

SRL

RESUELVE SOBRE DECLARACIÓN DE EXPERTOS Y PERITOS, INCORPORA ANTECEDENTES, Y REQUIERE INFORMACIÓN QUE INDICA

RES. EX. N° 4 / ROL D-093-2019

Coyhaique, **06 DIC 2019**

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "la LO-SMA"); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 491, de fecha 31 de mayo 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; Resolución Exenta N° 424, de fecha 12 de Mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente y sus modificaciones; en la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 1300, de 11 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N°82, de 18 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 1300, de fecha 11 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 7, de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes generales

1. Que, por medio de la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-093-2019, de fecha 19 de agosto de 2019, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente, "esta Superintendencia" o "SMA") procedió a formular cargos contra Nova Austral S.A. (en adelante, e indistintamente, "la titular"), titular del establecimiento "CES Cockburn 14", por un incumplimiento a la Resolución de Calificación Ambiental N° 54 del año 2010, que aprueba el proyecto "Centro de Cultivo Canal Cockburn, Seno Chasco. N° Pert: 207123015" (en adelante, "RCA N° 54/2010).

2. Que, de conformidad con el art. 46 de la ley N° 19.880, la antedicha resolución fue notificada personalmente con fecha 20 de agosto de 2019, según consta en el acta levantada al efecto.

II. Respecto la solicitud de diligencias probatorias de la titular

3. Que, el Resuelvo VIII de la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-093-2019 indicó la oportunidad procesal para solicitar diligencias probatorias, señalando que de conformidad al art. 50 inciso segundo de la LO-SMA, las diligencias de prueba que Nova Austral S.A. estimase necesarias debían ser solicitadas en la etapa de descargos, debiendo ser pertinentes y conducentes. Además, se indicó que las diligencias solicitadas fuera de la etapa de descargos serían rechazadas, admitiéndose sólo prueba documental presentada en virtud de los arts. 10 y 17 de la Ley N° 19.880, sin perjuicio de las facultades de oficio en la instrucción del procedimiento por parte de la SMA.

4. Que, con fecha 24 de septiembre de 2019, encontrándose dentro de plazo, don Felipe Meneses, don Julio Recordon y doña Ximena Jirón, en representación de Nova Austral S.A., presentaron descargos en el presente procedimiento sancionatorio, solicitando la absolución respecto al cargo formulado y, en subsidio, la calificación de la infracción como leve atendido que, según exponen, no concurrirían las calificantes del artículo 36 numeral 2) de la LO-SMA. Por su parte, por misma presentación, la titular solicitó admitir en el presente procedimiento los medios probatorios consistentes en la declaración de expertos y de peritos, para efectos de determinar la presunta existencia de daño ambiental derivado de la sobreproducción alegada.

5. Que el inciso final del art. 50 de la LO-SMA establece que se dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos, que resulten pertinentes y conducentes.

6. Que, en este sentido, el art. 50 de la LO-SMA exige que para que se dé lugar a una diligencia probatoria, ésta debe ser tanto pertinente como conducente; criterio más exigente que lo dispuesto por el art. 35 de la ley N° 19.880, que dispone en su inciso final que el instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados que sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

7. Que, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia española, una prueba pertinente es aquella que guarda relación con el procedimiento o aquella que tiene por objeto verificar algún hecho relevante para la resolución del procedimiento¹. Por su parte, la RAE define conducente como “[q]ue conduce (guía a un objetivo o a una situación)”, lo cual en este contexto claramente se refiere a que lleva a determinar algún hecho o circunstancia objeto de la investigación.

8. Que, por lo tanto, lo que corresponde en Derecho no es otorgar una diligencia por el solo hecho de ser solicitada, sino que ésta debe ser analizada en virtud de su pertinencia y conducencia, de conformidad a lo que dispone el art. 50 de la LO-SMA.

