

PPREVIO A RESOLVER, INCORPÓRENSE OBSERVACIONES AL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO PRESENTADO POR AUSTRALIS MAR S.A., RESUELVE SOLICITUD DE RESERVA DE INFORMACIÓN FORMULADA POR AUSTRALIS MAR S.A.

RES. EX. N° 3/ ROL A-003-2023

Santiago, 29 de octubre de 2024

VISTOS:

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, “LOSMA”); 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 el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto N° 30, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación (en adelante, el “Reglamento”); en la Resolución Exenta N° 52, de 12 de enero de 2024, que fija Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA 119123/152/2023, de 30 de octubre de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Nombra Jefatura de la División de Sanción y Cumplimiento; en la Resolución Exenta N° 349, de 22 de febrero de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija las Reglas de Funcionamiento de Oficina de Partes y Oficina de Transparencia y Participación Ciudadana de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “Res. Ex. N°349/2023”); y, en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO A-003-2023

1. Mediante Resolución Exenta N°1/Rol A-003-2023, de fecha 27 de marzo de 2023, de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, y luego de haberse acogido la autodenuncia presentada por Australis Mar S.A.¹ (en adelante e indistintamente, “la empresa”), se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol A-003-2023, con la formulación de cargos a dicha empresa, en relación a la unidad fiscalizable CES BAHÍA LEÓN (RNA 120176), localizado en la región de Magallanes y la Antártica Chilena, comuna de Río Verde, canal Bertrand, al sureste de Bahía León.

2. Conforme el artículo 42 y 49 de la LO-SMA, la Resolución Exenta N°1/Rol A-003-2023, establece en su Resuelvo IV que el infractor tendrá un plazo

¹ Res. Ex. N° 421, 7 de marzo de 2023, que resolvió acoger la autodenuncia respecto de 31 CES autodenunciados, entre los cuales se encuentran los CES objeto del procedimiento A-003-2023.



de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento y 15 días hábiles para formular sus descargos respectivamente, desde la notificación de la formulación de cargos.

3. La formulación de cargos fue notificada a la empresa a través de correo electrónico con fecha 27 de marzo de 2023, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, y a lo resuelto mediante Res. Ex. N° 2145/2022 en relación a lo solicitado por la misma con fecha 22 de noviembre de 2022.

4. Con fecha 30 de marzo de 2023, José Luis Fuenzalida Rodríguez, en representación de la empresa, presentó un escrito solicitando aumento de plazo para la presentación de un programa de cumplimiento (en adelante, "PDC").

5. Mediante Res. Ex. N° 2/Rol A-003-2023, de fecha 4 de abril de 2023, esta Superintendencia otorgó una ampliación de plazo para la presentación de PDC y Descargos, en 5 y 7 días hábiles respectivamente, contados desde el vencimiento del plazo original. Asimismo, tuvo presente la calidad de apoderados, conforme al artículo 22 de la Ley N° 19.880.

6. Encontrándose dentro del plazo ampliado, con fecha 18 de abril de 2023, el titular ingresó a esta Superintendencia un escrito, a través del cual (i) solicita la reformulación de cargos, (ii) presenta programa de cumplimiento, (iii) acompaña documentos, (iv) solicita la reserva de información respecto de uno de los anexos que acompaña, referido al documento "Procedimiento Aseguramiento de Cumplimiento Límite de Producción en CES, AS-P-RP-168. Versión 00 Fecha revisión 17-04-2023", y (v) acompaña personería.

7. Los documentos acompañados por la empresa como Anexos de su PdC son los siguientes:

Al cargo N° 0 – carta conductora.

