

SRL

ACCEDE A SOLICITUD DE RESERVA, INCORPORA ANTECEDENTES, Y DECRETA DILIGENCIAS PROBATORIAS QUE INDICA

RES. EX. N° 6 / ROL D-093-2019

Coyhaique,

29 ENE 2020

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 RA N° 119123/154, de 19 de noviembre 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 reserva de la información financiera entregada por el titular.

3. Que, mediante la Resolución Exenta N° 4/Rol D-093-2019, de fecha 06 de diciembre de 2019, esta Superintendencia solicitó al titular la remisión, dentro de 5 días hábiles contados desde la respectiva notificación, de sus estados financieros –Balance General, Estado de Resultados, Estado de Flujo de Efectivo–, para los años 2017, 2018 y 2019, o cualquier documentación que acreditase los ingresos anuales y mensuales para dichos períodos.

4. Que, con fecha 17 de diciembre y estándose dentro de plazo, esta Superintendencia recibió una presentación del titular, mediante la cual se entregaron todos los antecedentes requeridos, en soporte digital.

5. Que, en la misma presentación y en virtud del art. 21 N° 2 de la ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública el titular solicitó la reserva de toda la información sobre los estados financieros de la empresa, por constituir información sensible para la misma, cuya divulgación podía afectar sus derechos de carácter comercial y económicos. Agregó que si bien los documentos entregados a esta SMA lo han sido en el ejercicio de las facultades de esta última, deben mantenerse bajo reserva y ser utilizados únicamente para el fin por el cual fueron requeridos, conforme a lo establecido en los arts. 6 y 34 de la LO-SMA.

6. Que la ley N° 20.285 establece el carácter de reservado con respecto a la información contenida en los antecedentes acompañados por el titular con fecha 17 de diciembre. En efecto, el art. 21 N° 2 de la ley en comento dispone 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”.

7. Que, adicionalmente y de un tiempo a esta parte, el Consejo para la Transparencia ha desarrollado criterios, con respecto a la causal en comento, que permiten entender cuándo se produce una afectación a los derechos patrimoniales que busca proteger, debiendo concurrir los siguientes requisitos de manera copulativa¹:

- I. Que la información requerida no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;
- II. Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto –vgr., que el antecedente presentado contenga una cláusula de confidencialidad o la información no esté publicada en sitios *web*–; y
- III. Que el secreto o reserva de la información requerida proporcione a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva, o su publicidad pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular –por ejemplo, contratos específicos o cláusulas que escapen de contratos tipos, valores de insumos del giro del negocio², *know how*, derechos de propiedad industrial, etc.–

¹ Consejo para la Transparencia, Decisión Amparo rol C363-2014, cons. 5°; rol C1362-2011, cons. 8° letra “b”.

² Consejo para la Transparencia, Decisión Amparo rol A252-2009, cons. 15°: “la información contenida bajo el título ‘evaluación económica del proyecto’ y aquella contenida bajo el título ‘indicadores económicos’ del mismo, en tanto constituyen una estimación del flujo de caja del proyecto, indicando sus ingresos, egresos y flujo neto durante un determinado

8. Que, en este sentido y en coherencia con la práctica de este Servicio, la solicitud de reserva de la información financiera entregada por Nova Austral S.A. en respuesta al requerimiento de información proferido mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-093-2019 será acogida en todas sus partes.

III. Presentación de la titular, e incorporación de antecedentes.

9. Que, mediante el Resuelvo II de la referida Resolución Exenta N° 4/ Rol D-093-2019, esta Superintendencia del Medio Ambiente dispuso la incorporación al presente procedimiento sancionatorio, del Informe de Ensayo número 9780819, realizado por la Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental SEDIMAR, de fecha 07 de agosto de 2019, otorgando un plazo de 5 días desde la notificación de la referida Resolución Exenta, para que la titular haga las presentaciones u observaciones que estime procedentes a este respecto.

10. Que, con fecha 17 de diciembre de 2019, don Felipe Meneses S. y doña Ximena Jirón, en representación de Nova Austral S.A., evacuaron el traslado conferido por el Resuelvo II de la Res. Ex N° 4/ Rol D-093-2019, e hicieron igualmente presente su reserva de derechos, a la espera de que tengan acceso a la información solicitada al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante, "Sernapesca"), por la misma Resolución Exenta N° 4/ Rol D-093-2019.

11. Que, entre otras consideraciones que serán ponderadas en su oportunidad, la titular ha indicado que *"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"*.

12. Que, mediante el Resuelvo II de la referida Resolución Exenta N° 4/ Rol D-093-2019, esta Superintendencia del Medio Ambiente dispuso la incorporación al presente procedimiento sancionatorio, del Informe de Ensayo número 9780819, realizado por la Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental SEDIMAR, de fecha 07 de agosto de 2019, otorgando un plazo de 5 días desde la notificación de la referida Resolución Exenta, para que la titular haga las presentaciones u observaciones que estime procedentes a este respecto.

