



OF. ORD.: (N° digital en costado inferior izquierdo)

ANT.: Resolución Exenta N° 10/ROL D-094-2019, de 4 de mayo de 2020, de la SMA.

MAT.: Evacúa informe sobre elusión que indica.

SANTIAGO,

**A : CRISTÓBAL DE LA MAZA GUZMÁN
SUPERINTENDENTE
SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE**

**DE : HERNÁN BRÜCHER VALENZUELA
DIRECTOR EJECUTIVO
SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL**

Mediante la Resolución Exenta individualizada en el ANT., se ha solicitado a esta Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, “SEA”), su pronunciamiento con el objeto de determinar si la producción de salmónidos en exceso verificada en el centro de engorda de salmónidos “CES Cockburn 23”¹, durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de enero de 2016 y noviembre de 2017, calificada como una infracción grave según la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/ROL D-094-2019, en contra de Nova Austral S.A., requiere ingresar de forma obligatoria al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante “SEIA”), en conformidad a los artículos 8 y 10 letra n) de la Ley N° 19.300, y artículos 2 letra g) y 3 letra n) del D.S. N° 40/2012, Reglamento del SEIA (en adelante “RSEIA”), pronunciamiento que es necesario para que la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”), pueda elaborar el dictamen referido en el artículo 53 y ejercer la atribución del artículo 3 letra i), ambos de la LO-SMA.

En este sentido, mediante presentación de 24 de septiembre de 2019, Nova Austral S.A., presentó descargos solicitando la absolución y en subsidio, calificar la infracción de leve, aduciendo principalmente que la sobreproducción tuvo lugar en un tiempo acotado, que no procede calificar de grave la infracción y que no se han producido impactos adicionales a los ya evaluados.

Al respecto, cumplo con informar a Ud., que esta Dirección Ejecutiva, estima que la sobreproducción verificada en el CES Cockburn 23 se encuentra sujeto a la obligación de ingresar al SEIA, principalmente en atención a que en la especie, los volúmenes producidos por sobre el límite establecido en la RCA N° 78/2010, configuran por sí sola, la tipología de ingreso contenida en el artículo 3 literal n), subliteral n.3), constituyendo con ello la hipótesis de cambio de consideración de los literales g.1.) y g.2), así como la modificación sustantiva de la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad de acuerdo al literal g.3).

¹ Actividad calificada ambientalmente favorable por medio de la Resolución Exenta N° 78, de 28 de diciembre de 2010, de la Comisión de Evaluación, Región de Magallanes y Antártica Chilena, (en adelante, “RCA N° 78/2010”).

Adicionalmente, en consideración a la ubicación del Proyecto, se ha estimado oportuno complementar el presente informe con el análisis sobre la aplicación del literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300 y el literal p) del artículo 3 del RSEIA.

I. Antecedentes Generales del Proyecto

Nova Austral S.A., es titular del Proyecto “Centro de Cultivo Canal Cockburn, Seno Brujo. N° PERT: 207123024” (en adelante, el “Proyecto”), el cual fue ingresado por Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, “DIA”), y posteriormente calificado ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N° 78, de 28 de diciembre de 2010, de la Comisión de Evaluación, Región de Magallanes y Antártica Chilena, (en adelante, “RCA N° 78/2010”).

El Proyecto consistía en la instalación y operación de un centro de cultivo de salmónidos en Canal Cockburn, Seno Brujo, Comuna de Cabo de Hornos, Provincia Antártica Chilena, Región de Magallanes y Antártica Chilena. Se tiene presente que de acuerdo a la Adenda N° 1, el Proyecto se encontraría ubicado colindantemente al Parque Nacional Alberto D’Agostini², y no comprende instalaciones en tierra³.

Tabla 1. Coordenadas Geográficas según carta SHOA

Punto Referencial	Latitud Sur	Longitud Oeste
A	54°28’56,5’’	71°27’54,5’’

Fuente: RCA N° 78/2010

El proyecto produciría 5.400 toneladas de salmónes al año, en un área de 8,02 hectáreas, mediante la instalación de 30 balsas jaulas circulares, de 25 metros de diámetro⁴⁻⁵. En relación a la cosecha, los peces serían extraídos desde sus jaulas a través de quechones o sistemas de trasvasijos, cuando alcanzaran una talla de 4,5 a 5 kg de peso⁶.

De esta forma, la DIA se evaluó bajo la tipología descrita en los artículos 10 letra n) de la Ley N° 19.300 y 3 letra n), subliteral n.3) del RSEIA; “Una producción anual igual o superior a treinta y cinco toneladas (35 t) tratándose de equinodermos, crustáceos y moluscos no filtradores, peces y otras especies, a través de un sistema de producción intensivo”.

Asimismo, es relevante señalar que el titular ha presentado dos consultas de pertinencia en relación a la RCA N° 78/2010. Las modificaciones propuestas no incidían en volúmenes de producción, sin a cambios relacionados con la operación del CES, como por ejemplo, cambios en las dimensiones, cantidad y tipo de balsas jaula, tecnologías empleada para los fondeos, especificaciones técnicas del sistema de ensilaje, incorporación de métodos distintos para la extracción de peces

² Respuesta 3, Adenda N° 1. Véase también Informe Consolidado de Evaluación, el cual señala en el punto 3.1.4.; “Se localiza en un área de transición marítima de la Reserva de la Biosfera Cabo de Hornos y en el límite norte del parque Nacional Alberto D’Agostini, donde se pueden desarrollar actividades de explotación sostenibles como las del presente proyecto, por lo que no se afectará sitios prioritarios para la conservación ni el valor ambiental del territorio.”.