- Anexo 0.1. Informe "Análisis de Oxígeno Disuelto en Informaciones Ambientales (INFA). edición 2,
- Centro Bahía León (120176)", elaborado por WSP, de diciembre de 2022.
- Anexo 0.2. INFA Interna Post Anaeróbica, de fecha 08 de agosto de 2022, elaborada por el laboratorio "Selk", INFA Interna Post Anaeróbica, de fecha 15 de septiembre de 2022, elaborada por el laboratorio "Selk" e, INFA Interna Post Anaeróbica, de fecha 02 de octubre de 2022, elaborada por el laboratorio Aquagestión.
- Anexo 0.3 Declaración Jurada de Cosecha Efectiva, CES Muñoz Gamero 3, Código Centro 120223, del año 2022.
- Anexo 0.4 Personería de Andrés Lyon Labbé: Copia de escritura pública de fecha 27 de julio de 2023, Repertorio N°1329/2022, otorgada ante Notaría Pública titular de Puerto Varas de doña Sandra Cárcamo Velásquez y copia de inscripción de Estructura de Poderes que rola a fojas 74060 número 48888 del Registro de Comercio de Santiago del año 2013.

Anexo 1 – cargo 1.

Análisis y estimación de efectos.

- Anexo 1.1. Informe Análisis de probables efectos ambientales en CES Bahía León A-003-2023 y sus anexos, elaborado por Ecotecnos Consultora Ambiental, de abril de 2023.
- Anexo 1.2. Informe Análisis de probables efectos ambientales en 33 Centros de Cultivos, Ecotecnos Consultora Ambiental, diciembre de 2022.



Acción N°1

- Anexo 1.3. Procedimiento Aseguramiento de Cumplimiento Límite de Producción en CES, AS-P-RP-168.Versión 00 Fecha revisión 17-04-2023.

Acción N°2

- Anexo 1.4. Programa de Compensación ROL A-003-2023, de abril 2023

Acción N°5

- Anexo 1.5. Programa de Monitoreos CALIFICADOS – Centros de Engorda de Salmones (CES) de Australis, abril 2023.

Acción N°6

- Anexo 1.8. Introducción a conceptos y cálculos en producción de peces: Dato de biomasa en CES y biomasa de mortalidad en CES, Australis, abril 2023.

8. Con fecha 12 de julio de 2023, la empresa presentó un escrito solicitando se tenga presente lo que indica, respecto a los PDC presentados en los procedimientos sancionatorios A-001-2023 al A-019-2023, D-092-2023 y D-094-2023.

9. Mediante Memorandum N° 29242, de 13 de julio de 2023, la Fiscal Instructora del presente procedimiento sancionatorio, derivó los antecedentes del referido Programa de Cumplimiento a la Jefatura de la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, con el objeto de que evaluase y resolviese su aprobación o rechazo.

10. Con fecha 11 de agosto de 2023, la empresa presentó un escrito para complementar el PDC presentado, informando sobre la discrepancia entre los resultados de las INFAs oficiales y las INFAs internas efectuadas por la empresa.

II. SOLICITUD DE RECALIFICACIÓN DE GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA

A. Antecedentes sobre la clasificación de gravedad contenidos en la formulación de cargos

11. La formulación de cargos incluye un cargo por la superación de la producción máxima autorizada en el CES Bahía León, en los ciclos productivos que se indica, el cual fue clasificado como grave, en virtud del literal a) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, que establece que constituyen infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente generan daño ambiental susceptible de reparación. Del mismo modo, dicha infracción fue clasificada como grave en virtud de los literales e) y i) del mismo literal y artículo. Conforme la formulación de cargos lo señala, la fundamentación de dicho hecho infraccional y clasificación de la infracción se resumen en los siguientes antecedentes:



