango de 1.044.807 m³ y 1.526.203 m³.

Con todo, la reclamada señala que es justamente la situación prevista en el literal g.1 del artículo 2 del citado estatuto reglamentario aquella que se verifica en el presente caso, en cuanto las extracciones no autorizadas "*constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento*", como dispone la norma. Así, de sostenerse -como pretende la empresa- que la SMA debió haber imputado estas extracciones como una infracción a la RCA N° 182/2012, entonces cada vez que la SMA



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

constata modificaciones de proyecto que configuran por sí una tipología de ingreso debiese imputarlo como infracción a la RCA, lo que dejaría sin aplicación práctica el presente literal.

Finalmente, la reclamada sostiene que la formulación de cargos por elusión en contra de la empresa se fundamenta en la potestad sancionatoria y la facultad discrecional que detenta como servicio, así como también en los antecedentes latamente detallados en la resolución sancionatoria. En dicho sentido, afirma que 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, resulta improcedente, pues ellos se basan en antecedentes de hecho diferentes al caso en análisis.

Vigésimo octavo. Que, para resolver la presente controversia, se debe tener presente que el artículo 35 de la LOSMA, dispone que corresponderá exclusivamente a la SMA el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: “[...] b) *La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3°*”. Así, en la primera parte del citado precepto, el legislador tipificó como una infracción ambiental la elusión al SEIA, mientras que en su segunda parte reguló como infracción el incumplimiento de los requerimientos de ingreso, dos de los cuales son requerimientos por elusión (proyectos individuales y modificaciones de proyecto, respectivamente) y uno por fraccionamiento.

Vigésimo noveno. En relación con la elusión y su tipificación en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, cabe tener presente que el artículo 8° de la Ley 19.300 precisa que: “*Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo con lo establecido en la presente ley [...]*”. Lo señalado en el



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

citado precepto, así como en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, debe ser complementado, en lo pertinente, con lo dispuesto en el Reglamento del SEIA. Dicho estatuto reglamentario señala expresamente que las modificaciones de proyecto o actividades se consideran como tales, además de precisar en qué casos dichas modificaciones deben estimarse de consideración.

En este sentido, el inciso 1° del artículo 12 del Reglamento del SEIA, dispone que “[e]l titular deberá indicar si el proyecto o actividad sometido a evaluación modifica un proyecto o actividad. Además, en caso de ser aplicable, deberá indicar las Resoluciones de Calificación Ambiental del proyecto o actividad que se verán modificadas, indicando de qué forma [...]”. Por su parte, el artículo 2° letra g) define modificación de proyecto o actividad como la “[r]ealización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad, de modo tal que éste sufra cambios de consideración [...]”.

Luego, la citada disposición determina cuándo se debe entender que concurre un cambio de consideración, desarrollando cuatro criterios al respecto. En lo pertinente a lo alegado en autos, corresponde referirse a lo dispuesto en el artículo 2 g.1 del Reglamento del SEIA, el cual considera que se presenta un cambio de consideración si “[...] g.1. Las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad **constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento** [...]” (énfasis agregado).

Trigésimo. Que, de acuerdo con lo señalado en las disposiciones precedentes, se puede colegir que cuando el artículo 35 letra b) de la LOSMA se refiere a proyectos o actividades, está incluyendo a aquellos que constituyen modificaciones de uno de ellos -lo que supone la existencia de una RCA previa- que deban ingresar al SEIA. De ahí que la exigencia del tipo infraccional respecto a que se trate de proyectos o actividades que no cuenten con RCA, no quiere decir que la elusión pueda configurarse únicamente en aquellos casos en que dichos proyectos o actividades no tengan relación alguna con una RCA previa del infractor; ni mucho menos que, si existe una RCA previa, la infracción deba necesariamente ser



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

considerada, sin más, un incumplimiento a las medidas o condiciones a la RCA (infracción del artículo 35 literal a) de la LOSMA).

Trigésimo primero. Aclarado lo anterior, corresponde determinar en qué situación se enmarca la elusión imputada al infractor, es decir, si se trata de la realización de un proyecto independiente o se está en presencia de una modificación que ha generado un cambio de consideración al proyecto original.

Trigésimo segundo. Al respecto, cabe señalar que en el considerando 29 literal b) de la resolución sancionatoria, al referirse a la formulación de cargos, señala que *“mediante Res. Ex. No 1/D-019-2018”* del 23 de marzo de 2018, se formularon los siguientes cargos a Áridos Cachapoal: [...] b) *La ejecución del siguiente hecho, acto u omisión que constituye una infracción conforme al artículo 35 letra b) de la LOSMA, en cuanto a una modificación de proyecto para la cual la ley exige RCA, sin contar con ella”* (énfasis agregado).

Si bien la SMA no se refiere nuevamente en la resolución sancionatoria respecto a que se trate de una modificación, ni tampoco señala expresamente cuál es la hipótesis de cambio de consideración que se configura, ello no es óbice para colegir que la situación configurada por la SMA se enmarca en una modificación que constituye un cambio de consideración de acuerdo con el criterio regulado en el artículo 2 g.1 del Reglamento del SEIA, a saber: cuando las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad **constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento.**

Trigésimo tercero. En efecto, consta en autos que luego de analizar la configuración de la infracción entre los considerandos 124 a 143 de la resolución sancionatoria, la SMA concluye que han sido debidamente acreditadas sus actividades extractivas fuera de los polígonos autorizados por la RCA N° 182/2017”, y que la empresa “ha sobrepasado los umbrales de ingreso al SEIA, establecidos en volumen de extracción, tanto para actividades ejecutadas dentro del cauce, como fuera de este, por lo que no cabe duda de que estamos frente a una elusión al SEIA [...]”.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Por su parte, en la resolución que resuelve la reposición, específicamente en su considerando 132, la SMA precisa la causal de ingreso señalando que: “[...] en el mínimo escenario extractivo considerado, se pudo constatar una superación de al menos 10 veces el límite establecido respecto proyecto [sic] o actividad que debe obligatoriamente someterse al SEIA, **conforme al artículo 10, letra i) de la Ley No 19.300, en relación con lo dispuesto en el artículo 3, letra i) del D.S. No 95/01 y también el actual RSEIA**” (énfasis agregado).