³ DIA, Descripción de Proyecto, 2.1. Emplazamiento del Proyecto.

⁴ Considerando 3.2., RCA N° 78/2010.

⁵ El titular ha ingresado dos Consultas de Pertinencia respecto a la RCA N° 78/2010, respecto de ellas se determinó su no ingreso obligatorio al SEIA; (i) Proyecto “Tipo y n° balsas, dimensión redes y periodicidad cambio de estas, método cosecha y especificaciones técnicas sistema de ensilaje, dimensiones de plataforma de ensilaje y frecuencia de retiro material ensilado”; (ii) Proyecto “Incorpora método de extracción de mortalidad de balsas jaula”.

⁶ Considerando 3.3.2.6., RCA N° 78/2010.

mueertos, entre otros. En ambas consultas de pertinencias se determinó por parte de la Dirección Regional del SEA, Región de Magallanes y Antártica Chilena, su no ingreso obligatorio al SEIA:

1. “Modificación de las dimensiones, tipo y materialidad de balsas jaulas; redes del cultivo; ampliar método de cosecha, entre otros”, Resolución Exenta N° 258/2015/P21687, de 15 de octubre de 2015.
2. “Adiciona otra metodología para extraer mortalidad de las balsas jaulas”, Resolución Exenta N° 334/2015/P20132, de 2 de diciembre de 2015.

II. Antecedentes del Procedimiento Sancionatorio

Por medio de la Resolución Exenta N° 1/Rol-D-094-2019, de 19 de agosto de 2019, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”), formuló cargos en contra de Nova Austral S.A., titular del CES Cockburn 23, calificado ambientalmente favorable a través de la RCA N° 78/2010. El cargo consistió en “*superar la producción máxima autorizada en el CES Cockburn 23, durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de enero de 2016 y noviembre de 2017 [...]*” en los términos del artículo 35 letra a) de la LO-SMA, infringiendo diversos considerandos de la respectiva RCA:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Normativa que se considera infringida												
1	Superar la producción máxima autorizada en el CES Cockburn 23, durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de enero de 2016 y noviembre de 2017; según lo expuesto en los considerandos 14 y siguientes de la formulación de cargos (R.E. N° 1 /Rol D-094-2019).	<p>Considerando 3.2 RCA N°078/2010</p> <p><i>“El proyecto corresponde a un centro de engorda de salmónidos, con el objeto de producir 5.400 toneladas [...]”.</i></p> <p>Considerando 3.3.2.1 RCA N°078/2010</p> <p><i>“[...] Permanentemente se implementará un programa de control sanitario para mantener la calidad del agua y el estado de los peces. De acuerdo al siguiente plan de producción:”</i></p> <table border="1" data-bbox="711 1465 1369 1602"> <thead> <tr> <th><i>Proyecto</i></th> <th><i>Año 1</i></th> <th><i>Año 2</i></th> <th><i>Año 3</i></th> <th><i>Año 4</i></th> <th><i>Año 5</i></th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td><i>Biomasa</i></td> <td><i>5.400 t</i></td> <td><i>5.400 t</i></td> <td><i>5.400 t</i></td> <td><i>5.400 t</i></td> <td><i>5.400 t</i></td> </tr> </tbody> </table> <p>Considerando 4.5.2 RCA N°078/2010</p> <p><i>“el titular deberá cumplir con el cronograma de actividades y programa de producción señalado en el respectivo Proyecto Técnico, asociado a la solicitud de concesión en comento”.</i></p> <p>Considerando 4.5.3 RCA N°078/2010</p> <p><i>“En caso que el titular decida modificar su proyecto, deberá determinarse si dicha modificación genera cambios de consideración a objeto de evaluar la pertinencia de que dicha modificación deba someterse nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.</i></p>	<i>Proyecto</i>	<i>Año 1</i>	<i>Año 2</i>	<i>Año 3</i>	<i>Año 4</i>	<i>Año 5</i>	<i>Biomasa</i>	<i>5.400 t</i>	<i>5.400 t</i>	<i>5.400 t</i>	<i>5.400 t</i>	<i>5.400 t</i>
<i>Proyecto</i>	<i>Año 1</i>	<i>Año 2</i>	<i>Año 3</i>	<i>Año 4</i>	<i>Año 5</i>									
<i>Biomasa</i>	<i>5.400 t</i>	<i>5.400 t</i>	<i>5.400 t</i>	<i>5.400 t</i>	<i>5.400 t</i>									

Fuente: R.E. N° 1/Rol-D-094-2019, SMA

El procedimiento tuvo origen en dos denuncias; una ciudadana, ingresada por la señora Ximena Salinas González, Presidenta del Comité Nacional Pro-Defensa de la Flora y Fauna; y la otra sectorial, presentada por el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante, “SERNAPESCA”), quien mediante Ord. N° 115/2018 E18983, de 17 de octubre de 2018, de la Dirección Regional de Magallanes, denunció ante la SMA la superación de la producción de salmónidos autorizada durante el ciclo comprendido entre febrero de 2016 y noviembre de 2017, la cual fue constatada en una fiscalización documental, efectuada por el mismo sectorial en el mes de agosto de 2018 y contenida en el “Informe de Denuncia Centro de Cultivo de Salmones Cockburn 23 (Código de Centro 120123)”.