Tabla N° 1: Síntesis de los hechos contenidos en la formulación de cargos

Cargo N° 1: “Superar la producción máxima autorizada en el CES Bahía León durante:	Producción máxima autorizada según RCA N° 270/2009	Área silvestre protegida del Estado	Exceso por sobre el máximo autorizado	Categoría y fecha de muestreo INFA	Resultado INFA
<i>El ciclo productivo entre 30 de agosto de 2018 al 14 de junio de 2020</i>	4.100 ton	Reserva Nacional Kawésqar	2.063 ton (50,3%)	Cat. 5 - 12 de noviembre de 2019	Anaeróbica
<i>El ciclo productivo entre 5 de enero de 2021 al 31 de agosto de 2022</i>			1.247 ton (30,4%)	Cat. 5 - 1 de junio de 2022 13 de septiembre de 2022	Anaeróbica

Fuente: Elaboración propia en base a la Res. Ex. N° 1/Rol A-003-2023

12. En cuanto a la recuperación de la condición aeróbica, el titular en su autodenuncia informó que implementaría un sistema de oxigenación en febrero de 2023.

B. Fundamentos de la solicitud de reclasificación de gravedad formulada por la empresa

13. Respecto a la solicitud de reformulación de cargos, la empresa solicita que no se fundamente la gravedad de la infracción imputada conforme al literal a) del numeral 2 del art. 36 de la LO-SMA, en razón de las siguientes consideraciones:

13.1. Indica que la clasificación de la infracción como grave por la Superintendencia, en virtud del número 2 literal a), del artículo 36 de la LO-SMA, se funda en los resultados de las INFAs oficiales de 1 de junio de 2022 referida en la Tabla 8 de la Autodenuncia (“INFA Oficial 1”) y de fecha 13 de septiembre de 2022 (“INFA Oficial 2”), dado que ambas dan cuenta de condiciones anaeróbicas, y la supuesta persistencia de esta condición hasta la fecha de la formulación de cargos.

13.2. Expone una serie de antecedentes que la SMA no tuvo a la vista al momento de formular cargos, que permitirían acreditar que no se configuran los elementos para clasificar la infracción como grave, en virtud del número 2 literal a), del artículo 36 de la LO-SMA:

13.3. En cuanto al ciclo productivo 2020-2022, luego de la obtención de la INFA oficial 1, anaeróbica, de 1 de junio de 2022 la empresa realizó una INFA interna, la cual estuvo a cargo del laboratorio “Selk”. Los resultados del muestreo realizado con fecha 8 de agosto de 2022 (“INFA Interna 1”) arrojaron que el CES se encontraba en condiciones aeróbicas, en contraposición a lo informado por el muestreo realizado en junio del mismo año.

13.4. Sin embargo, dado que la INFA oficial 2, de 13 de septiembre de 2022, obtuvo resultados anaeróbicos, el titular volvió a realizar un muestreo interno a cargo del laboratorio “Selk” (“INFA Interna 2”), dos días después de la INFA oficial Post-Anaeróbica



(15 de septiembre de 2022), la cual confirmaría que las condiciones ambientales del CES Bahía León eran de carácter aeróbico.

13.5. A partir de lo anterior, la empresa informa que se interpuso una solicitud de invalidación de las INFAs Oficiales ante SERNAPESCA, presentada el 23 de febrero de 2023, la cual a la fecha se encontraría pendiente de resolución.

13.6. En cuanto a la normativa que faculta a la SMA a reformular cargos, la empresa hace referencia al artículo 49 de la LOSMA, citando a Jorge Bermúdez², quien señala que el contenido de la formulación de cargos *“debe estimarse de manera provisoria, dado que las pericias, inspecciones y más medios de prueba pueden llegar a modificarlo, por ejemplo, en relación a la infracción cometida y, por tanto la sanción anudada. En tal caso, corresponderá reformular o ampliar los cargos, considerando que conforme al art. 54 LOSMA “ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos.”* Luego, hace referencia al principio de la no formalización y agrega que la reformulación de cargos procederá si *“en razón de dichos nuevos antecedentes o hechos haga necesaria una nueva calificación jurídica de los hechos que fundan el proceso y de la gravedad de la sanción”*³.