9. Que, analizando la solicitud formulada por Nova Austral S.A. en su escrito de descargos, se advierte que no se ha señalado de qué modo los medios probatorios solicitados resultan conducentes y pertinentes para la resolución del presente

¹ REBOLLO, Manuel *et al*, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid, Lex Nova, 2010), pp. 701-702.

procedimiento sancionatorio, al ser de tal generalidad e imprecisión que no es posible para este Fiscal Instructor ponderar la forma en que éstos podrían cumplir con los mencionados requisitos legales. Por lo mismo, mediante Res. Ex. N° 3/Rol D-093-2019, de 03 de octubre de 2019, se requirió a la titular precisar y explicitar los medios probatorios propuestos, señalando diligencias precisas y concretas, a fin de evaluar la pertinencia y conducencia de lo solicitado. En este sentido, se requirió a la titular, respecto a la declaración de expertos, que indicase e individualizase a los expertos a declarar, acompañando antecedentes que acreditasen su idoneidad profesional, así como los puntos sobre los cuales versaría su declaración y metodologías a ser empleadas en su evaluación. En tanto, respecto al informe pericial, se solicitó se indicase e individualizase a los peritos, acompañando antecedentes que acreditasen su idoneidad profesional, así como las materias que serían objeto de dicho peritaje y sobre las cuales versaría su informe y la metodología a ser empleada. Para todo ello, se concedió un plazo de 5 días hábiles desde la notificación de la resolución, la cual fue practicada personalmente en el domicilio del titular el 03 de octubre de 2019, como da cuenta la respectiva acta levantada al efecto.

10. Que, habiendo transcurrido el plazo dispuesto por la Res. Ex. N° 3/Rol D-093-2019 para que la titular complementase su solicitud de diligencias probatorias, ella no realizó ninguna presentación ante esta Superintendencia, por lo que corresponde pronunciarse respecto de la procedencia de los medios probatorios solicitados en función de su pertinencia y conducencia, con el mérito de los solos antecedentes expuestos en su presentación de descargos.

11. Que, con respecto a la declaración de expertos solicitada, la titular ha indicado que ha solicitado esta diligencia *“para los efectos de determinar la presunta existencia de daño ambiental derivado de la sobreproducción alegada”*; no obstante, nada ha indicado respecto de cómo esta diligencia lograría determinar la presunta existencia de dicho daño ambiental. En este sentido, no obstante haber sido requerida expresamente, la titular no ha entregado antecedentes que permitan ponderar la pertinencia y conducencia de la medida, al no individualizar a los expertos que declararían en el procedimiento sancionatorio, ni entregar documentación que demuestre su idoneidad profesional. De igual modo, la titular no ha precisado los puntos sobre los cuales estos expertos declararían, ni la metodología que utilizarían para alcanzar sus conclusiones. Por ello, no es posible considerar la diligencia solicitada de declaración de expertos como pertinente y conducente, al tenor del art. 50 de la LO-SMA, por cuanto la titular no ha entregado los antecedentes mínimos necesarios para evaluar la antedicha pertinencia y conducencia de la diligencia probatoria solicitada, condición indispensable para su otorgamiento.

12. Que, por su parte, con respecto al informe de peritos solicitado, la titular también ha indicado que esta diligencia ha sido solicitada *“para los efectos de determinar la presunta existencia de daño ambiental derivado de la sobreproducción alegada”*; no obstante, nada ha indicado respecto de cómo esta diligencia lograría determinar la presunta existencia de daño, en los términos planteados. De esta forma, no se han entregado antecedentes que permitan ponderar la pertinencia y conducencia de la medida, al no individualizarse a los peritos a presentarse en el procedimiento sancionatorio, ni entregarse documentación que demuestre su idoneidad profesional. Además, la titular no ha precisado las materias que serían objeto de peritaje, ni la metodología que utilizarían durante el peritaje y para alcanzar sus conclusiones. Por ello, tampoco es posible considerar la diligencia solicitada de informe de peritos como pertinente y conducente, al tenor del art. 50 de la LO-SMA, por cuando la titular no ha entregado los antecedentes mínimos necesarios

para evaluar la pertinencia y conducencia de la diligencia probatoria solicitada, condición indispensable para su otorgamiento.

13. Que el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental ha avalado esta forma de interpretar la pertinencia y conducencia establecida en el art. 50 de la LOSMA, al señalar que "[...] *de lo anterior se desprende que en cada caso se encuentra debidamente fundamentado conforme a la legislación vigente, toda vez que la LOSMA en su art. 50 inciso segundo faculta a la SMA para no dar lugar a las medidas o diligencias probatorias que no resulten pertinentes o conducentes a juicio de aquella, siempre que lo haga mediante resolución motivada, cosa que ha ocurrido en la especie. Por todo ello, estos sentenciadores concuerdan en que el rechazo de las diligencias solicitadas por OHL aparece debidamente motivado por la SMA, por lo que el alegato de por la Reclamante, ya falta de fundamentación presentado expresado en el considerando decimotercero, letra a, no es argumento efectivo para sostener la improcedencia de la Resolución Recurrída*"².

