

EN LO PRINCIPAL: EVACÚA TRASLADO. **PRIMER OTROSÍ:** RESERVA DE DERECHO.
SEGUNDO OTROSÍ: CUMPLE LO ORDENADO Y SOLICITA RESERVA QUE INDICA.



SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

SR. FISCAL INSTRUCTOR

Felipe Meneses y Ximena Jirón, abogados, en calidad de apoderados de **NOVA AUSTRAL S.A.** (indistintamente, "Nova Austral", el "Titular" o la "Compañía"), todos domiciliados, para estos efectos, en Presidente Ibáñez 7200, lote A2-1, comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y la Antártica Chilena, en autos administrativos Rol N° D-093-2019 sobre presunto incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la Resolución Exenta N° 54/2010 ("RCA 54/2010"), venimos en evacuar el traslado otorgado a esta parte mediante Resolución Exenta N°4/ Rol N° D-093-2019 ("R.E. N°4/2019"), solicitando que el Sr. Fiscal tenga presente, en síntesis:

Que **(i)** la información sometida a conocimiento de esta parte para la realización de comentarios y observaciones, resulta ser parcial y carece del complemento establecido en la normativa para su adecuada comprensión, motivo por el cual los reparos planteados en este escrito son preliminares; **(ii)** el número de muestras tomadas es muy inferior a aquél exigible para tener por válida una CPS o una INFA conforme a la normativa nacional (instrumento, éste último, diseñado para evaluar las condiciones ambientales del fondo); **(iii)** el Informe de Ensayo -contrariamente a lo que se sostiene- incumple la R.E. N°3612/2009 en lo relativo a la obligación de registrar la temperatura de la muestra una vez tomada (y no sólo al ingreso al laboratorio) y la utilización de una draga (y no un ROV) para la toma de la misma y **(iv)** el posicionamiento de las coordenadas en que se habrían tomado las muestras, indican que estas no se encuentran en el área del proyecto, sino en el Océano Atlántico. Finalmente, **(v)** esta parte reitera que para el período productivo en cuestión en la Formulación de Cargos la Información Ambiental fue positiva, según se ha confirmado por la propia autoridad.

1. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante R.E. N°4/2019, el Sr. Fiscal Instructor de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") informó a esta parte que mediante el Ord. N°142432/2019 del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura ("SERNAPESCA") fechado el 2 de agosto de 2019, la Directora Nacional (S) de dicha repartición, remitió a la SMA los resultados de distintas actividades de fiscalización realizadas, entre otros, en el CES Cockburn 14, los días 25 y 26 de julio de 2019, comprometiendo la entrega posterior de un conjunto de antecedentes.
- 1.2. Informa, asimismo, que durante esas fiscalizaciones se produjeron registros que permiten visualizar y ponderar el estado del fondo marino de la concesión acuícola mediante la utilización de un ROV, registros que darían cuenta que "*gran parte de la superficie del área concesionada se encuentra cubierta por un manto blanco de microorganismos*" (cita que correspondería al Ord. N°142432/2019 de SERNAPESCA citado más arriba y cuyo contenido íntegro desconocemos). La resolución reporta, igualmente, que durante el recorrido de las transectas de la filmación se tomaron dos muestras de sedimento del fondo marino.
- 1.3. Con el mérito de lo expuesto, el Sr. Fiscal dispuso incorporar al procedimiento sancionatorio el **Informe de Ensayo N° 9780819** ("Informe de Ensayo") realizado por la entidad técnica de fiscalización ambiental SEDIMAR fechado el 7 de agosto de 2019, y otorgó a esta parte un plazo de 5 días, prorrogado por 2 adicionales mediante la R.E. N°5 / Rol D-093-2019, para hacer las presentaciones u observaciones que estime procedentes, respecto de este antecedente. Estando dentro de plazo para ello, venimos en formular las siguientes observaciones y reparos al Informe de Ensayo referido.

2. CONSIDERACIONES, OBSERVACIONES Y REPAROS A SER TENIDOS EN CUENTA POR LA SMA.

- 2.1. **Los antecedentes aportados por la SMA son parciales, lo que impide efectuar comentarios definitivos sobre el asunto.** Es necesario hacer presente que la SMA agrega al expediente un antecedente puntual y aislado (un informe de ensayo con los resultados de dos muestras) que no permite,

razonablemente, establecer conclusiones sobre la situación del fondo marino en el área de la concesión. Más aún, en este punto, la propia autoridad reconoce que no ha tenido a disposición el material filmico del fondo con el que debe complementarse el informe de laboratorio, pues estaría en poder de SERNAPESCA.