13.7. Por otro lado, hace referencia a sentencia del Segundo Tribunal Ambiental para señalar que la reformulación deberá ocurrir dentro del plazo de seis meses de duración del procedimiento administrativo y antes de la citación del acto administrativo terminal.

13.8. Por su parte, la empresa expone sobre la regla de congruencia procesal contenida en el art. 56 de la LOSMA, señalando que la formulación de cargos es un acto esencial del procedimiento, y que *“de no ser corregido debiendo serlo producirá un vicio trascendente en los términos del inciso segundo de artículo 13 de la LPA (...) y se generará indefensión en los términos del artículo 15 de la LPA”*⁴, en relación el principio de impugnabilidad de los actos administrativos. En relación a eso último, la empresa hace referencia a la Guía de PDC de esta SMA la cual señala que la calificación preliminar de daño ambiental en la formulación de cargos haría improcedente la presentación de un PDC.

13.9. Asimismo, la empresa señala que el artículo 9 de la LPA admite que el regulado pueda plantear cuestiones incidentales, incluyendo la nulidad de actuaciones, además de reconocer dicha ley en su artículo 10 el principio de contradictoriedad y el derecho a los regulados para alegar defectos de la tramitación incluyendo la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Finalmente, la empresa hace referencia al principio de imparcialidad, señalando que *“en la instrucción del proceso la autoridad debe considerar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad del regulado, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen.”*⁵

² BERMÚDEZ, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental (2a edición, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso Pontificia Universidad Católica De Valparaíso, 2014), p. 505.

³ OSORIO, Cristóbal, Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General, Primera Edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago 2016, pp. 318-319

⁴ Página 11 del escrito de 18 de abril de 2023.

⁵ Ídem.



13.10. Para finalizar, la empresa señala los precedentes administrativos de la SMA donde se ha procedido a reformular cargos, siendo esta actuación la que ha precedido a la presentación de un PDC, *“de modo que esta petición de reformulación es perfectamente compatible con la presentación de un PDC y no es exclusiva ni excluyente a un caso de presentación de descargos”*.

14. Finalmente, en su escrito de 11 de agosto de 2023, la empresa complementa el PDC informando sobre los resultados del informe encargado a la consultora WSP para analizar el procedimiento aplicación en la ejecución de las INFAs oficiales con resultados anaeróbicos y las INFAs internas con resultados aeróbicos. La empresa indica que *“Los resultados del informe concluyeron que las INFAs oficiales fueron muestreadas y analizadas en contravención a lo dispuesto en la Res. Ex. N°3612/2009 de SUBPESCA, que “Aprueba Resolución que Fija las Metodologías para Elaborar la Caracterización Preliminar de Sitio (CPS) y la Información Ambiental (INFA)”, dado por una serie de diferencias en la metodología del muestreo y determinación de resultados”*. Finalmente concluye que *“los antecedentes expuestos dan cuenta fundadamente que pese a los resultados anaeróbicos de las INFAs oficiales, durante el ciclo 2021 y 2022 en el CES Bahía León primaron condiciones aeróbicas”*.

C. Análisis de la solicitud de reformulación de cargos formulada por la empresa

15. La reformulación de cargos ha sido definida como el *“acto administrativo dictado por la autoridad sancionadora, luego de haberse formulado cargos y antes de la resolución de término, que tiene por objeto modificar el contenido de los cargos formulados al presunto infractor, a saber, hechos, sanción o calificación jurídica”*⁹, y en este sentido, se entiende como expresión de la facultad de formular cargos, dispuesta en el artículo 49 de la LOSMA, la que corresponde de forma privativa a esta Superintendencia. En este punto la disposición citada señala que:

“La instrucción del procedimiento sancionatorio se realizará por un funcionario de la Superintendencia que recibirá el nombre de instructor y se iniciará con una formulación precisa de los cargos, que se notificarán al presunto infractor por carta certificada (...).

La formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada.”