13. Que, con fecha 17 de diciembre de 2019, don Felipe Meneses S. y doña Ximena Jirón, en representación de Nova Austral S.A., evacuaron el traslado conferido por el Resuelvo II de la Res. Ex N° 4/ Rol D-093-2019, indicando, entre otras consideraciones que serán ponderadas en su oportunidad, que *"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"*.

período de tiempo, es información que refleja un estudio comercial sobre la viabilidad de la empresa y los riesgos asociados a su desarrollo y, consecuentemente, su conocimiento proporciona al poseedor una ventaja competitiva respecto de otros operadores del mercado, quienes para formular postulaciones como la realizada por el tercero, deberán efectuar un trabajo estimativo similar".

14. Que, tras revisar las coordenadas indicadas en el Informe de Ensayo número 9780819, realizado por la Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental SEDIMAR, de fecha 07 de agosto de 2019, en el marco de una fiscalización realizada por Sernapesca con fecha 25 y 26 de julio de 2019, ha sido posible constatar un error en la enunciación de las coordenadas UTM de los muestreos realizados, así como su posterior conversión a coordenadas de latitud y longitud geográfica, por cuanto el informe indica que las coordenadas UTM de los muestreos corresponderían al DATUM WGS84 HUSO 19 (lo que las situaría en el Océano Atlántico, como ha indicado la titular), en circunstancias de corresponder ellas al DATUM WGS84 HUSO 18.

15. Que, de la revisión del Acta de Inspección Submarina levantada por Sernapesca durante la fiscalización realizada con fecha 25 y 26 de julio de 2019 (y que es de conocimiento de la titular, habiendo sido suscrita por el responsable del Centro de Cultivo presenta en la inspección), es posible comprobar, en lo pertinente, la inspección del fondo marino realizada por Sernapesca (así como la posterior extracción de muestras), en las transectas recorridas por sus funcionarios, y cuyas coordenadas geográficas de inicio corresponden a latitud $54^{\circ}27'47,8''$ – longitud $71^{\circ}40'17,4''$; latitud $54^{\circ}27'48,8''$ – longitud $71^{\circ}40'15,7''$; y latitud $54^{\circ}27'51,6''$ – longitud $71^{\circ}40'07,3''$; correspondientes todas al área de concesión acuícola del CES Cockburn 14.

16. Que, en razón de lo anterior, y con el objeto de contar con antecedentes que permitan una correcta georreferenciación del lugar en que se llevó a cabo la actividad de inspección del fondo marino realizada por Sernapesca, en la cual se obtuvieron muestras que fueron analizadas por la ETFA SEDIMAR e incorporadas en el Informe de Ensayo número 9780819, de fecha 07 de agosto de 2019, se dispondrá la incorporación al presente expediente sancionatorio, para su debida ponderación y análisis, del Acta de Inspección Submarina a que se ha hecho referencia, realizada por Sernapesca en el CES Cockburn 14, con fecha 25 y 26 de julio de 2019.

IV. Diligencias probatorias

17. 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.

18. 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. A su turno, agrega el inciso segundo que, en este contexto, los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el art. 8° de la ley en comento, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se produzcan durante el transcurso del sancionatorio.

19. Que, adicionalmente, no hay que soslayar que el art. 3° letra “a” de la LO-SMA dispone que esta Superintendencia está facultada para fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de

Calificación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen de conformidad con la misma ley.

20. Que, a su turno, el inciso primero del art. 28 de la LO-SMA dispone que los titulares sujetos de las actividades de fiscalización deben entregar todas las facilidades para que se lleve a cabo el proceso de fiscalización; al tiempo de que su inciso final tipifica como infracción gravísima la negativa a dar cumplimiento a los requerimientos durante las acciones de fiscalización.

21. 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 acerca de los efectos de la infracción imputada, motivo por el cual se requerirá información al regulado en ese sentido.

RESUELVO:

I. **CONCEDER LA RESERVA DE LA INFORMACIÓN** acompañada por el titular con fecha 17 de diciembre de 2019, consistente en Balance General, Estado de Resultados y Estado de Flujo de Efectivo para los años 2017, 2018 y 2019.

II. **TENER PRESENTE** la presentación de la titular de fecha 17 de diciembre de 2019, sin perjuicio de lo que se resuelva en su oportunidad respecto de sus observaciones; así como la reserva de derechos efectuada.

III. **INCORPORAR** al presente procedimiento sancionatorio, el Acta de Inspección Submarina, levantada por Sernapesca en su fiscalización de fecha 25 y 26 de julio de 2019, a que se ha hecho referencia, y disponer 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, en vista de estos antecedentes.