La infracción fue calificada de grave en los términos del artículo 36 letras a), d) e i) de la LO-SMA, por cuanto ha sido constatado que la superación de la cantidad máxima de producción autorizada, ha producido un menoscabo significativo al medio acuático, lo que se traduce en la presencia de condiciones anaeróbicas en el medio. Adicionalmente, la naturaleza de la infracción constatada implica, de por sí la ejecución de la actividad económica al margen de su licencia ambiental, la cual establecía un límite de producción. De esta forma, cualquier producción en exceso a lo ambientalmente aprobado, requería ser nuevamente evaluada ambientalmente⁷. Finalmente, la producción no autorizada se habría ejecutado al interior de un área protegida⁸.

A mayor abundamiento, según consta en el “Informe Técnico de Fiscalización Ambiental”, de Julio de 2019, elaborado por la SMA;

“De forma coincidente con el período en que se identifica la superación de la producción máxima autorizada para el centro de cultivo, se constató la existencia de condiciones anaeróbicas en el mismo. A este respecto, cabe señalar que la Información Ambiental (INFA) levantada con fecha 20/07/17 arrojó que la concentración de oxígeno disuelto a 1 metro del fondo, en 1 de los 2 perfiles de columna de agua efectuados, no cumplió el límite de aceptabilidad definido en la Resolución Ex. N°3612/2009 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura que fija las metodologías para elaborar la Caracterización Preliminar de Sitio (CPS) y la Información Ambiental (INFA). De igual modo, la INFA inmediatamente posterior elaborada con fecha 25/04/18 advirtió la mantención de las condiciones anaeróbicas detectadas preliminarmente, dado que la concentración de oxígeno disuelto a 1 metro del fondo en los 2 perfiles de columna de agua efectuados, tampoco cumplió los límites de aceptabilidad definidos.

El centro de cultivo se encuentra ubicado al interior del Parque Nacional Alberto De Agostini [...]”.

Asimismo, el “Informe de Denuncia Centro de Cultivo de Salmones Cockburn 23 (Código de Centro 120123)”, del SERNAPESCA, el cual da cuenta de la actividad de fiscalización documental del Centro realizada durante el mes de agosto de 2018, en relación a los hechos constatados durante la fiscalización, indica lo siguiente;

“De acuerdo a la información entregada por el titular [...] en plataforma SIFA de este Servicio, en el último ciclo se ingresaron 1.305.692 unidades de Salmón Atlántico, en el centro de cultivo se ingresaron 1.305.692 peces, iniciando el ciclo productivo la semana 4 del año 2016 (25-ENE-2016 al 31-ENE-2016) y finalizando en la semana 45 del 2017 (13-NOV-2017 al 19-NOV-2017) [...].

⁷ Se debe considerar además lo dispuesto en el Considerando 4.5.4. de la RCA N° 78/2010, el cual dispone; “En caso que el titular decida modificar su proyecto, deberá determinarse si dicha modificación genera cambios de consideración a objeto de evaluar la pertinencia de que dicha modificación deba someterse nuevamente al SELA”.

⁸ R.E. N° 1/Rol-D-094-2019, SMA, Resuelvo II.

La cosecha total en el ciclo productivo fue de 1.174.125 peces, iniciando la cosecha la semana 33 (14-AGO-2017 al 20-AGO-2017) y finalizando la semana 45 de 2017 (13-NOV-2017 al 19-NOV-2017) [...].

La mortalidad generada en este ciclo productivo sumó 119.752 peces (9,4%) [...].

En términos de biomasa, este centro de cultivo cosechó 7.243.161,074 (7.243 toneladas), en tanto que la mortalidad acumuló 267.298,29 kg (267,30 toneladas), lo que sumaría 7.510.459 kg efectivamente producidos durante el ciclo productivo (7.510,459 toneladas) entendiéndose por producción como el resultado de la suma de todos los egresos, expresados en toneladas, kilos o unidades, y del remanente existente en un centro de cultivo en un período determinado (art. 2 literal 2 del D.S. N°320/2001), valores que superan en 2.110.459 kg⁹ lo autorizado por la RCA N° 78/2010, de 5.400 toneladas.

Al analizar la biomasa total en el centro de cultivo por semana, y según los datos ingresados por el titular en SIFA, esta supera el valor máximo autorizado desde la semana 22 de 2017 (29 de mayo de 2017), hasta la semana 36 de 2017 (10 de septiembre de 2017), por cerca de 104 días.