16. De esta forma la reformulación de cargos se concibe como una herramienta cuyo objeto es resguardar las garantías mínimas de un debido proceso, otorgando nuevas instancias de cumplimiento y defensa a favor del presunto infractor, considerando además los principios aplicables al procedimiento.

17. A partir de lo señalado por la empresa, se observa que esta aporta un antecedente que no se encontraba en poder de la SMA al momento de la formulación de cargos, consistente en las **INFAs internas** aeróbicas de 8 de agosto de 2022, 15 de septiembre de 2022 y 2 de octubre de 2022, las cuales se oponen a los resultados anaeróbicos



arrojados por las 2 INFAs oficiales, y que a la fecha de presentación del PDC estaría pendiente una solicitud de invalidación respecto a aquellas.

18. Al respecto cabe tener presente que la información oficial respecto a la compatibilidad de la actividad del CES con la capacidad de carga del medio, es la INFA elaborada por la autoridad competente, esto es, Sernapesca. Por tanto, siendo los antecedentes oficiales los ya indicados, que arrojaron seguidamente los resultados anaeróbicos del CES, cabe estarse a ellos, no correspondiendo desatender su resultado en función de monitoreos internos efectuados por la empresa. Cabe destacar que a la fecha no se ha informado a esta Superintendencia sobre la resolución de la solicitud de invalidación formulada por la empresa respecto a las referidas INFAs oficiales.

19. En virtud de lo anterior, se observa que los nuevos antecedentes aportados por la empresa no tienen mérito para modificar la clasificación de gravedad dada en la formulación de cargos.

20. Adicionalmente a lo anterior, cabe tener presente que la INFA ha sido uno de los varios elementos considerados para efectos de la clasificación de gravedad de la infracción. Además de las 2 INFAs anaeróbicas asociadas directamente a los ciclos productivos que generaron sobreproducción, la formulación de cargos da cuenta de la implementación de un sistema de oxigenación en la columna de agua en febrero de 2023, es decir, 8 meses luego de haberse constatado condiciones anaeróbicas en el CES. También, dentro de los antecedentes que se expone, se encuentra la entidad de la sobreproducción generada en relación con los porcentajes de sobreproducción, y su directa relación con la superación de la capacidad de carga del medio evaluado. Finalmente, la formulación de cargos tiene especial consideración en que el CES se encuentra al interior de la Reserva Nacional Kawésqar, en un área que además es el hábitat propio de especies en categoría de conservación.

21. No obstante, lo anterior, pese a que la empresa no ha presentado antecedentes al respecto, a partir de los registros públicos de Sernapesca disponibles su sitio web, se observa que el CES Bahía León logró una INFA oficial aeróbica según el muestreo de 30 de junio de 2023, es decir, habiendo mantenido al menos 1 año las condiciones anaeróbicas y luego de haberse implementado de un sistema de oxigenación en la columna de agua. Sin perjuicio de ello, en atención a las diversas variables consideradas para el otorgamiento de la clasificación dada en la formulación de cargos, la eventual y posterior variación en una de estas circunstancias no tiene mérito suficiente para motivar su modificación, a través de una reformulación de cargos.

22. Por las razones señaladas anteriormente, no se acogerá la solicitud de reformulación de cargos presentada por la empresa.

III. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO RESPECTO AL CARGO N° 1

23. En relación a la presentación del PDC, la empresa expone que su propuesta daría cumplimiento de los requisitos de presentación del mismo, indicando que este fue presentado dentro de plazo y que no habrían impedimentos para la



presentación del PDC, en tanto conforme se indica en la Guía respectiva, la presentación de una Autodenuncia *“constituye la única excepción que permite la procedencia de un Programa de Cumplimiento en caso de concurrir alguna de las circunstancias del artículo 42 de la LO-SMA que, de no haber mediado Autodenuncia, harían inadmisibles el uso de este instrumento”*⁶.