Trigésimo cuarto. Así las cosas, la causal de ingreso corresponde en los términos del artículo 10 letra i) de la Ley 19.300 a “[p]royectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, **así como la extracción industrial de áridos, turba o greda**” (énfasis agregado). En relación con lo dispuesto por el artículo 3° letra i), del antiguo Reglamento del SEIA, que señala que deberán someterse a evaluación los proyectos de desarrollo minero, incluida “[...] la extracción industrial de áridos, turba o greda. Se entenderá que estos proyectos o actividades son industriales: **“i.2. Sí, tratándose de extracciones en un cuerpo o curso de agua, la extracción de áridos y/o greda es igual o superior a cincuenta mil metros cúbicos (50.000 m³) totales de material removido, tratándose de las regiones I a IV, o a cien mil metros cúbicos (100.000 m³) tratándose de las regiones V a XII, incluida la Región Metropolitana, durante la vida útil del proyecto o actividad**” (énfasis agregado).

Trigésimo quinto. Al respecto, el Tribunal pudo determinar que efectivamente se cumple con la cantidad de extracción exigida en el precepto reglamentario reproducido precedentemente, por cuanto de la información acompañada al expediente y no controvertida por el reclamante, se desprende que hubo actividades de extracción en zonas no autorizadas en la RCA, tanto en la caja del Río Cachapoal como en la ribera y pozo lastrero (Figura N° 2).

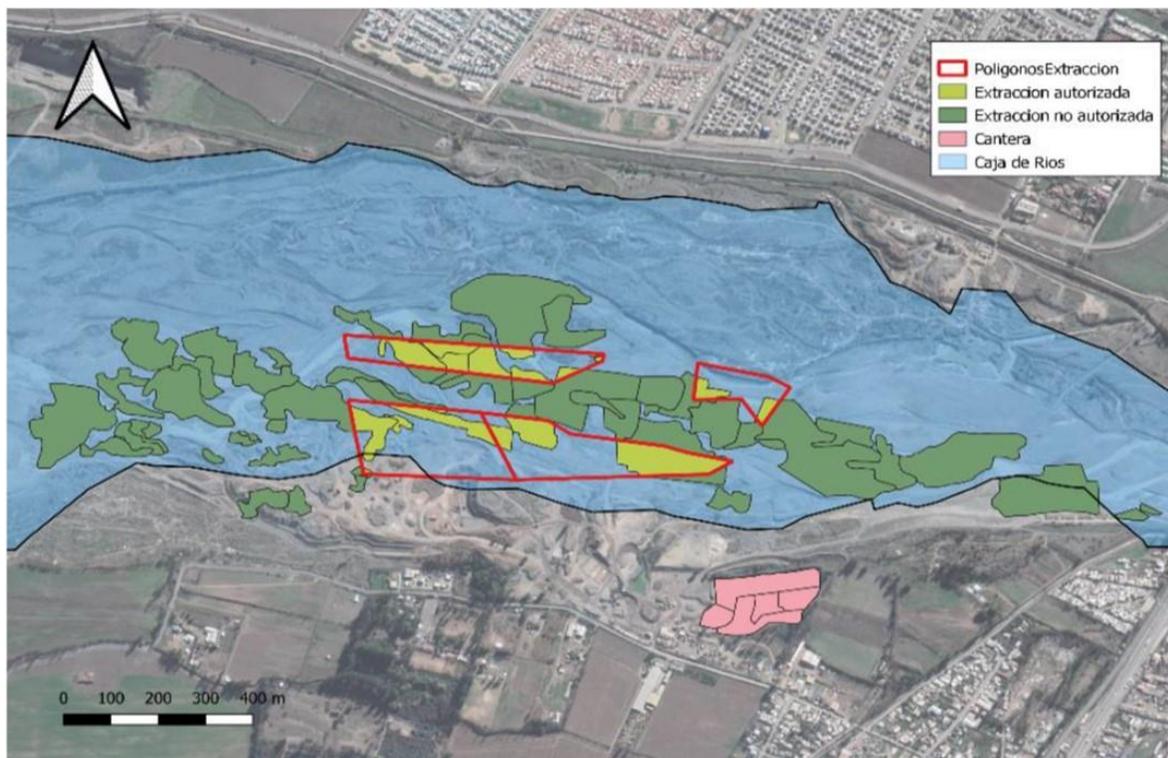


15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Figura N° 2. Visión general de la distribución espacial de las extracciones realizadas por Áridos Cachapoal



Fuente: Res. Ex. N° 2041, Imagen N° 1, considerando 133, págs. 27-28.

En este sentido, cabe señalar que en la resolución sancionatoria la SMA realiza un extenso análisis de la información disponible (considerandos 124 al 147), en el que considera los antecedentes de las fiscalizaciones, la información acompañada por el titular, imágenes satelitales, mediciones de terreno y estimaciones conservadoras de la profundidad de las extracciones, para arribar a las cantidades consignadas en dicha resolución, esto es: i) extracciones desde el lecho del río entre 507.774 y 989.170 m³, con un promedio de 748.472 m³ (Considerando 140); y ii) una extracción desde el pozo lastrero de 537.033 m³ (considerando 141). Cabe mencionar, además, que lo anterior fue nuevamente analizado en la resolución reclamada, en la cual se acompaña una tabla resumen que da cuenta de las estimaciones de los volúmenes no autorizados extraídos por Áridos Cachapoal desde el lecho (caja) del río y del pozo lastrero (Figura N° 3).



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Figura N° 3. Análisis de escenarios respecto de los volúmenes de extracción

	Extracción no autorizada en caja de ríos (m³)	Extracción no autorizada Cantera (m³)	No autorizado Total (m³)
Escenario Mínimo	507.774	537.033	1.044.807
Escenario máximo	989.170	537.033	1.526.203
Escenario Medio (utilizado para Beneficio económico)	748.472	537.033	1.285.505

Fuente: Res. Ex. N° 2041, Tabla N° 1, considerando 134, pág. 29.

A partir de lo anterior, es posible arribar a la conclusión que tanto para la extracción en el pozo lastrero como así también para la del lecho (caja) del río se configura la causal de ingreso prevista en el artículo 3, literal i) del antiguo reglamento del SEIA, al superarse ampliamente los límites de 100.000 m³ de extracción a los que hacen referencia el literal i.1), para el caso del pozo lastrero y el literal i.2) para el lecho del río.

Trigésimo sexto. Por otro lado, respecto a lo señalado por el reclamante, en cuanto a que conforme a la descripción del proyecto su objetivo para ingresar al SEIA era evaluar el incremento en la explotación, autorizándose 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, volumen y periodo de tiempo que nunca fue superado; estos magistrados son del parecer que, de lo analizado en las consideraciones precedentes, es posible concluir, claramente, que el titular realizó extracciones en zonas no autorizadas (ver Figura 2), por sobre los 100.000 m³ (ver Figura N° 3).