III. Descargos presentados por el Titular del proyecto

Al respecto, mediante escrito ingresado con fecha 24 de septiembre de 2019 a la oficina de partes de la SMA, por medio del cual Nova Austral S.A. evacúa descargos en relación a la formulación de cargos contenida en la R.E. N° 1/ROL D-094-2019, este solicita la absolución y en subsidio, su recalificación como leve, en base a las siguientes líneas argumentales:

1. Sobreproducción:

Este constituye un episodio puntual de superación de la biomasa autorizada, que se verificó durante 18 semanas del ciclo productivo (enero de 2016 a noviembre de 2017), episodio que tuvo lugar entre la semana del 29 de mayo de 2017 y la semana del 10 de septiembre de 2017, como consta en el Informe de SERNAPESCA, es decir, la superación del límite de producción se constató en sólo 104 días de los casi 600 que duró el ciclo.

2. Improcedencia de la calificación de “grave” de la infracción:

Señala que la SMA no demuestra la existencia de un daño ambiental, sino que se limita a realizar afirmaciones generales sobre la industria acuícola, careciendo de datos empíricos sobre la generación del daño y la evaluación de su significancia, derivados de la anaerobiosis producida. Asimismo, tampoco da cuenta de la existencia de un daño “cierto” y su vínculo causal.

Por su parte, la circunstancia de que el Informe Ambiental de SERNAPESCA sea negativo, es decir, que arroje antecedentes de anaerobiosis, no es sinónimo de daño ambiental, sino de adopción de medidas tendientes al no ingreso de ejemplares al centro.

Asimismo, el emplazamiento del CES dentro de un Parque Nacional no es circunstancia suficiente para fundar la existencia de un daño ambiental, máxime tratándose de una circunstancia tolerada por el ordenamiento.

Respecto a la posible elusión al SEIA, señala que la circunstancia de que la sobreproducción sea considerada hecho infraccional y calificante de gravedad (elusión), contraría el principio *non bis in ídem*. A mayor abundamiento, debe considerarse que la elusión al SEIA se configura sólo

⁹ Equivalente a una sobreproducción de 2.110,459 toneladas, por sobre las 5.400 toneladas anuales autorizadas.

cuando deban evaluarse proyectos listados en los artículos 10 Ley 19.300 y 3 del RSEIA y sus modificaciones, en la medida que estas constituyan “cambios de consideración”.

Adicionalmente, sostiene la inexistencia de hechos, actos u omisiones no autorizados dentro de un área silvestre protegida del Estado. En tal sentido, no basta el sólo emplazamiento del proyecto dentro de un área protegida para calificar de grave la infracción, sino que debe tratarse de una ejecución “no autorizada”. En este caso, la actividad desarrollada al interior del Parque Nacional Alberto D’Agostini se encuentra amparada por el marco normativo aplicable y debidamente autorizada por los organismos competentes.

3. Circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA:

En este apartado destaca que, en relación a la importancia del daño ocasionado, este se vincula con los efectos de la infracción, de manera que no se han producido impactos adicionales a los previstos en la evaluación ambiental del centro de cultivo y que son propios de la actividad acuícola, por lo que no ha existido daño.

Por su parte, el “detrimento” a un área protegida se verifica cuando la infracción ha generado una afectación material del área, en conformidad con lo especificado en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA. En tal sentido, no se verifica “vulneración”, en los términos descritos, toda vez que no existen efectos distintos a los evaluados ambientalmente en el SEIA, no se han generado riesgos ambientales que amenacen el área protegida y tampoco se ha transgredido la normativa que tiene por objeto proteger el área, como se ha hecho ver.

IV. Análisis de Pertinencia de Ingreso al SEIA:

De acuerdo a la Resolución Exenta N° 10/ROL D-094-2019, de 4 de mayo de 2020, la SMA solicita pronunciamiento a la Dirección Ejecutiva del SEA, con el objeto de que determine si el hecho constitutivo de infracción requiere del ingreso obligatorio al SEIA, en conformidad con los artículos 8 y 10 letra n) de la Ley N° 19.300, el artículo 2 letra g) y sus subliterales, y el artículo 3 letra n) del RSEIA.

En atención a que Nova Austral S.A. cuenta con autorización para operar el CES Cockburn 23 mediante la RCA N° 78/2010, el análisis deberá hacerse cargo de la producción por sobre los límites evaluados y aprobados ambientalmente respecto al Proyecto “Centro de Cultivo Canal Cokburn, Seno Brijo N° PERT: 207123024” (en adelante, “proyecto original”), como una modificación al proyecto existente, para configurar el eventual cambio de consideración que haga procedente el ingreso al SEIA.

En tal contexto, se debe considerar que el artículo 2 literal g) del RSEIA, define modificaciones de proyectos o actividades, e indica que éstas corresponden a la “*realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad, de modo tal que éste sufra cambios de consideración*”. Por lo tanto, no toda modificación a un Proyecto debe ingresar de forma obligatoria al SEIA, sino sólo aquellas modificaciones que sean categorizadas como “de consideración”. Para tales efectos, el citado literal dispone cuándo se entenderá que un proyecto o actividad sufre cambios de consideración:

“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;

g.2. Para los proyectos que se iniciaron de manera previa a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras o acciones tendientes a

intervenir o complementar el proyecto o actividad de manera posterior a la entrada en vigencia de dicho sistema que no han sido calificados ambientalmente, constituye un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento.