Como es de conocimiento de la autoridad, el procedimiento habitual para levantar una CPS o una INFA consiste en la apreciación conjunta de los antecedentes que se levantan para el tipo específico de centro de que se trata (por ejemplo, planos batimétricos y de sustrato, ubicación de los módulos de cultivo y estaciones, registros visuales, oxígeno disuelto en la columna de agua, temperatura, entre otros).

Por el motivo anterior, cualquier comentario que efectúe esta parte sobre el Informe de Ensayo constituye un ejercicio puramente preliminar y debe entenderse sujeto a la posibilidad de que éste sea complementado y corregido, conforme esta parte tenga acceso a la información a que se hace referencia en la R.E. N°4/2019 y que ha sido solicitada por la propia SMA a SERNAPESCA en el resuelto III) de la resolución en comento. En el *segundo otrosí*, hacemos expresa reserva sobre este punto.

- 2.2. **Hecha la reserva señalada corresponde señalar que las muestras efectuadas no corresponden al número de estaciones ni de réplicas exigidas para el levantamiento de una INFA.** Como hemos señalado, el análisis efectuado por SEDIMAR se refiere exclusivamente materia orgánica total (%) y, según consta en el Informe de Ensayo, se habría realizado de acuerdo a la R.E. 3612/2009.
- 2.3. Ahora bien, el propio Informe de Ensayo revela que el esfuerzo efectuado se reduce a la toma de dos muestras de sedimento (C14-1 y C14-2) muy inferior al necesario para efectuar cualquier INFA o CPS. En efecto, la ubicación, número de estaciones de muestreo y réplicas que deben tomarse para que el esfuerzo muestral se considere adecuado para levantar una INFA es muy superior (4 estaciones por cada módulo seleccionado y 3 réplicas, sin perjuicio de la existencia de casos especiales).

- 2.4. Lo anterior, pone nuevamente de manifiesto que los datos que la SMA nos solicita observar son aislados y escasos y, por lo tanto, no representativos de la situación potencial del fondo marino bajo el CES Cockburn 14.
- 2.5. **El Informe de Ensayo incumple un requisito regulatorio básico consistente en consignar la temperatura de la muestra tomada.** Según se registra en el informe las muestras habrían sido tomadas en días distintos, puntualmente, el 25 (CK14-1) y el 26 (CK14-2) de julio de 2019 y el ingreso al laboratorio se efectuó el 3 de agosto de 2019 a las 12.00 horas, lo que implica que transcurrieron 9 y 10 días, respectivamente, entre la toma de las muestras y el ingreso definitivo al laboratorio en que se efectuó el análisis.
- 2.6. Si bien se reporta que la temperatura de ingreso de las muestras al laboratorio fue de 1,7 °C, no existen datos que indiquen la temperatura de la muestra al momento en que fue tomada ni tampoco a cual estuvo sometida durante los 9 y 10 días que duró el transporte¹, pese a tratarse de un requisito regulatorio.
- 2.7. La omisión a que hacemos referencia no constituye un error formal, sino que se trata de la omisión de dato relevante, exigible y, por lo tanto, de un incumplimiento evidente de los requerimientos establecidos en la regulación sectorial. En efecto, la R.E. 3612/2009 dispone en su numeral 27) que:

27.- El contenido de materia orgánica total del sedimento se debe determinar conforme a la metodología que se indica a continuación:

(...)

B. Toma de muestras

i) Se debe muestrear aproximadamente 150 gramos de sedimento desde el core o draga, extrayendo sólo los primeros 3 centímetros del mismo.

*Respecto de las muestras que sean obtenidas, transportadas e ingresadas a laboratorio después de transcurridas 24 horas o más desde el momento de muestreo, deberán ser mantenidas en el rango comprendido entre el congelamiento hasta 4 °C como máximo antes de su ingreso al laboratorio. Para tales efectos, **el o los certificados de laboratorio deberán consignar respecto del sedimento la temperatura, fecha y hora de muestreo y temperatura, fecha y hora de recepción en laboratorio.***