14. Que, por todo lo anterior, se rechazarán las diligencias probatorias de declaración de expertos e informe de peritos solicitadas por la empresa titular, al no ser posible ponderar su pertinencia y conducencia por falta de antecedentes.

15. Que, a este respecto, cabe clarificar a Nova Austral S.A. que el Fiscal Instructor se encuentra facultado para solicitar aclarar presentaciones u otras gestiones que se realicen en el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionatorio, con el fin de precisar hechos o circunstancias relevantes y formarse una convicción respecto de los mismos. De este modo y en la especie, dada la exigua fundamentación de la titular para sustentar su petición de diligencias probatorias, este Fiscal Instructor consideró pertinente darle la oportunidad a Nova Austral S.A. para que explicase de mejor manera los objetivos de dicha solicitud, lo cual no fue realizado por la titular, resultando en el rechazo de su solicitud por la imposibilidad de ponderarse suficientemente la pertinencia y conducencia de las diligencias solicitadas.

III. Incorporación de antecedentes.

16. Que, mediante el Ord. N° 142432/2019 del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante, "Sernapesca"), de 02 de agosto de 2019, la Directora Nacional (S) de dicha repartición remitió a la Superintendencia del Medio Ambiente, los resultados de distintas actividades de fiscalización, realizadas entre otros centros en el CES Cockburn 14, los días 25 y 26 de julio de 2019, comprometiéndose la entrega posterior de los restantes antecedentes (Bitácora Sernapesca; Set Fotográfico de la Inspección; Acta de Inspección de Vigilancia Ambiental en Centros de Cultivos de Salmónidos; Acta de Inspección Submarina, y Registro Visual Inspección Submarina).

17. Que, durante dichas labores de fiscalización, se produjeron registros que permiten visualizar y ponderar el estado del fondo marino de la concesión acuícola, durante el mes de julio de 2019, toda vez que "*gracias a la utilización de un ROV submarino marca Mariscope, modelo FO2, fue posible registrar la condición del sustrato al costado y bajo los dos módulos de cultivo. Esta actividad da cuenta que gran parte de la superficie del área concesionada se encuentra cubierta por un manto blanco de microorganismos, lo que indicaría un sustrato anaeróbico*

² Ilustre Tercer Tribunal Ambiental en sentencia de fecha 04 de agosto de 2015, recaída en causa rol R-11-2015, cons. 15°.

(...). Adicionalmente, durante el recorrido de las transectas de filmación se tomaron en dos puntos bajo cada uno de los módulos de cultivo, muestras de sedimento para poder determinar la Materia Orgánica Total del Sedimento (MOT), gracias a una draga adosada a la estructura del vehículo submarino. Éstas fueron envasadas, rotuladas, conservadas y transportadas a una temperatura inferior a los 4° C, para evitar alteración de la MOT. El sedimento en los dos puntos de muestreo correspondió a fango de color café y con un olor fuerte a descomposición. Cabe destacar que durante la filmación no fue posible observar fauna bentónica asociada al sustrato”.

18. Que, de este modo se advierte que durante la actividad de fiscalización sectorial, se realizaron una filmación y un muestreo del fondo marino, actividades ambas que revisten gran importancia para el presente procedimiento sancionatorio por cuanto permiten observar y ponderar, al día de dicha inspección, la situación del fondo marino y así, la existencia y eventual magnitud y significancia del daño ambiental a que se ha hecho referencia en la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-093-2019, respecto del único cargo formulado.

19. Que, por lo mismo, se dispondrá la incorporación del resultado del muestreo del fondo marino relativo al CES Cockburn 14 (INFORME DE ENSAYO número 9780819, realizado por la Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental SEDIMAR, de fecha 07 de agosto de 2019) al presente expediente sancionatorio, para su debida ponderación y análisis. Por otro lado, no constando en los antecedentes remitidos por Sernapesca la filmación o Registro Visual de la Inspección Submarina realizada, así como tampoco el Acta de dicha Inspección Submarina, se requerirá al referido Servicio, su remisión para su ponderación y análisis en este procedimiento sancionatorio.