Para los proyectos que se iniciaron de manera posterior a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras y acciones que no han sido calificadas ambientalmente y las partes, obras o acciones tendientes a intervenirlo o complementarlo, constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento;

g.3. *Las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad; o*

g.4. *Las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, se ven modificadas sustantivamente”.*

De esta forma, en relación al primer criterio sobre cambio de consideración, relativo a las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad, que constituyan un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del RSEIA, resulta atinente el análisis del artículo 3 letra n), subliteral n.3), el cual dispone el ingreso al SEIA, entre otros, de aquellos proyectos de cultivo de recursos hidrobiológicos que contemplen;

“n.3) Una producción anual igual o superior a treinta y cinco toneladas (35 t) tratándose de equinodermos, crustáceos y moluscos no filtradores, peces y otras especies, a través de un sistema de producción intensivo”.

Conforme al artículo 2 literal n) del D.S. N°320/2001 que establece el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, se entenderá por “producción” el resultado de la “suma de todos los egresos, expresados en toneladas, kilos o unidades, y del remanente existente en el centro de cultivo en un periodo determinado. [...]”.

En tal sentido, el “Informe de Denuncia Centro de Cultivo de Salmones Cockburn 23 (Código de Centro 120123)”, del SERNAPESCA, de agosto de 2018, previamente citado, dio cuenta de una sobreproducción en el CES, que excedía en 2.110 toneladas el límite de producción fijado en la RCA N° 78/2010, para el ciclo 2016-2017 (15 de enero de 2016 a 19 de noviembre de 2017).

Asimismo, SERNAPESCA informó la evolución semanal de los volúmenes de producción reportados en ese ciclo en toneladas, mediante el siguiente gráfico:

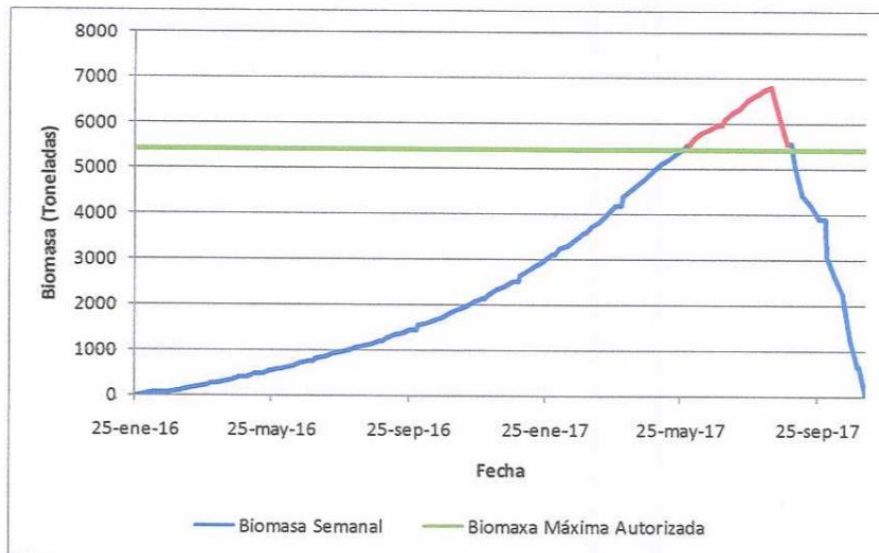


Figura 2. Variación de la producción acumulada en el centro de cultivo Cockburn 23 (120123) durante el último ciclo productivo (2016-2017). En rojo resaltado el periodo que supera la producción máxima autorizada, considerando cosecha, mortalidad y biomasa viva).

El gráfico evidencia una producción por sobre lo autorizado (5.400 toneladas anuales), la que se concentra durante el periodo que se extiende desde la semana del 29 de mayo de 2017 y la semana del 10 de septiembre de 2017. Si bien el periodo en el que concentró la producción por sobre lo permitido, es inferior a un año, los volúmenes alcanzados fueron muy superiores al umbral de 35 toneladas anuales de producción fijado por la tipología, lo que fuerza a concluir que excederían ese límite transcurrido el año completo.

En consecuencia, la producción verificada en exceso configura por sí sola, la tipología establecida en el artículo 3 literal n), en relación al subliteral n.3) del RSEIA.

Sin perjuicio de que la solicitud de pronunciamiento de la SMA se extendió en específico sobre literal n) del artículo 3 del RSEIA, resulta atingente el análisis de la tipología descrita en el literal p), contenida en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 y artículo 3 del RSEIA, en consideración a que el CES estaría ubicado en un Parque Nacional, en particular el Parque Nacional Alberto D'Agostini.

En tal sentido, el artículo 3 literal p) del RSEIA dispone;

*“p) **Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita.**”.*

La aplicación del citado literal sobre las actividades ejecutadas en Parques Nacionales, es ratificada por el Oficio Ordinario D.E. N° 130.844/12, de 22 de mayo de 2013, de la Dirección Ejecutiva del SEA, que “Uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del SEIA, e instruye sobre la materia”¹⁰. En particular, el apartado n° 2, sobre el Artículo 10 letra p) de la Ley N° 19.300, considera a los Parques Nacionales o Parques Nacionales de Turismo, como categoría de área colocada bajo protección oficial para efectos del SEIA.