En este sentido, cabe mencionar que dichos volúmenes no fueron rebatidos por el reclamante, sino que realizó una interpretación diversa con respecto a las obligaciones impuestas por la RCA, centrando la discusión en la relación entre el volumen extraído y el volumen total autorizado, obviando la componente espacial de



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

dicha extracción, la que debía ser realizada en las zonas autorizadas por la RCA. En efecto, en el caso de autos, la componente espacial resulta ser crítica para el análisis, y obviar lo anterior sería equivalente a realizar un proyecto cualquiera en un área distinta de la evaluada ambientalmente, lo cual a todas luces no tiene ningún sentido desde el punto de vista de la protección del medio ambiente y los fines que persigue el ordenamiento ambiental, puesto que el cambio de posición puede atentar contra la protección de recursos y componentes ambientales que no fueron evaluados.

Trigésimo séptimo. A juicio del Tribunal, en términos generales, cuando el incumplimiento de una RCA involucra partes, obras o acciones no autorizadas y de una cuantía tal que por sí solas calificarían como causal de ingreso al SEIA, entonces lo que corresponde es considerarlas una modificación de proyecto al margen del sistema, que, al no haber sido ingresadas, calificarían como elusión. Es así como, en este caso, nos encontramos con diversas obras y acciones no autorizadas en la RCA, entre las que se cuentan las extracciones en zonas no autorizadas, las cuales, como ya ha sido discutido, constituyen por sí mismas actividades productivas de una cuantía tal que su sola ejecución amerita ingreso al SEIA de acuerdo con lo contemplado en el artículo 10, literal i) de la Ley N° 19.300, y artículos 2 literal g.1 y 3, literal i.5.2 del Reglamento del SEIA.

Trigésimo octavo. En virtud de lo señalado precedentemente, el Tribunal confirma que, efectivamente, se configura la causal de ingreso al SEIA del artículo 10, letra i) de la Ley N° 19.300, en relación con lo dispuesto en el artículo 3, letra i) del antiguo y actual Reglamento del SEIA. Por lo demás, y contrariamente a lo sostenido por la reclamante, conforme al análisis técnico desarrollado en las consideraciones precedentes, es posible concluir que la extracción fuera de los polígonos autorizados por la RCA N° 182/2012, ha sobrepasado los umbrales de ingreso al SEIA, tanto para actividades ejecutadas dentro del cauce como fuera de éste.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Ello se confirma analizando los volúmenes extraídos en el cauce y fuera de éste, tanto de forma separada, como conjunta, lo que lleva a estos sentenciadores a concluir que se configura una elusión al SEIA, dado que se trata de una modificación de proyecto que por sí misma configura una causal de ingreso en los términos explicitados en el artículo 2 letra g).1 del Reglamento del SEIA, y no un incumplimiento de la citada RCA.

Trigésimo noveno. En definitiva, a juicio del Tribunal, en el caso de autos se presenta una modificación de proyecto y al no haber ingresado al SEIA debiendo hacerlo, se configura efectivamente la infracción por elusión en los términos imputados por la SMA, de manera que la alegación del reclamante a este respecto debe ser desestimada.

**IV. Eventuales vicios de fundamentación en relación con las
circunstancias del artículo 40 de la LOSMA**

Cuadragésimo. La reclamante sostiene que la resolución sancionatoria discurre latamente en cuáles circunstancias del artículo 40 de la LOSMA serían aplicables y cuáles no. En este contexto, releva que para 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, las multas determinadas prácticamente coinciden con el beneficio económico, sin que se haya desarrollado ninguna explicación de por medio.

Señala que la resolución recurrida únicamente alteró el cálculo del beneficio económico y la capacidad de pago. 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. Agrega que esta circunstancia es aún más grave en la resolución recurrida, ya que, al acoger parcialmente el recurso de reposición, modificó el beneficio económico del cargo N° 5 y calificó a la empresa como Mediana N° 2 para efectos de la capacidad económica del infractor. No obstante, el reclamante



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

afirma que, sin explicación plausible, se estableció la nueva multa en 707 UTA, pasando ésta de ser equivalente al beneficio económico, a convertirse en casi tres veces dicho valor, y todo ello sin aplicación de ningún factor de incremento adicional u otra circunstancia. Por el contrario, releva que la empresa pasó de grande a mediana, debiendo ello haber implicado una mayor reducción, lo que da cuenta de lo inaudito e inexplicable del cálculo de la multa por parte de la SMA.

En este orden de ideas, el reclamante explica que en la reposición acompañó antecedentes que daban cuenta que la capacidad económica de la empresa no se encontraba correctamente calculada, además de nuevos antecedentes acerca de la capacidad de pago y, a su vez, acreditando que el tamaño económico de ésta no era grande sino mediano, siendo todos estos nuevos antecedentes acogidos por la SMA. No obstante, a renglón seguido, la resolución reclamada indica que tal ajuste opera como compensación, pues actualmente sería improcedente aplicar el factor adicional de la pandemia de COVID-19, ya que dicho factor estaría incorporado en la información relativa al tamaño económico de la empresa.

En este contexto, el reclamante sostiene que la *reformatio in peius*, no solo implica que la multa no pueda aumentar, sino que también impide alterar cualquier elemento consagrado en la resolución recurrida en perjuicio del recurrente, desde que tal materia no se ha puesto en conocimiento de la SMA. Agrega que tampoco se justifica la no aplicación del factor adicional de disminución asociado a las circunstancias extraordinarias de la pandemia COVID-19, desde que dicha circunstancia aún persistía, sumado a que en la resolución recurrida se aplicaron ambos factores conjuntamente, no encontrándose una subsumida dentro de la otra; y más grave aún, la resolución reclamada nada dice respecto del cargo N° 5, desconociéndose si respecto de este cargo se efectuó o no el ajuste adicional en atención al tamaño económico.

Finalmente, sostiene que la justificación realizada por la SMA respecto a que no corresponde considerar el COVID 19 a la fecha de resolver la reposición es falsa y arbitraria, atendido que tal circunstancia debe ser considerada al momento de la aplicación de



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

la sanción y no al resolverse la reposición, sumado a que la resolución recurrida aplicó ambos factores de disminución separadamente sin establecer dicha supuesta superposición. Asimismo, señala que se desconoce si para la infracción por elusión consideró o no el factor COVID-19, lo que no es baladí, pues en la resolución recurrida original el monto de la multa del cargo N° 5 era idéntico al beneficio económico (2.230 UTA), mientras que en la resolución recurrida el beneficio económico se calculó en 250 UTA y la multa fue de 707 UTA.