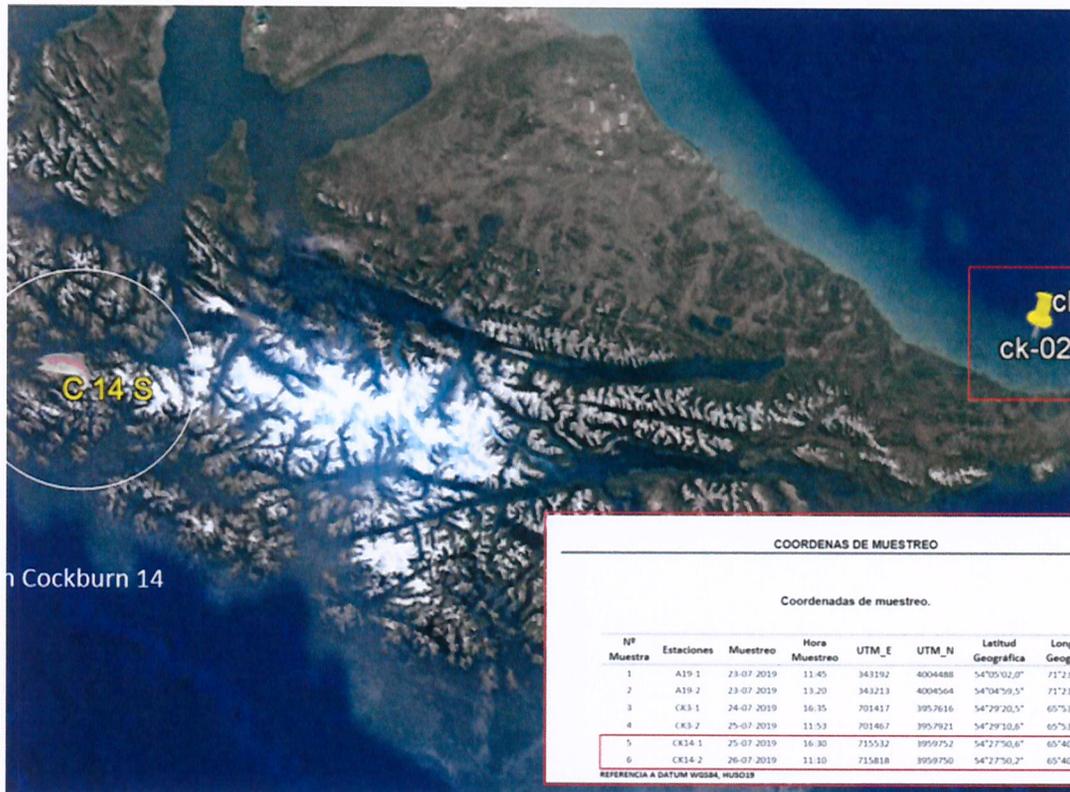
¹ La ejecución o inicio del ensayo fue entre el 05/08/2019 a las 15:20 y terminó el 07/08/2019; a las 11:50 hrs.

- 2.8. El principal efecto que puede tener el inadecuado manejo de la muestra es justamente el aumento de materia orgánica en la misma, como consecuencia de su permanencia en condiciones de temperatura inadecuadas, de ahí la relevancia de registrar la temperatura al momento de la toma de la muestra y no, únicamente, al momento de su ingreso al laboratorio.
- 2.9. Más aún, para los efectos de la acreditación NCh - ISO 17025 -obligatoria para este tipo de ETFA- un laboratorio de ensayo debe asegurar la calidad de la muestra de materia orgánica y, para tal efecto, debe implementar procedimientos que permitan evidenciar que los métodos de almacenamiento y transporte de la muestra –muy relevantes en el presente caso, debido al largo período en que las muestras estuvieron fuera del laboratorio- aseguran la calidad del ensayo mediante la continuidad de una temperatura inferior a 4°C entre el muestreo, el ingreso al laboratorio y el momento en que el ensayo se inicia. De lo contrario, no es posible descartar que el resultado del mismo se encuentre alterado. En la especie tal requisito no se ha cumplido.
- 2.10. **La toma de la muestra no cumple con el estándar establecido en la R.E. N°3612/2009.** La R.E. N°4/2019 de la SMA, especifica que el muestreo de las estaciones CK14-1 y CK14-2 fue realizado mediante la utilización un vehículo submarino ROV (MARISCOPE). Esta técnica de muestreo es, evidentemente, distinta a aquella que estipula la R.E. N° 3612/2009, por lo tanto, sus resultados difieren tanto en el área, como en la cantidad, calidad del sedimento obtenido y los rangos de aceptabilidad de la muestra, motivo por el cual ellos no son comparables con aquellos que se obtendrían aplicando la metodología para la realización de una INFA, ni cumplen con la R.E. N°3612/2009, contrariamente a lo que se afirma².
- 2.11. **El análisis de las coordenadas geográficas de las muestras tomadas no se encuentran en el área del CES Cockburn 14.** Tal como se muestra en la Figura 2 siguiente, las coordenadas geográficas y UTM de las estaciones de