¹⁰ Disponible en: https://sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/DOC052313-05232013134111.pdf

Asimismo, releva como elementos de lo que pueda entenderse como “área colocada bajo protección oficial”, los siguientes:

- a) Área: debe tratarse de un espacio geográfico delimitado.
- b) Declaración oficial: debe existir un acto formal, emanado de autoridad competente.
- c) Objeto de protección: la declaración respectiva debe responder, directa o indirectamente, a un objetivo de protección ambiental, considerando que el concepto de “medio ambiente” es amplio.

En tal sentido, el Parque Nacional Alberto D’Agostini fue creado por el D.S. N° 80/1965, del Ministerio de Agricultura, que “crea el Parque Nacional de Turismo que se denominara Alberto M. de Agostini”, siendo una declaración oficial efectuada por autoridad competente, que delimita el espacio geográfico del área y que declara en sus considerandos que su objeto de protección reside en garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, destacándose su “*singular belleza, por el conjunto natural y armónico de canales, fiordos, fauna y bosques con especies de gran valor, rodeados por el Monte Sarmiento y la Cordillera Darwin, terrenos ubicados en la comuna de Porvenir, departamento de Tierra del Fuego, provincia de Magallanes.*”. De esta forma, la declaración de protección del Parque Nacional satisface cada uno de los elementos descritos para considerar un área bajo protección oficial, por el Ordinario previamente referido.

Luego, el Oficio Ordinario N° 161.081, de 17 de agosto de 2016, de la Dirección Ejecutiva del SEA, que complementa el Oficio Ordinario D.E. N° 130.844/12 previamente aludido¹¹, da cuenta que la intención del legislador relativo a la tipología en estudio, no es someter a evaluación ambiental todos los proyectos sin importar su envergadura, sino “*aquellos susceptibles de causar impacto ambiental*”, los cuales deben ser analizados “*en relación al objeto de protección de la respectiva área, de manera que el sometimiento al SEIA tenga sentido y reporte beneficios concretos en términos de prevención de impactos ambientales adversos*”¹².

En consecuencia, los proyectos y actividades que deben ingresar al SEIA, deben intervenir en áreas sometidas bajo protección oficial con “cierta magnitud y duración”, ejercicio que debe realizarse caso a caso¹³.

De esta forma, constatándose por parte de la SMA que la sobreproducción verificada en el CES Cokburn 23 generó la existencia de condiciones anaeróbicas en el mismo, y que una producción adicional de peces -cercano al 40% de lo aprobado- podría conllevar una alteración en la calidad del agua (por entrada de nutrientes, alimento no ingerido, fecas, entre otros), es posible sostener que la actividad operando a una tasa superior a la aprobada, es susceptible de causar impacto ambiental en el Parque Nacional en vista a su objeto de protección, cual es el resguardo de la belleza paisajística, como conjunto natural armónico de cuerpos de agua, fauna y bosques.

Por tanto, la modificación del proyecto, identificada con la sobreproducción de salmones, debiera ingresar al SEIA de forma obligatoria, por configurar la tipología descrita en el literal p) del artículo 3 del RSEIA.

Sobre el análisis del criterio contenido en el subliteral g.2) del artículo 2 del RSEIA, cabe hacer presente que se aplica su inciso segundo, en razón a que el proyecto original fue aprobado por

¹¹ Disponible en: https://sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of_ord_ndeg_161081.pdf

¹² Criterio recogido por el Dictamen N° 48.164, de 30 de junio de 2016, de la Contraloría General de la República.

¹³ Criterio ratificado por el Ordinario D.E. N° 202099102647, de 12 de noviembre de 2020, que complementa Oficio D.E. N° 161.081, de 17 de agosto de 2016, de la Dirección Ejecutiva del SEA que, a su vez, complementa el Oficio D.E. N° 130.844, de 22 de mayo de 2013 que “Uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del SEIA, e instruye sobre la materia”. Disponible en: https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2020/11/13/of_d.e_sea_202099102647_-_actualiza_instructivo_ndeg130.844_de_2013.pdf

la RCA N° 78/2010. Conforme a lo ya dispuesto, el volumen producido que excede el máximo de 5.400 toneladas anuales, aprobadas por la RCA N° 78/2010, no ha sido evaluado ambientalmente y es capaz de configurar por sí sola, los supuestos establecidos en el artículo 3 literales p) y n), este último en relación al subliteral n.3) del RSEIA.

Relativo al criterio fijado en el literal g.3), sobre si las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad, se debe tener presente lo indicado en el Ordinario N°131.456/2013, de 12 de septiembre de 2013, de la Dirección Ejecutiva del SEA, que “Imparte instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso al SEIA”¹⁴, para determinar si se han modificado de manera “sustantiva” los impactos ambientales del proyecto o actividad original, considerándose entre otros aspectos, la posible generación de impactos a consecuencia de:

a) La ubicación de las obras acciones del proyecto o actividad:

La actividad identificada con la sobreproducción se ha llevado a cabo en el mismo CES, el cual, de acuerdo a los antecedentes aportados por la SMA, estaría ubicado al interior del Parque Nacional Alberto D’Agostini.