Cuadragésimo primero. La SMA por su parte sostiene que la alegación debe ser descartada conforme a la jurisprudencia asentada que establece que la ponderación de aquellas circunstancias no numéricas contenidas en el artículo 40 de la LOSMA (cualitativas), requiere de un examen a la luz de los hechos específicos que fundan la sanción, de manera que la SMA cumple con el deber de motivación si justifica la procedencia de la circunstancia. En efecto, a la luz de los precedentes jurisprudenciales enumerados, la reclamada afirma que cumplió con el deber de fundamentación sin necesidad de exponer los valores numéricos para cada una de las circunstancias del citado artículo 40 de la LOSMA, y que su ponderación se ha ceñido estrictamente a los criterios establecidos en sus Bases Metodológicas para la Determinación de las Sanciones Ambientales de 2017 ('Bases Metodológicas'), descartándose un resultado desproporcionado.

Por otra parte, la SMA aclara que al dictarse la resolución sancionatoria se aplicó un factor de ajuste adicional, con motivo de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia de COVID-19, lo que implicó que respecto de ciertas infracciones la multa coincidiera con el beneficio económico determinado. Agrega que dicha circunstancia se aplicó como un beneficio porque a esa fecha la SMA no tenía a la vista la información actualizada, pues únicamente contaba con los ingresos del año 2018. Ello explica por qué la SMA aplicó este factor en adición al ajuste por tamaño económico obtenido a raíz de los ingresos del año 2018, que posicionaban a la empresa como una empresa Grande 1 conforme a la clasificación utilizada por el SII.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

En este contexto, la reclamada explica que, al resolver la reposición, se acogió la alegación relacionada con la incorrecta clasificación del tamaño de la empresa, por lo que era necesario ajustar la multa a la nueva clasificación. Sin embargo, precisa que al efectuar el ajuste respecto de las infracciones N° 1, 2, 3, resultó que la cuantía de las multas era mayor a la impuesta en la resolución sancionatoria. Esto se explica debido a que en ese momento ya no procedía realizar el ajuste adicional por COVID-19 considerado en la resolución sancionatoria, pues se disponía de la información correspondiente a los ingresos anuales para el año 2020, periodo que comprende los efectos que la pandemia tuvo en el funcionamiento de la empresa. Así, de haber considerado un ajuste adicional por COVID-19, se habría incurrido en una doble ponderación de los efectos ésta.

Con todo, explica que en sede de reposición no se puede desmejorar la situación de la parte recurrente, motivo por el cual se mantuvieron las multas originalmente impuestas a las infracciones N° 1, 2 y 3. En este sentido, señala que no es que la SMA haya desmejorado la situación en que se encontraba la empresa con la dictación de la resolución sancionatoria, sino que, todo lo contrario, se mantuvieron las multas de los citados cargos, pese a que, de haberse realizado el ajuste por tamaño económico procedente con motivo de las alegaciones de la empresa que calificaron a la empresa como una empresa Mediana N° 2, las multas hubiesen aumentado.

A su vez, la reclamada aclara que la SMA no guardó silencio respecto del cargo N° 5 en relación con esta circunstancia, sino que nada se dijo porque dicho cargo no generaba el problema que se presentó con los demás. De hecho, sostiene que sí aplicó el factor de ajuste por tamaño económico para el cargo N° 5, lo que se manifiesta en parte de la rebaja de 2.230 UTA a 707 UTA. Agrega que si en la resolución sancionatoria la multa para la infracción N° 5 es coincidente con el beneficio económico, ello obedece a la aplicación del factor de disminución por COVID-19, pero que, con la información real y representativa de la situación financiera contenida en los antecedentes acompañados por el titular, aplicó al cargo N° 5, el nuevo tamaño económico al componente de



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

afectación, lo que, sumado al nuevo beneficio económico redundó en una rebaja sustancial de la multa.

Por lo tanto, contrario a lo sostenido por la empresa, la reclamada concluye que no hubo *reformatio in peius* respecto de ninguno de los cargos, pues los cargos N°s 1, 2 y 3 quedaron con la misma multa, en circunstancias que la aplicación del nuevo tamaño económico de la empresa suponía un aumento de ellas. Por su parte, respecto del cargo N° 5, efectivamente se aplicó el nuevo tamaño económico y la multa fue rebajada sustancialmente una vez acogida dicha alegación.

Cuadragésimo segundo. Para resolver la presente controversia, el Tribunal se pronunciará, en primer lugar, respecto al alcance del deber de motivar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, para luego, en segundo término, referirse al punto esencial de la discusión, que se refiere a la modificación en el factor de ajuste correspondiente al COVID-19, al momento de resolverse la reposición.

1. Del deber de motivar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

Cuadragésimo tercero. Sobre el particular, se debe tener presente que el artículo 40 de la LOSMA, enumera las circunstancias que la SMA debe considerar para determinar qué sanción -de aquellas listadas el artículo 38 de la LOSMA- deberá imponer conforme a la clasificación y los rangos establecidos en el artículo 39 del citado estatuto legal. Lo anterior, en el marco del ejercicio de una potestad de carácter discrecional que la habilita para ajustar fundadamente la respuesta al incumplimiento en función de las particulares circunstancias del caso y a las exigencias del interés público.

Cuadragésimo cuarto. En este sentido, esta judicatura ha sostenido que la discrecionalidad de la SMA para determinar una sanción exige que ella misma motive fundadamente su decisión. Dicha exigencia, sin embargo, no puede traducirse en que todas las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA deban ser traducibles



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

en números ciertos y predeterminados. Lo anterior, por cuanto la predictibilidad total del castigo puede mermar los fines preventivo y disuasivo de la sanción administrativa, llevando incluso al escenario en que el infractor se encuentre en la posibilidad de calcular *ex ante*, si económicamente le es más conveniente infringir, pese a que será sancionado por ese incumplimiento. Dicha posibilidad de realizar un ejercicio hipotético debe ser evitado, ya que distorsiona las bases mismas del régimen sancionatorio establecido en la LOSMA (Cfr. Roles R N 349-2022, de 6 de septiembre de 2023, c. sexagésimo; R N 195-2018, de 4 de septiembre de 2020, c. sexagésimo tercero).