24. Agrega, en relación a lo dispuesto en el artículo 42 de la LOSMA, que ni la empresa ni la unidad fiscalizable han sido sometidas a un programa de gradualidad, tampoco han sido objeto en los últimos 3 años de la aplicación de una sanción gravísima por parte de esta Superintendencia y, por último, esta unidad fiscalizable no ha presentado con anterioridad un PDC por una infracción grave.

25. Luego, la empresa expone diversos argumentos sobre la procedencia de PDC para cargos con calificación asociada a daño ambiental susceptible de reparación, principalmente señalando que la restricción de procedencia de PDC no se encuentra expresamente normada en la LOSMA, en el Reglamento ni en otro cuerpo legal o reglamentario, siendo las excepciones de procedencia de PDC de aplicación de derecho estricto.

26. Al respecto, es relevante indicar que la interpretación asentada por esta Superintendencia ha consistido en declarar la improcedencia de la presentación de un programa de cumplimiento respecto de infracciones que han sido clasificadas como grave o gravísima, por haber causado daño ambiental, reparable o irreparable, respectivamente. En este contexto, esta SMA, en base al elemento sistemático de interpretación de la ley, ha sostenido que el PDC es procedente solo en ciertos supuestos, y no es aplicable su presentación para todo el catálogo de infracciones que establece la LOSMA en su artículo 35. Tal es el caso de aquellas clasificadas de conformidad al literal a) de los numerales 1 y 2, del artículo 36 (daño ambiental irreparable y reparable, respectivamente), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 43 de la LOSMA y en el título III, del D.S. N° 30/2012.

27. No obstante lo anterior, existen pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios respecto de la procedencia del PDC cuando la clasificación de alguno de los cargos contempla el daño ambiental. Por una parte, el Ilustre Primer Tribunal Ambiental, en su último pronunciamiento sobre la materia, de fecha 31 de agosto de 2021, ha validado la interpretación de esta Superintendencia, indicando que *“(...) el PdC cede ante el Plan de Reparación Ambiental pues la misma ley así lo dispone, ya que, al constatarse la existencia de daño al medio ambiente, el inciso quinto del artículo 43 de la LOSMA sólo admite dos opciones: que el infractor presente voluntariamente un plan de reparación o el ejercicio de la acción judicial por daño ambiental, en caso de no instar por el primero. Por este motivo es que la “Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental” solo viene en complementar, ordenar y sistematizar una situación jurídica ya tratado por la ley, sin que exista una contradicción normativa entre ambos cuerpos regulatorios”* (Sentencia de fecha 31 de agosto de 2021, en causa R-41-2021, dictada por el Ilustre Primer Tribunal Ambiental, C°32).

28. Sin embargo, este mismo Tribunal conociendo de otro caso señaló que no la SMA no puede incorporar nuevas limitaciones a la presentación de un PDC, a saber *“Que, conforme a lo anteriormente expuesto, estos sentenciadores estiman que no es razonable aumentar las exigencias establecidas en la LOSMA para la procedencia de un PDC, no*

⁶ Página 12 del escrito de 18 de abril de 2023.



correspondiendo a la SMA limitar el acceso a un incentivo al cumplimiento ambiental como lo es el PDC, cuyos impedimentos ya se encuentran establecidos expresamente en LOSMA, por lo que la "Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento" no puede establecer más limitaciones que las establecidas por el Legislador" (Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2019, en causa R-25-2019, dictada por el Ilustre Primer Tribunal Ambiental, C°93).