No obstante, cabe relevar que al momento de la evaluación, se estableció que el proyecto original se encontraba ubicado de manera “colindante” al Parque Nacional Alberto D’Agostini¹⁵, en específico “*se localiza en un área de transición marítima de la Reserva de la Biosfera Cabo de Hornos y en el límite norte del parque Nacional Alberto D’Agostini, donde se pueden desarrollar actividades de explotación sostenibles como las del presente proyecto, por lo que no se afectará sitios prioritarios para la conservación ni el valor ambiental del territorio.*”¹⁶, y no consideraba instalaciones en tierra¹⁷.

Según el D.S. N° 80/1965, del Ministerio de Agricultura, que “crea el Parque Nacional de Turismo que se denominara Alberto M. de Agostini”, dispone que este se encuentra formado por “*los terrenos fiscales situados en la comuna de Porvenir, departamento de tierra del Fuego, Provincia de Magallanes, con una extensión aproximada de 790.000 hás.*”, delimitando al noroeste con el Canal Cockburn.

En tal contexto, se tiene presente que el proyecto original aprobado por la RCA N° 78/2010 se encontraba fuera de los terrenos fiscales del Parque Nacional, desarrollándose la actividad en Canal Cockburn, el cual fue considerado como un límite del área protegida y no parte de ella.

Sin embargo, el artículo 36 inciso primero de la Ley N° 19.300, establece que; “*Formarán parte de las áreas protegidas mencionadas en los artículos anteriores, las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales, situados dentro de su perímetro [...]*”.

Asimismo, el artículo 158 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en sus incisos primero y segundo dispone;

¹⁴ Disponible en:

https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/archivos/instructivos/Instructivo_solicitudes_pertinencias.pdf

¹⁵ Respuesta 3, Adenda N° 1. Véase también Informe Consolidado de Evaluación, el cual señala en el punto 3.1.4.; “*Se localiza en un área de transición marítima de la Reserva de la Biosfera Cabo de Hornos y en el límite norte del parque Nacional Alberto D’Agostini, donde se pueden desarrollar actividades de explotación sostenibles como las del presente proyecto, por lo que no se afectará sitios prioritarios para la conservación ni el valor ambiental del territorio.*”.

¹⁶ ICE, punto 3.1.4.

¹⁷ ICE, punto, 1.5.

“Las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura.

No obstante, en las zonas marítimas que formen parte de Reservas Nacionales y Forestales, podrán realizarse dichas actividades.”.

Por su parte, con fecha 18 de junio de 2013, la Contraloría General de la República interpretó la normativa previamente citada por medio del Dictamen N° 34.429, estableciendo que:

“[...] no resulta posible desarrollar actividades acuícolas dentro del perímetro de un parque nacional, y por ende, otorgar concesiones de acuicultura, de modo que los servicios públicos respectivos deberán adecuar sus procedimientos a los criterios antes descritos y modificar los decretos que declaran áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura que no se ajusten a esa restricción.”¹⁸.

Posteriormente, el Dictamen N° 41.121, de 10 de junio de 2014, de la Contraloría General de la República, estableció que; ***“el mencionado dictamen N° 38.429 no resulta aplicable a las autorizaciones y concesiones de acuicultura o pesca que se hayan otorgado en parques nacionales con anterioridad a su emisión, por lo que solo se refiere a situaciones futuras, esto es, a las nuevas solicitudes que se presenten a la Administración o bien a aquellas que se encontraban en trámite a esa época (aplica criterio contenido en el dictamen N° 17.117, de 2007, de este origen)”***, reconociendo las situaciones jurídicas consolidadas como límite a la interpretación establecida.

De esta forma, si bien el titular alega que su actividad se desarrolló en el marco normativo aplicable y con las autorizaciones correspondientes, dicha afirmación sólo puede resultar válida para la actividad autorizada por la RCA N° 78/2010, no pudiendo sostener la misma conclusión para la producción verificada en exceso y que es objeto del presente procedimiento sancionatorio. Lo anterior, por cuanto existe normativa expresa e interpretación administrativa fijada por la Contraloría General de la República, orientadas a prohibir que esta clase de actividades se desarrolle en áreas protegidas, comprendiendo en esta prohibición no sólo sus terrenos fiscales, sino sus playas, porciones de mar, lagos y lagunas, entre otras.

A mayor abundamiento, las situaciones jurídicas consolidadas que limitan la aplicación de la interpretación asentada por la Contraloría General de la República, sólo pueden entenderse en el marco de la buena fe del administrado. En consecuencia, es posible desprender que si el titular informa directamente a la autoridad competente volúmenes producidos por sobre el límite aprobado, deja de estar de buena fe.

Como puede apreciarse, la interpretación de esta normativa ha variado de tal forma la situación jurídica sobre este tipo de actividades, que en el caso de que el titular ingresara un proyecto para aumentar su tasa de producción en relación a lo aprobado por la RCA N° 78/2010, el SEA estaría obligado a rechazar tal modificación¹⁹.

¹⁸ Posteriormente, el Dictamen N° 41.121, de 10 de junio de 2014, de la Contraloría General de la República, estableció que; ***“el mencionado dictamen N° 38.429 no resulta aplicable a las autorizaciones y concesiones de acuicultura o pesca que se hayan otorgado en parques nacionales con anterioridad a su emisión, por lo que solo se refiere a situaciones futuras, esto es, a las nuevas solicitudes que se presenten a la Administración o bien a aquellas que se encontraban en trámite a esa época (aplica criterio contenido en el dictamen N° 17.117, de 2007, de este origen)”***.