IV. Requerimiento de información.

20. Que el art. 50 de la LO-SMA establece que recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, pudiendo ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedieren.

21. Que, el art. 51 de la LO-SMA establece en su inciso primero que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

22. Que, adicionalmente, no hay que soslayar que el art. 3° letra “e” de la LO-SMA dispone que esta Superintendencia está facultada para requerir, dentro de plazos razonables, a los sujetos sometidos a su ámbito de acción las informaciones y los datos que sean necesarios para el debido cumplimiento de sus funciones; dentro de las que se encuentra naturalmente la de la letra “o” de la norma en comento, a saber, la función de imponer sanciones de conformidad con la ley.

23. Que, en el presente caso, deben determinarse ciertas circunstancias fácticas y económicas relativas a la infracción imputada, por lo que decretarán las diligencias probatorias que se indican, y se requerirá de información adicional a la titular.

24. Que, del mismo modo, el art. 40 de la LO-SMA indica las circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta por el Fiscal Instructor para la determinación de la sanción específica que en cada caso corresponda aplicar, si así procediere. Al respecto, resulta necesario actualizar la información con la que cuenta este Fiscal Instructor, motivo por el cual se requerirá información al regulado en ese sentido.

RESUELVO:

I. RECHAZAR LA DECLARACIÓN DE EXPERTOS Y DE PERITOS, gestión solicitada en el presente procedimiento administrativo sancionatorio por de Nova Austral S.A., con fecha 24 de septiembre de 2019.

II. INCORPORAR al presente procedimiento sancionatorio, el INFORME DE ENSAYO número 9780819, realizado por la Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental SEDIMAR, de fecha 07 de agosto de 2019, y disponer a su respecto un plazo de 5 días hábiles desde la notificación de esta resolución, para que Nova Austral S.A. haga las presentaciones u observaciones que estime procedentes, respecto de este antecedente.

III. SOLICITAR A SERNAPESCA que remita a esta Superintendencia, la filmación del fondo marino realizada en el CES Cockburn 14, con fechas 25 y 26 de julio de 2019, para su incorporación y posterior evaluación, en este procedimiento sancionatorio.

IV. REQUERIR DE INFORMACIÓN A NOVA AUSTRAL S.A., para que remita a esta Superintendencia, **dentro de 5 días hábiles** contados desde la notificación de la presente resolución, sus Estados Financieros –a saber, Balance General, Estado de Resultados, Estado de Flujo de Efectivo– de la empresa, para los años 2017, 2018 y 2019, o cualquier documentación que acredite los ingresos anuales y mensuales para los años 2017, 2018 y 2019.

V. FORMA Y MODOS DE ENTREGA de la información requerida. La información requerida a la titular deberá ser entregada en soporte digital (CD, DVD o pendrive) de los antecedentes solicitados, a través de carta conductora por escrito en la oficina de partes de esta Superintendencia, ubicada en calle Teatinos 280, piso 8, comuna y ciudad de Santiago; o en la oficina de partes de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, de esta Superintendencia, ubicada en calle Angamos N° 610, Punta Arenas.

VI. TÉNGASE PRESENTE que la titular deberá entregar sólo la información que ha sido expresamente solicitada y que la entrega de grandes volúmenes de información que no diga relación directa con lo solicitado podrá considerarse como una estrategia dilatoria en eventuales procedimientos sancionatorios futuros. Por el contrario, la cooperación efectiva con la investigación y con un eventual procedimiento sancionatorio es una circunstancia que podrá ser valorada positivamente dentro de éste.

VII. NOTIFICAR por carta certificada, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a Nova Austral S.A., con domicilio en Avenida



Presidente Carlos Ibáñez del Campo N° 07200, Lote A2-1, comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y de la Antártica chilena.

Julián Cárdenas Cornejo
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

FCR

Notificación:

- Felipe Meneses Sotelo, Representante legal Nova Austral S.A., Avenida Presidente Ibáñez N° 07200, Lote A2-1, comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y Antártica Chilena.

Distribución:

- Sra. Alicia Gallardo Lagno, Directora Nacional de Sernapesca. Calle Victoria N° 2832, comuna de Valparaíso, Región de Valparaíso.

C.C.

- Andy Morrison, Jefe Oficina Regional Magallanes, SMA

Rol D-093-2019