Cuadragésimo quinto. A su vez, siguiendo las directrices desarrolladas por la Corte Suprema, esta judicatura ha venido sosteniendo que las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA pueden clasificarse en cualitativas y cuantitativas. Dentro de éstas últimas se encuentran, por ejemplo, las circunstancias referidas al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (literal c) del artículo 40 de la LOSMA) y al número de personas cuya salud pudo afectarse con la contravención (literal b) del artículo 40 de la LOSMA). Se trata, en definitiva, de aquellas circunstancias que, por el carácter cuantitativo, su ponderación daría pie para asentar la regulación del monto en cálculos específicos, como una forma de impedir que exista una mayor conveniencia en el pago de la multa que el cumplimiento de la normativa ambiental.

Por el contrario, la concurrencia de las circunstancias cualitativas requiere de un examen a la luz de los hechos específicos que fundan la sanción, lo que obsta al desarrollo de un cálculo exacto y *ex ante* de su incidencia en el monto final de la multa (Cfr. Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Rol R N° 349-2022, de 6 de septiembre de 2022, c. sexagésimo primero, citando sentencia Corte Suprema, Rol N° 17.736-2016, de 13 de diciembre de 2016, c. 20).

Cuadragésimo sexto. Es por lo señalado en las consideraciones precedentes que, a juicio del Tribunal, el hecho que la SMA no haya precisado cómo influyó cada una de las circunstancias del



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

artículo 40 de la LOSMA en la determinación del monto total, ni determinado los puntajes concretos con los que cada circunstancia contribuyó a la sanción definitiva, no puede ser considerado un motivo para configurar un vicio por falta de motivación en los términos que pretende la reclamante. En virtud de lo anterior, esta alegación genérica del reclamante debe ser desestimada, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto de las alegaciones específicas desarrolladas con relación a la ponderación y fundamentación de algunas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, lo que será abordado en las consideraciones siguientes.

2. Sobre la modificación en el factor de ajuste respecto de los efectos del COVID 19

Cuadragésimo séptimo. En lo concerniente a este segundo punto a dilucidar, referido a la modificación en el factor de ajuste COVID-19 y su implicancia en la determinación del monto al momento de resolverse la reposición, cabe recordar que la resolución sancionatoria, de 6 de mayo de 2020, consideró expresamente dicho factor, desarrollando sus fundamentos en el Título XIV de la citada resolución, específicamente entre los considerandos 317 a 320.

En este orden de ideas, en el considerando 319 de la resolución sancionatoria la SMA argumenta que: “[...] resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que, **conforme al artículo 40 letra i) de la LOSMA**, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso que corresponda aplicar, se considerará **todo otro criterio que, a juicio fundado de la superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción**. La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción que será aplicada” (énfasis agregado).

Cuadragésimo octavo. De acuerdo con el fundamento reproducido en el considerando precedente, es un hecho de la causa que el factor COVID-19 fue considerado para configurar la circunstancia regulada en la letra i) del artículo 40 de la LOSMA, y no la



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

circunstancia de la letra f) del citado precepto legal, referida a la capacidad económica del infractor. Lo anterior, como se verá, es consecuente con el actuar que la SMA ha tenido respecto al tratamiento del COVID-19 en el marco de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

Cuadragésimo noveno. En efecto, en sentencia de 26 de septiembre de 2022, recaída en la causa rol R N° 318-2021, el Tribunal realizó un levantamiento de todas las resoluciones sancionatorias en que la SMA consideró y ponderó los efectos del COVID-19 para la determinación de la sanción. En este contexto, se pudo determinar que las resoluciones sancionatorias dictadas por el órgano sancionador en los años 2020 y 2021 -como es la del caso de autos- consideran que la pandemia constituyó un criterio que configura la circunstancia del literal i) del artículo 40 de la LOSMA.

Dicho precepto dispone que para determinar las sanciones específicas se considerará "[...] i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*". Así, dentro de las resoluciones sancionatorias dictadas por la SMA que recogen este criterio y que son de público conocimiento, se encuentran al menos 52 resoluciones, entre las que se pueden identificar, a modo de ejemplo, las siguientes: Resoluciones Exentas N° 1.223/D-136-2019, 21 de julio 2020, título XI; N° 992/D-156-2019, 12 de junio 2020, título XI; N° 2.541/D-010-2020, 28 de diciembre 2020, título X; N° 140/D-013-2019, 26 de enero 2021; N° 880/D-044-2019, 20 de abril 2021, y N° 739/D-096-2020, 30 de marzo 2021, título XI, entre otras.

Quincuagésimo. Por otra parte, de las resoluciones sancionatorias dictadas a partir del segundo semestre del año 2021, la SMA deja de estimar los efectos del COVID-19 en el marco de la circunstancia regulada en el literal i) del artículo 40 de la LOSMA, y pasa a considerarla bajo la circunstancia **del literal f) del mencionado artículo 40**, es decir, en la determinación de la capacidad económica del infractor. En este contexto, la SMA ha sostenido que procede la aplicación de un ajuste de disminución en presencia del



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

elemento pandemia cuando se trate de empresas que se encuentran en categoría micro 2 y 3, o calificadas como pequeña 2 o 3.

Dentro de las resoluciones sancionatorias que han adoptado este criterio se pueden contar a lo menos 15 resoluciones, entre las cuales se encuentran, entre otras, las siguientes: Resoluciones Exentas N° 1.775/D-151-2020, 10 de agosto 2021, c. 96 y ss.; N° 2.062/D-051-2020, 15 de septiembre 2021, c. 153 y ss.; N° 2.396/D-051-2021, 5 de noviembre 2021, c. 95 y ss.; N° 2.383/D-046-2021, 4 de noviembre 2021, c. 107 y ss.; y N° 2.401/D-111-2020, 9 de noviembre 2021, c. 151 y ss.

Quincuagésimo primero. El fundamento esgrimido por la SMA para configurar las circunstancias de los literales i) o f) del artículo 40 de la LOSMA, es el mismo para ambos casos. En efecto, en las resoluciones individualizadas en las consideraciones precedentes, el órgano sancionador ha sostenido que "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 que, en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, se traducen en un impacto económico significativo, pues se afecta la operación tradicional de las empresas, situación que perjudica transversalmente a los distintos actores de la economía nacional".

Por este motivo, la SMA ha estimado necesario internalizar los efectos económicos de la pandemia al momento de ejercer su potestad sancionatoria, conforme lo dispuesto en el artículo 40 letra i) o f) de la LOSMA, concluyendo que la circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción que será aplicada.