¹⁹ Se hace presente que mediante Resolución Exenta N° 161, de 14 de octubre de 2015, la Comisión de Evaluación, Región de Magallanes y Antártica Chilena, calificó desfavorablemente la DIA del Proyecto “Ampliación de Biomasa, Centro de Cultivo Aracena 5, Bahía Inman, Isla Capitán Aracena, XII Región, N° PERT 214121058”, presentada por Nova Austral S.A., el cual pretendía modificar la RCA N° 65/2001, aumentando la biomasa de 1500 a 5400 toneladas, además de cambios de estructuras de cultivo y sistema de ensilaje. El proyecto se encontraba al interior del Parque Nacional Alberto D’Agostini.

En consecuencia, pese a que la sobreproducción se verificó en el mismo lugar que el aprobado en la RCA N° 78/2010, en base a los elementos antes descritos, es forzoso concluir que esta modifica sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad en los términos del criterio g.3) del artículo 2 del RSEIA, por cuanto, a partir de la interpretación fijada por la Contraloría General de la República, se reconoce que la porción de mar en donde se desarrolla la actividad (sobreproducción), forma parte del área protegida y rige sobre ella una prohibición de desarrollar actividades del rubro, cambiando su estatus jurídico.

b) La liberación al ecosistema de contaminantes generados directa o indirectamente por el proyecto o actividad:

Si bien, el titular ha señalado que no se ha configurado un daño ambiental y que las circunstancias evaluadas ambientalmente no han variado, es difícil sostener dicha afirmación considerando que el aumento en la producción del CES en 2.110 toneladas por encima del umbral aprobado ambientalmente, implica un incremento cercano a un 40% en la tasa de producción. De esta manera, este incremento podría traer consecuencias sobre la calidad del agua de mar, al recibir una entrada de nutrientes que podrían generar cierto grado de eutroficación. Por otro lado, en relación a las características físico-químicas del sedimento, el alimento no ingerido y las fecas podrían modificar las propiedades físicas, químicas y bentónicas, prevalecientes en los sedimentos subyacentes a las jaulas.

En consecuencia, la sobreproducción no hace posible el descarte en torno a la liberación al ecosistema de contaminantes generados directa o indirectamente por el proyecto o actividad, lo que a su vez, impide desechar eventuales modificaciones sustantivas sobre la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad, en los términos del criterio g.3) del artículo 2 del RSEIA.

c) La extracción y uso de recursos naturales renovables, incluidos agua y suelo:

En base a los antecedentes expuestos en el marco del procedimiento sancionatorio, las condiciones anaeróbicas verificadas darían cuenta del uso del recurso natural agua, de forma diferente a la aprobada por la RCA N° 78/2010.

En consecuencia, existen indicios para establecer que el uso del recurso natural agua de mar se ha intensificado respecto a lo aprobado ambientalmente, y en consecuencia, el estado de anaerobia constatado por la SMA, podría dar cuenta de modificaciones sustantivas sobre la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad, en los términos del criterio g.3) del artículo 2 del RSEIA.

d) El manejo de residuos, productos químicos, organismos genéticamente modificados y otras sustancias que puedan afectar el medio ambiente:

De los antecedentes revisados, no es posible afirmar con certeza que existe un manejo de residuos, productos químicos y otros organismos que puedan afectar al medio ambiente, ni en qué medida distan de lo aprobado ambientalmente.

De forma que, bajo este criterio, no podría afirmarse que existen modificaciones sustantivas sobre la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad, en los términos del criterio g.3) del artículo 2 del RSEIA.

Finalmente, en relación a las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, y si estas

se ven modificadas sustantivamente, conforme al literal g.4) del artículo 2 del RSEIA, se hace presente que el proyecto original fue evaluado por una DIA y declaró no generar efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300.

En consecuencia, no es posible concluir que exista un cambio de consideración, en atención a la variación de las medidas de mitigación, reparación y compensación, conforme lo señala el literal g.4) del artículo 2 del RSEIA.

V. Conclusión

Que, en conformidad a los antecedentes tenidos a la vista y las consideraciones anteriores, esta Dirección Ejecutiva reitera que la sobreproducción verificada en relación al Proyecto “Centro de Cultivo Canal Cokburn, Seno Brujo N° PERT: 207123024”, de Nova Austral S.A., por sobre los límites aprobados por la RCA N° 78/2010, debió ingresar en forma previa y obligatoria al SEIA, en virtud de que los volúmenes producidos en exceso configuran, por sí sola, la tipología de ingreso contenida en el artículo 3 literal n), subliteral n.3) y el literal p), constituyendo con ello la hipótesis de cambio de consideración descrita en los literales g.1.) y g.2), así como la modificación sustantiva de la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad según el literal g.3).

Sin otro particular le saluda atentamente

**HERNÁN BRÜCHER VALENZUELA
DIRECTOR EJECUTIVO
SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL**

IPG/RTS/GDB/aep

Distribución:

- Superintendencia del Medio Ambiente.
- Dirección Regional, SEA, Región de Magallanes y Antártica Chilena.
- División Jurídica, SEA.
- Archivo.