IV. **DECRETAR LA SIGUIENTE DILIGENCIA PROBATORIA**, de conformidad con las facultades conferidas a este servicio en los arts. 3° letra "a", 28, 50 y ss. de la LO-SMA. Se solicita a la **División de Fiscalización de esta Superintendencia**, la práctica de una **inspección ambiental**, consistente en

- a) La **extracción de muestras de sedimento del fondo marino bajo el CES Cockburn 14**, y fuera de éste, dentro de un buffer de sedimentación determinado en función de la distancia dispersión de fecas y alimento, considerando al menos variables como velocidad de corriente, velocidad de sedimentación para fecas y alimento, y profundidad promedio del área de concesión. Para estos fines, deberá considerarse una estación de muestreo por cada vértice de la concesión acuícola, y una estación por cada hectárea de la concesión, encontrándose todas distribuidas uniformemente.

Igualmente, deberá incluirse **un punto de control** fuera del área de la concesión, en un área que sea representativa del sector, tanto en sus parámetros bióticos como abióticos.

b) **Realizar una videograbación acuática submarina alrededor de los módulos de cultivo del CES Cockburn 14.** En caso de encontrarse el Centro sin módulos de cultivo, deberá realizarse esta prospección con grabación subacuática de 8 transectas radiales equidistantes hasta el límite del área otorgada en concesión, considerando como punto focal el punto medio de la concesión. Igualmente, deberá realizarse una videograbación fuera del área de la concesión, dentro de un buffer de sedimentación determinado en función de la distancia dispersión de fecas y alimento, considerando al menos variables como velocidad de corriente, velocidad de sedimentación para fecas y alimento, y profundidad promedio del área de concesión.

c) En los muestreos de sedimento, deberán determinarse los parámetros de granulometría, materia orgánica total, macrofauna bentónica, pH, Potencial Redox y Temperatura del sedimento; en tanto que en las videograbaciones se deberá identificar tipo de sustrato, macrofauna bentónica, presencia/ausencia de cubierta de microorganismos y burbujas de gas.

Todo lo anterior deberá practicarse por parte de una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (“ETFA”) debidamente autorizada para ello, dentro del plazo razonable que se le otorgue al efecto, el que no debe ser mayor a 25 días hábiles, debiendo ceñirse en todo caso a las metodologías establecidas en la Res. Ex. N° 3612 de 2009 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, y sus modificaciones. En caso de no existir cobertura o alcances autorizados y de acreditarse debidamente dicha circunstancia por el titular, se podrá realizar dicho análisis con alguna empresa acreditada por el Instituto Nacional de Normalización (INN) y/o autorizada por el Servicio Nacional de Pesca (Res. Ex. N° 1024/2017 SMA), dentro del mismo término y según la misma metodología descritos.

La ETFA –o entidad subsidiaria, en su caso– será elegida por esta SMA a partir de una quina que el titular deberá proponer por escrito en Oficina de Partes de esta Superintendencia dentro del plazo de cinco (5) días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución. Dicha elección se notificará oportunamente al titular.

d) Para la práctica de la inspección y análisis de sus resultados y de conformidad con el art. 28 de la LO-SMA, **Nova Austral S.A. deberá poner a disposición de esta SMA** el respectivo ROV sumergible, demás dispositivos y/o equipamientos, los eventuales equipos de buzos y cualesquier otro personal propio o prestado por terceros necesario para la debida ejecución de la actividad, así como la contratación de una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental –o entidad subsidiaria, en su caso– que procese los muestreos extraídos y videograbaciones tomadas, a más tardar para la primera quincena de febrero de 2020, lo que deberá avisar a la Of. Regional de Magallanes de esta SMA a los correos electrónicos oficina.magallanes@sma.gob.cl y andy.morrison@sma.gob.cl, con copia a este Fiscal Instructor al correo julian.cardenas@sma.gob.cl. Se hace presente que, por el mismo medio o por notificación ex. art. 46 de la ley N° 19.880, se avisará debidamente al titular respecto de las fechas en que se practicará la diligencia, para fines de coordinación, con a lo menos 72 horas de antelación.

V. **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 A. Cárdenas Cornejo
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

FCR

Notificación:

- Representante legal Nova Austral S.A., Presidente Ibáñez N° 07200, Lote A2-1, Punta Arenas, Magallanes

Adjunto:

- Acta de Inspección Submarina realizada por Sernapesca, de fecha 25 y 26 de julio de 2019.

C.C.

- División de Fiscalización, SMA
- Oficina Regional Magallanes, SMA
- Dirección Regional Magallanes, SERNAPESCA

D-093-2019