Con todo, se debe tener presente que el máximo Tribunal al momento de rechazar la casación interpuesta en contra de la sentencia dictada por esta judicatura en la causa rol R N° 318-2021 en comento, sostuvo que el análisis realizado por la SMA al vincular los efectos del COVID 19 con el tamaño de la empresa conforme a la información disponible en el SII, "[...] es absolutamente insuficiente, toda vez que el tamaño de la empresa no tiene por



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

qué determinar la capacidad económica y menos el impacto de los efectos del COVID 19" (Corte Suprema, sentencia rol N° 162.139-2022, de 2 de octubre de 2023, c. décimo).

Quincuagésimo segundo. Ahora bien, de lo señalado en las consideraciones precedentes, queda claro que en este caso la pandemia de COVID-19 fue considerada y ponderada en la resolución sancionatoria **como parte de la circunstancia del literal i) del artículo 40 de la LOSMA**, lo que es consistente con la práctica de la SMA respecto de las resoluciones dictadas entre el año 2021 y el primer semestre del año 2022. En efecto, la resolución sancionatoria de autos fue dictada el 6 de mayo de 2020.

Quincuagésimo tercero. En vista de lo precisado en las consideraciones precedentes, es menester relevar que el reclamante interpuso un recurso de reposición en contra de la resolución sancionatoria con fecha 26 de noviembre de 2020. En lo relacionado específicamente con las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, el mencionado recurso cuestionó el beneficio económico calculado por la SMA respecto de la infracción N° 5 (elusión) y alegó inconsistencias de esta circunstancia respecto de la infracción N° 2.

Por otra parte, cuestionó expresamente lo referido a la determinación de la capacidad económica de Áridos Cachapoal, refiriendo específicamente a los fundamentos desarrollados por la SMA en los considerandos 312 a 316 de la resolución sancionatoria. De esta manera, no cabe lugar a duda que lo cuestionado por el recurrente vía reposición correspondió a la ponderación de las circunstancias de los literales c) y f) del artículo 40 de la LOSMA, mas, en ningún caso, levantó cuestionamientos respecto a la circunstancia regulada en el literal i) del citado precepto legal, criterio en el cual la SMA había ponderado los efectos del COVID-19 en la citada resolución.

Quincuagésimo cuarto. En este mismo sentido, consta en autos que al momento de resolver el recurso de reposición con fecha 21 de noviembre de 2022, esto es, **dos años después de haberse presentado la impugnación**, la SMA decidió acoger el recurso



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

atendido a que efectivamente el tamaño de la empresa se encontraba mal determinado, es decir, acogió los cuestionamientos del recurrente en contra de la circunstancia del literal f) del artículo 40 de la LOSMA, y procedió a ajustar las multas a la nueva clasificación.

Sin embargo, la resolución reclamada precisa que "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 [...]. 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 N° 1, 2, 3, que considera el ajuste por disminución adicional ya referido".

Por otra parte, la SMA también acogió la reposición en relación con la determinación del beneficio económico de la infracción N° 5, tal como dan cuenta los considerandos 176 a 195 de la resolución reclamada, para lo cual procedió a rebajar el beneficio económico de 2.230 UTA a 250 UTA, fijando, finalmente, la multa para el cargo N° 5 en 707 UTA.

Respecto a dicho monto definitivo, la SMA explicó en su informe evacuado y en estrado, que si en la resolución sancionatoria la multa para la infracción N° 5 es coincidente con el beneficio económico (2.230 UTA), se debió a la aplicación del factor de disminución por COVID-19, pero dado que con la información real y representativa de la situación financiera contenida en los antecedentes acompañados por el titular, al resolver la reposición, la SMA aplicó al cargo N° 5 el nuevo tamaño económico al componente de afectación, lo que, sumado al nuevo beneficio económico redundó en una rebaja sustancial de la multa (770 UTA).

Quincuagésimo quinto. De lo señalado, dimana con claridad que la SMA desestimó el factor de ajuste especial del COVID-19



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

considerado antes ya en la resolución sancionatoria, como consecuencia de la revisión de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA impugnadas por el recurrente, entre las cuales no se encontraba aquella en que la SMA había ponderado los efectos de la pandemia en la resolución sancionatoria, con todas las implicancias que ello tuvo al recalcular el monto total de la multa, dado que el órgano sancionador decidió acoger el recurso de reposición interpuesto por Áridos Cachapoal. Lo anterior, por cuanto según lo señalado por la propia SMA, la aplicación del COVID-19 al momento de resolver el procedimiento sancionatorio, se tradujo en que la multa para algunas infracciones se limitó únicamente al beneficio económico obtenido, como efectivamente ocurrió en el caso de la infracción N° 5 (elusión), en que la multa original de 2.230 UTA equivalió justamente al beneficio económico determinado por la SMA al dictar la resolución sancionatoria.

Quincuagésimo sexto. Al respecto, se debe considerar que la facultad de la SMA para pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto por la reclamante no es ilimitada. En efecto, ha sido el propio legislador “[...] quien se ha encargado de establecer en la misma ley N° 19.880 cuáles son los criterios que vienen a restringir las potestades de la autoridad. Es lo que ocurre con el principio de congruencia y la prohibición de *reformatio in peius*, limitaciones expresamente señaladas en la ley procedimental a propósito de la resolución final de los procedimientos iniciados a solicitud de parte, calidad de la que tributan, como ya sabemos, los procedimientos recursivos” (ASTORGA VALENZUELA, Camila *Los Recursos Administrativos*. T.II Legal editores, Santiago, 2016, p. 548).

De esta manera, a juicio de estos sentenciadores, la SMA se encontraba doblemente limitada al momento de resolver la reposición interpuesta por Áridos Cachapoal en contra de la resolución sancionatoria. En primer lugar, por la congruencia que debe existir entre aquello que se impugna con lo que finalmente se termina resolviendo, lo que debe ajustarse a las alegaciones y peticiones formuladas por el recurrente; y, en segundo lugar, la SMA no podía dejar al infractor en peor situación jurídica creada



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

o declarada en la resolución jurídica impugnada, so pena de incurrir en *reformatio in peius*.

Quincuagésimo séptimo. De esta manera, el hecho que la SMA se haya pronunciado en la reposición acerca de la procedencia del COVID-19, sin que en el recurso de reposición el reclamante haya impugnado, alegado o cuestionado la ponderación de la circunstancia del literal i) del artículo 40 de la LOSMA, precepto bajo el cual se analizó en la resolución sancionatoria la concurrencia del COVID-19 y sus efectos beneficiosos para el infractor al momento de determinarse la sanción final, permiten concluir que el órgano reclamado ha transgredido la necesaria congruencia que debe existir entre lo alegado por la recurrente y lo resuelto en el recurso de reposición.