² El laboratorio ETFA (Sedimar) en el Informe de Ensayo indica, en relación al ensayo de materia orgánica, lo siguiente: *“Metodología de obtención de sedimento según Resolución Exenta 3612/09 y sus modificaciones, las muestras de sedimento se obtuvieron mediante el uso de una draga modelo Van-Veen o similar, con un área de mordida de 0,1 m², la cual será descendida e izada desde una embarcación mediante el uso de un huinche. Del contenido de la draga se obtuvieron muestras de aproximadamente 500 gramos de sedimento superficial (hasta 3 cm de profundidad) las que fueron guardadas en bolsas de polietileno de alta densidad, debidamente rotuladas y mantenidas a baja temperatura para ser transportada al Laboratorio para posterior análisis.”*

muestreo CK14-1 y CK14-2 no se encuentran en el área del proyecto por lo que no pueden reflejar el contenido del sedimento del sector aludido. Literalmente, los puntos muestreados se encontrarían en el océano Atlántico.

Fig. 2. Coordenadas geográficas y UTM estaciones de muestreo CK14-1 y CK14-2.



3. **Por último, el CES Cockburn 14 tuvo como resultado un INFA positivo para el año 2016.** Tal como hemos hecho ver en nuestros descargos, en la Formulación de Cargos efectuada se acompañó un único dato empírico relacionado con las condiciones del fondo marino y este consiste en la constatación efectuada por Sernapesca en el sentido que la INFA del CES Cockburn 14 correspondiente al día 15 de diciembre de 2016, *“arrojó condiciones de anaerobiosis en la zona de impacto por baja concentración de oxígeno a 1 metro del fondo (...)”* (considerando 16).

4. Aunque la SMA no lo recoge explícitamente en su Formulación de Cargos, el mismo informe de Sernapesca reconoce que *“la evaluación de la información ambiental (INFA) de este centro para todo el ciclo de cultivo fue aeróbica, ya que la condición de anaerobiosis no se configuró en más del 30% de los perfiles realizados”*. Es de suma relevancia agregar que el Ord./D.G.A./Nº 111619 de fecha 24 de mayo de 2017 de Sernapesca que evalúa la INFA, correspondiente al muestreo efectuado el día 15 de diciembre de 2016 **confirma la condición**

aeróbica del centro. La imagen inserta a continuación, muestra con claridad lo que aquí se afirma:



ORD./D.G.A./N°:

111619

ANT.: Artículo N° 19, D.S. N° 320/01, Reglamento Ambiental para la Acuicultura, RAMA

MAT.: Informa análisis ambiental centro de cultivo código 120124

Valparaíso,

24 MAY 2017

DE : JEFA DEPTO. GESTIÓN AMBIENTAL (S)
SERVICIO NACIONAL DE PESCA Y ACUICULTURA

A : Nova Austral S.A

1. De acuerdo a las disposiciones establecidas en el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, RAMA, se ha efectuado el análisis de la Información Ambiental, INFA del centro de cultivo individualizado a continuación:

Centro: 120124 Categoría 5 Provincia: Antártica Chil Region: XII. Magallanes
Titular: Nova Austral S.A Muestreo: 15-12-2016 Entrega INFA: 05-01-2017
Consultora: Consultora Ambiental Geeaa Ltda. Laboratorio: Laboratorio Ambiental Geeaa Ltda.

2. De lo anterior y respecto de los antecedentes operativos del centro individualizado, es de indicar a Ud., lo siguiente:

Análisis de antecedentes administrativos y de operación
Titular declarado en la INFA concuerda con RNA
Presenta plano batimétrico y de ubicación de módulos de cultivo
Presenta plano batimétrico y ubicación de estaciones de muestreo

3. De acuerdo al análisis efectuado a los antecedentes entregados en el informe ambiental (Anexo), se ha concluido que el centro de cultivo presenta para el período informado condiciones ambientales AERÓBICAS

Sin otro particular, saluda Atte,

POR TANTO,

SOLICITO A USTED, tener presente los comentarios preliminares efectuados por esta parte al momento de resolver el presente expediente administrativo, sin perjuicio de lo indicado en el primer otrosí.

