



**ACCEDE A SOLICITUD DE RESERVA Y DECRETA
DILIGENCIAS PROBATORIAS QUE INDICA**

RES. EX. N° 10 / ROL D-091-2019

Santiago, 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; 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; 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-091-2019, 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, "el titular"), titular del establecimiento "CES Aracena 10", por un incumplimiento a la Resolución de Calificación Ambiental N° 71 del año 2003, que aprueba el proyecto "Centro de engorda de Salmonídeos Seno Lyell centro (99121116), Seno Lyell - Bahía Kempe (99121118), Isla Capitán Aracena- Grupo B" (en adelante, "RCA N° 71/2003).

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 Res. Ex. N° 8/Rol D-091-2019, 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 13 de diciembre y estándose dentro de plazo, esta Superintendencia recepcionó 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 13 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.–

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° 8/Rol D-091-2019 será acogida en todas sus partes.

III. Diligencias probatorias

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 periodo 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*”.

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. 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.

13. 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, por lo que decretarán las diligencias probatorias que se indican.

RESUELVO:

I. **CONCEDER LA RESERVA DE LA INFORMACIÓN** acompañada por el titular con fecha 13 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. **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 Aracena 10, 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 Aracena 10. 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 entidad autorizada por el Servicio Nacional de Pesca y/o acreditada por el Instituto Nacional de Normalización (INN) –Res. Ex. N° 1024/2017 SMA–, dentro del mismo término y según la misma metodología descritos.

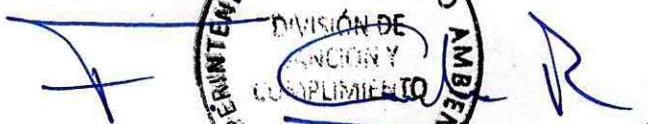
La ETFA –o entidad subsidiaria, en su caso– será elegida por esta SMA a partir de una quina que el titular deberá proponer por escrito en Oficina de Partes de esta Superintendencia dentro del plazo de cinco (5) días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución. Dicha elección se notificará 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 la ETFA –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 felipe.concha@sma.gob.cl. Se hace presente que, por el mismo medio o por notificación en conformidad con el 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.

III. 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.

Asimismo, notificar por carta certificada, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a doña Ximena Salinas González, con domicilio en calle Alonso de Ovalle N° 612, of. 5, comuna de Santiago, Región Metropolitana.



Felipe A. Concha Rodríguez
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

JCC

Notificación:

- Representante legal Nova Austral S.A., Presidente Ibáñez N° 07200, Lote A2-1, Punta Arenas, Magallanes
- Ximena Salinas González, Alonso de Ovalle N° 612, of. 5, Santiago, RM

C.C.

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

D-091-2019

INUTILIZADO