Lo anterior, se ve agravado porque la SMA no solo "revisó" la ponderación realizada en la resolución sancionatoria del COVID-19 en una circunstancia distinta a aquella que consideró al momento de sancionar, pues lo hace en el marco de la circunstancia de la letra f) del artículo 40 de la LOSMA, sino que, además, procede a desestimar su ponderación original, bajo el argumento de que ahora dicho acontecimiento sanitario se encuentra incorporado al análisis de la circunstancia regulada en el citado literal f) del artículo 40.

Quincuagésimo octavo. En este sentido, se debe tener presente que la resolución que pone término al procedimiento sancionatorio es justamente la resolución sancionatoria, que fija el momento en el cual debe determinarse la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, así como las circunstancias fácticas que permiten determinarlas. Luego, los recursos procedentes permiten revisar -conforme a la congruencia- si la determinación o ponderación de dichas circunstancias, **al momento de dictarse la resolución sancionatoria**, fue realizada correctamente. En caso de que exista un vicio o un error, deberá corregirse y modificarse la resolución sancionatoria únicamente en lo pertinente.

En efecto, el artículo 18 de la Ley N° 19.880 establece que "*el procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite*



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal". A su vez, el artículo 41 del citado estatuto legal se refiere a la resolución final como aquella que pone fin al procedimiento, decidiendo las cuestiones planteadas por los interesados. Dichos preceptos vienen a confirmar que la resolución sancionatoria es aquella que resuelve la hipótesis infraccional imputada en la formulación de cargos, mientras que la etapa recursiva que sobreviene a esa decisión es una etapa posterior al procedimiento sancionatorio.

Quincuagésimo noveno. En consecuencia, a juicio de estos sentenciadores, la SMA incurrió en un vicio al modificar un factor de ajuste ponderado en una circunstancia del artículo 40 de la LOSMA que no fue reclamada, en el marco del análisis de otra circunstancia que sí lo fue, lo cual constituye motivo suficiente para acoger la alegación de la reclamante a este respecto.

Sexagésimo. Con todo, pese que hasta aquí lo señalado es motivo suficiente para acoger la reclamación, estos sentenciadores estiman necesario relevar que, si bien el recálculo de la multa efectivamente resulta inferior a aquella que se impuso en la resolución sancionatoria, dejando al infractor -en palabras de la SMA- en una "mejor situación" respecto de la multa originalmente impuesta, lo cierto es que ello no efectivo.

En efecto, la SMA transparentó en esta sede que la ponderación de la circunstancia del COVID 19 realizada en el marco de la circunstancia del literal i) del artículo 40 de la LOSMA, al momento de dictarse la resolución sancionatoria, tuvo como efecto que en algunas infracciones se consideró como multa final únicamente el monto correspondiente al beneficio económico obtenido con el incumplimiento, lo que efectivamente fue aplicado al determinar la multa correspondiente a la infracción N° 5 (elusión).

Sin embargo, al acogerse la reposición por una errónea determinación del beneficio económico para la infracción N° 5, la SMA determinó que el monto correcto era de 250 UTA. Así, de haberse



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

mantenido la ponderación del COVID-19 en los términos fijados al momento de dictarse la resolución sancionatoria (la multa total corresponde al beneficio económico), que es justamente lo que este Tribunal estima debió ocurrir si la SMA hubiese respetado la congruencia, la multa definitiva para la infracción N° 5, luego de acogerse el recurso reposición, tendría que haber sido equivalente al nuevo beneficio económico (250 UTA), monto que se encuentra muy por debajo de las 770 UTA impuestas al resolver la reposición.

De esta forma, si bien al acoger el recurso administrativo y rebajar el monto de la multa, pareciera que no existe una decisión que finalmente termine perjudicando al reclamante, lo cierto es que, conforme a lo señalado, efectivamente se mantiene el perjuicio dada la incorrecta modificación del factor COVID-19.

Sexagésimo primero. Por todo lo anterior, a juicio de estos sentenciadores, la SMA transgredió el principio de congruencia al modificar la ponderación de una circunstancia que no se encontraba alegada por la recurrente, vicio que incide directamente en la determinación del monto total de la multa impuesta a la reclamante Áridos Cachapoal.

POR TANTO, y TENIENDO PRESENTE, además lo dispuesto en los artículos 17 N° 3, 18 N° 3 y 30 de la Ley N° 20.600; 3, 35, 36, 38, 39, 40, 42, 43 de la LOSMA; 10 de la Ley N° 19.300; 18, 37 y 37 de la Ley N° 19.880; y en las demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes,

SE RESUELVE:

- 1. Acoger** la reclamación interpuesta por Áridos Cachapoal Ltda., en contra de la Resolución Exenta N° 2.401, de 21 de noviembre de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante la cual se acogió parcialmente el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 730, de 6 de mayo de 2020. Como consecuencia de ello, la SMA deberá determinar nuevamente el monto de la multa impuesta al resolver la reposición, considerando lo señalado en esta sentencia.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

2. Cada parte pagará sus costas.

Con el **voto en contra del Ministro Sr. Delpiano**, quien estuvo por rechazar la reclamación en todas sus partes, en el entendido que la SMA actuó correctamente al modificar la ponderación de los efectos de la pandemia por COVID-19. Lo anterior, por cuanto al momento de resolver la reposición ya no procedía realizar el ajuste adicional por COVID-19 considerado en la resolución sancionatoria, pues se disponía de la información correspondiente a los ingresos anuales de Áridos Cachapoal para el año 2020, periodo que comprende los efectos que la pandemia en el funcionamiento de la empresa. Así, de haberse considerado un ajuste adicional por COVID-19, en opinión de este disidente, se habría incurrido en una doble ponderación de la mencionada circunstancia.

En efecto, el análisis realizado por la SMA relativo a los efectos de la pandemia por COVID-19 en la determinación de una sanción ambiental responde a la necesidad de reconocer y de adelantarse a las consecuencias de determinadas circunstancias exógenas generales que tienen incidencia en la capacidad económica de la empresa -aun antes que existan datos concretos del impacto que haya tenido en un titular específico-, cuestión que ocurrió en la resolución sancionatoria.