PRIMER OTROSÍ: En virtud de lo señalado en el numeral 2.1) y siguientes, esta parte viene en hacer expresa reserva del derecho que le asiste para efectuar los comentarios, observaciones y reparos que le merezca la información completa levantada por SERNAPESCA, referida por esta SMA en el Considerando 19) y el resuelvo III) de la R.E. N°4/2019 y que ha sido puesta a disposición de esta parte, parcialmente, en estos autos.

POR TANTO,

SOLICITO A USTED, tener presente la reserva de derechos efectuada.

SEGUNDO OTROSÍ: Que dentro de plazo otorgado por la R.E. N°4/2019 y ampliado por la R.E. 5 / Rol D-093-2019, vengo en cumplir lo ordenado por esta Superintendencia entregando la información requerida relativa a los Estados Financieros de la Compañía consistente en el balance general, el estado de resultado y el estado de flujo de efectivo para los años 2017, 2018 y 2019, en soporte digital. Junto con dar cumplimiento a lo ordenado, esta parte viene en solicitar la reserva de los documentos acompañados en este otrosí, al tenor de las normas de la LOSMA y de la Ley 20.285 que gobiernan la materia.

Al respecto, como es de su conocimiento, el art. 6 de la LOSMA dispone que *“siempre que los documentos y antecedentes no tengan el carácter de públicos, los funcionarios de la Superintendencia deberán guardar reserva de aquellos que conocieren en el ejercicio de sus funciones, relativos a los negocios de las personas sujetas a su fiscalización y deberán abstenerse de utilizarlos en beneficio propio o de terceros”*.

El art. 34 de la misma Ley, agrega que *“[l]as normas que establezcan el secreto o reserva sobre determinados asuntos no obstarán a que se proporcione a la Superintendencia la información o antecedente que ella requiera para el ejercicio de su fiscalización, sin perjuicio de que sobre su personal pese igual obligación de guardar tal reserva o secreto”*.

En este sentido, nuestra solicitud se funda en el hecho de que los documentos entregados a la SMA en virtud de su requerimiento de información son privados que, si bien han sido solicitados en ejercicio de las facultades de la SMA, deben mantenerse bajo reserva y ser utilizados únicamente para el fin por el cual fueron requeridos, conforme a lo establecido en los artículos 6 y 34 de la LOSMA.

Por su parte, la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, establece el carácter de reservado de la información contenida en los documentos acompañados. En particular, dispone su art. 21 N° 2 que la Administración podrá negar acceso a la información que posea cuando: *“su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”*.

Al respecto, el Consejo para la Transparencia ha señalado en reiteradas ocasiones que la información puede afectar derechos comerciales o económicos de las

personas cuando: (i) es secreta, es decir, no es generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas; (ii) es objeto de razonables esfuerzos para mantenerla secreta; y (iii) es comercialmente valiosa por ser secreta.

Al respecto, es posible concluir que la información requerida por esta Superintendencia debe mantenerse en reserva por cuanto: (i) los Estados Financieros de la Compañía no se encuentran disponibles públicamente y (ii) evidentemente, dicen relación directa con el negocio desarrollado por nuestra representada. En relación con los criterios elaborados por el Consejo, corresponde señalar que (iii) los Estados Financieros no constituyen información generalmente conocida o fácilmente accesible pues, de hecho, es información que la Compañía no publica y, por último, (iv) es objeto de esfuerzos razonables destinados a mantenerla en secreto por cuanto, revelan la situación patrimonial de la Compañía exponiéndola de modo innecesario.

Por otra parte, el Consejo ha señalado que resulta conveniente analizar con qué objeto el particular entrega información a la Administración y si se ha manifestado la voluntad de mantener su reserva. En este sentido, es indudable que la información ha sido entregada únicamente a solicitud de la SMA, para los fines que la autoridad estime y, en ningún caso, para ponerlos a disposición de terceros. Adicionalmente, esta parte ha manifestado expresamente su voluntad de mantener en secreto dicha información.

POR TANTO,

SOLICITO A USTED, tener por cumplido lo ordenado, manteniendo la documentación en calidad de reservada, por los motivos indicados en esta presentación.


[Redacted]


[Redacted]