Luego, en sede de reposición, la SMA tuvo la oportunidad, con los datos a la vista, de realizar un análisis concreto del impacto que la pandemia del COVID-19 haya producido en la actividad específica del recurrente, a partir de los datos aportados por el reclamante. Así, la existencia de datos específicos relativos al año 2020 tienen la capacidad de reemplazar el análisis teórico y adelantado de la SMA derivado de la circunstancia general reconocida a partir de la pandemia.

Dicho en otras palabras, atendida una interpretación finalista de las normas aplicadas para la determinación de la sanción correspondiente -tanto en la resolución sancionatoria como en sede de reposición-, la SMA no cometió ilegalidad alguna -a juicio de este disidente- al reemplazar el análisis genérico adelantado resultante de una circunstancia generalizada en el territorio, por



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

el análisis de la circunstancia específica de la capacidad económica con los datos concretos de los efectos que la pandemia del COVID-19 tuvo efectivamente en la reclamante. Un razonamiento contrario habría supuesto una doble ponderación de la misma circunstancia, como así lo exige el voto de mayoría.

Se **previene que la Ministra Sra. Godoy** si bien comparte la decisión de rechazar la alegación referida a la consideración del daño ambiental en los PdC, lo hace, además, considerando que:

1. La SMA incurre en un vicio al clasificar doblemente la infracción como gravísima, atendido que esta contiene hechos que involucran la ejecución de actividades del artículo 10 de la Ley N° 19.300 al margen del SEIA; y **como grave**, en virtud de la letra a) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA y que hayan causado daño ambiental susceptible de reparación.
2. Lo anterior, porque la alternatividad a la que se refiere el encabezado del numeral 1 y 2 del artículo 36 de la LOSMA, lo es respecto de las circunstancias que se encuentran dentro del mismo nivel de gravedad, y no entre niveles distintos. En esta última situación deberá preferirse el nivel de mayor gravedad, que en el caso de autos correspondía a la categoría de infracción gravísima. Ello no obsta a que dichas circunstancias "excluidas", puedan ser ponderadas en el marco de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en caso de ser procedente.
3. Con todo, a juicio de esta Ministra, dicho vicio no tiene el carácter de esencial, porque el único perjuicio que pudo haber provocado en el reclamante, es que éste se haya visto impedido de presentar un PdC respecto del cargo N° 5, pudiendo hacerlo en la medida que solo se hubiese clasificado la infracción como gravísima. Sin embargo, tal como se señaló en la fundamentación del voto de mayoría, aun bajo este supuesto, de todas formas, el PdC habría sido rechazado por no cumplir con los criterios de aprobación contenidos en el artículo 9 del DS 30/2012, lo que se traduce que el vicio asociado a la doble clasificación de la infracción devenga en no esencial y deba rechazarse la alegación a este respecto.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Se **previene que el Ministro Sr. López** si bien comparte la decisión de rechazar la alegación referida a la consideración del daño ambiental en los PdC, lo hace atendido a los siguientes argumentos:

1. El PdC, por su naturaleza, permite hacerse cargo de afectaciones en determinado rango, pero cuando se constata daño no constituye el instrumento idóneo, siendo este el Plan de Reparación. Al respecto, cabe tener presente que el Primer Tribunal Ambiental en la sentencia dictada el 31 de agosto de 2021 en la causa Rol R N° 41-2021 analiza las características de ambos instrumentos, señalando que están asociados a la existencia de un procedimiento administrativo sancionador incoado ante la SMA (considerando vigésimo octavo), diferenciándose, entre otros aspectos, en el hecho que se substancian en momentos distintos, pues un Plan de Reparación requiere de una sanción previa, lo que no es posible lograr con la aprobación de un PdC (Ibíd.).
2. Asimismo, los beneficios son diferentes, pues mientras en el caso de PdC es eximirse de la eventual sanción, en el Plan de Reparación, en caso de ejecutarse satisfactoriamente, es la extinción de la acción por daño ambiental (Ibíd.).
3. La sentencia individualizada, además, señala que los objetivos de uno y otro instrumento son distintos, ya que mientras los esfuerzos de un PdC están puestos principalmente en el retorno al cumplimiento de la normativa ambiental infringida en el menor plazo posible, en el caso de una infracción con resultado de daño al medio ambiente, atendido que el efecto nocivo es un elemento cierto, la reparación se hace indispensable y el retorno al cumplimiento normativo se transforma en un objetivo secundario (considerando trigésimo primero).
4. Atendido lo anterior, el referido fallo concluye que:
“[...] el PDC cede ante el Plan de Reparación Ambiental pues la misma ley así lo dispone, ya que, al constatarse la existencia de daño al medio ambiente, el inciso quinto del artículo 43 de la LOSMA sólo admite dos opciones: que el infractor presente voluntariamente un plan de reparación o el ejercicio de la acción judicial por daño ambiental, en caso de no instar por el primero. Por este motivo es que la “Guía para la presentación de Programa de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental” solo viene en complementar, ordenar y



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

sistematizar una situación jurídica ya tratada por la ley, sin que exista una contradicción normativa entre ambos cuerpos regulatorios" (considerando trigésimo segundo).

5. Agrega la sentencia que la posibilidad de poner término al procedimiento mediante la aprobación de un PDC se producirá sólo respecto de aquellas infracciones que admitan dicho instrumento y, respecto de las otras, el procedimiento deberá continuar hasta su resolución final (considerando trigésimo tercero).
6. En definitiva, la SMA no incurrió en un vicio de legalidad al no permitir que el reclamante incorporara el cargo N° 5 (elusión) al PdC presentado el 11 de mayo de 2018, de manera que se debe rechazar la alegación por cuanto la SMA actuó correctamente al aplicar dicho impedimento.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 379-2022.

Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidenta, Ministra Titular Abogada Marcela Godoy Flores, el Ministro Titular Abogado Cristián Delpiano Lira y el Ministro Suplente Licenciado en Ciencias Cristian López Montecinos. No firman el Ministro Delpiano y el Ministro López, pese a haber concurrido ambos a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse haciendo uso de su feriado legal el primero, y por encontrarse con permiso administrativo, el segundo.

Redactó la sentencia la Ministra Marcela Godoy Flores, Presidenta. La disidencia y prevenciones sus autores.

En Santiago, a treinta de abril de dos mil veinticuatro, autoriza el Secretario Abogado del Tribunal (S), Sr. Ricardo Pérez Guzmán notificando por el estado diario la resolución precedente.



15EE833F-C8CD-413E-AE1C-309E0712CF55

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalambiental.cl con el código de verificación.