29. Por otra parte, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental ha sostenido que "(...) del tenor de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, la imposibilidad de presentar un PdC, planteada por la Guía de la SMA, va más allá de lo que dispone la ley, que solo determina la improcedencia de dicho instrumento en las hipótesis del artículo 42, inciso tercero, de la LOSMA, las cuales -por su carácter excepcional respecto de la regla general, que lo admite en el procedimiento sancionatorio-, son de derecho estricto. (...) además, el PdC obedece a la necesidad de hacerse cargo de los efectos de la infracción y un eventual daño ambiental sería uno de los efectos, el más gravoso, teniendo en cuenta que los efectos al medio ambiente tienen distintas categorías. De esta manera, no se puede inhibir ex ante a un presunto infractor del uso de un instrumento como el PdC para desacreditar la gravedad de los efectos de la o las infracciones imputadas, pues con ello se afectaría su derecho a defensa". (Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2022, en causa R-266-2020, dictada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, C°74 y C°79). Este criterio ha sido recogido por este Ilustre Tribunal en sentencias causas Rol 167-2017, de 21 de agosto de 2018 y Rol 116-2016, de 28 de junio de 2017.

30. En razón de lo expuesto, la procedencia del programa de cumplimiento, como un instrumento de incentivo al cumplimiento respecto de aquellos casos en que se hayan clasificado las infracciones por daño ambiental, cualquiera sea su calificación, se estima controversial. Es por lo anterior que, pese a la interpretación sostenida reiteradamente por esta Superintendencia, resulta conveniente analizar, a través del presente acto administrativo, el contenido del PDC presentado conforme se señalará a continuación.

IV. ANTECEDENTES LEGALES RELATIVOS A LA PRESENTACIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

31. A partir de los antecedentes disponibles, se observa que el PDC fue presentado dentro del plazo establecido para ello.

32. Del análisis del PDC presentado, en relación con los criterios de aprobación expresados en el artículo 9°, relativos a la integridad, eficacia y verificabilidad, y de los requisitos contenidos en el artículo 7°, ambos del D.S. N° 30/2012, surge la necesidad de formular una serie de observaciones que se indicarán a continuación, con el objeto de que estas sean subsanadas en el plazo que se dispondrá al efecto en la parte resolutive del presente acto administrativo.

V. OBSERVACIONES AL PDC PRESENTADO

A. Observaciones generales



33. El PDC presentado aborda el único hecho imputado en el presente procedimiento sancionatorio, consistente en “*Superar la producción máxima autorizada en el CES Bahía León durante: 1. El ciclo productivo entre 13 de julio de 2018 a 16 de diciembre de 2019, 2. El ciclo productivo entre 22 de diciembre de 2020 a 23 de marzo de 2022*”, infracción en los términos de la letra a) del artículo 35 de la LOSMA, que fue clasificado como grave, de acuerdo a los literales a) e i) del artículo 36 de la misma ley, por haber causado daño ambiental susceptible de reparación, y por constituir una actividad ejecutada al interior de áreas silvestres protegidas del estado, sin autorización, en atención a lo señalado en los considerandos 16 y siguientes de la formulación de cargos. Para la infracción imputada se propone un plan de acciones y metas, que contiene acciones de distinta naturaleza, especificadas en la siguiente tabla:

Tabla N° 2: Acciones propuestas por la empresa para el único cargo imputado

N ° de Acción	Acción propuesta
1 (en ejecución)	Elaboración, aprobación e implementación de un “Procedimiento de Aseguramiento de Cumplimiento Límite de Producción en CES” para asegurar el cumplimiento del límite de producción autorizado ambientalmente.
2 (por ejecutar)	Hacerse cargo de la totalidad de la sobreproducción constatada en el ciclo productivo ocurrido entre el 30 de agosto de 2018 y 14 de junio de 2020 y el ciclo productivo ocurrido entre el 5 de enero de 2021 y 31 de agosto de 2022, más un 24% adicional a dicha sobreproducción, de conformidad al “Programa de Compensación ROL A-003-2023” que se acompaña en Anexo 1 totalizando el 124% de compensación de la biomasa materia de la Formulación de Cargos
3 (por ejecutar)	Implementar capacitaciones vinculadas al “Procedimiento de Planificación de Producción y Control de Biomasa de CES”.
4 (por ejecutar)	Instalar y operar un sistema de oxigenación de la columna de agua para hacerse cargo de la condición anaeróbica del CES.
5 (por ejecutar)	Implementar programa de monitoreo calificado de seguimiento de parámetros ambientales en la columna de agua y comunidades fitoplactónicas y zooplactónicas del CES Bahía León.
6 (por ejecutar)	Reportar a la SMA, las variables de biomasa y mortalidad del CES Bahía León, mediante conexión con sus sistemas informáticos vía API.
7 (por ejecutar)	Informar a la Superintendencia del Medio Ambiente, los reportes y medios de verificación que acrediten la ejecución de las acciones comprometidas en el PdC a través de los sistemas digitales que la SMA disponga al efecto para implementar el SPDC.
8 (alternativa)	Entrega de los reportes y medios de verificación a través de la oficina de partes de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Fuente: Elaboración propia, en base al PDC presentado

34. El titular deberá actualizar el **estado** de aquellas acciones que la empresa haya iniciado o finalizado su ejecución a la fecha de entrega de la nueva versión del PDC. Por otro lado, respecto a las acciones que se presentan como ejecutadas o en ejecución se deberá presentar en la siguiente versión del programa de cumplimiento aquellos antecedentes que permitan verificar su estado de ejecución de forma previa a resolver sobre el PDC,



sin perjuicio de que dichos medios de verificación deban ser remitidos en el reporte inicial luego de la eventual aprobación del PDC.

35. Asimismo, se deberá actualizar el **plan de seguimiento** del plan de acciones y metas, y el **cronograma** de acciones del programa de cumplimiento, en atención a las observaciones específicas que se formularán a continuación.

B. Observaciones específicas

B.1 Observaciones a la descripción de efectos negativos generados por la infracción

36. En cuanto a la descripción de efectos negativos generados por la infracción, la empresa indica, tanto para el ciclo 2018-2020 como para el ciclo 2021-2022, que *“considerando los datos de concentración de oxígeno disuelto, es posible reconocer que la columna de agua, en general, mantuvo buenas condiciones de oxigenación, con concentraciones similares en los dos estratos de la columna de agua, si se considera la desviación estándar de los datos y equivalentes a los registrados por el crucero CIMAR durante el año 1998 y la CPS levantada durante el 2012. Esto es previo a la operación de CES”*.

37. Por otro lado, indica que durante el ciclo **2018-2020** en la columna de agua, las concentraciones de oxígeno disuelto, junto a la ausencia de Floraciones Algales Nocivas (FAN) dieron cuenta que, para dicho ciclo, imperaron condiciones aeróbicas en la columna de agua. Agrega que los cambios de estaciones son el fenómeno más importante en la determinación de la concentración de oxígeno disuelto, es decir, que los aumentos de biomasa y sus respectivos alimentos adicionales suministrados, son fenómenos que no aportan significativamente a la concentración de oxígeno disuelto, pues se encontrarían dentro del conjunto de forzantes extras que solamente y en su conjunto, explican el 2% de la variación de magnitud registrada para oxígeno disuelto, concluyendo que el exceso de biomasa producida en el ciclo 1 de producción del CES Bahía León, tiene una injerencia no significativa en la concentración de oxígeno disuelto.

38. En cuanto a la INFA asociada al ciclo **2021-2022**, señala que fue monitoreado entre los meses de enero del año 2021 y febrero del año 2022, en la columna de agua, las concentraciones de oxígeno disuelto, junto a la presencia de Floraciones Algales Nocivas (FAN) de manera puntual y menores al 1% del total de muestreos, junto con otras variables analizadas, dieron cuenta que, para dicho ciclo, imperaron condiciones aeróbicas en la columna de agua. No obstante, las INFAS oficiales de dicho ciclo revelaron condiciones de anaerobiosis, lo que se vincularía a la concentración de oxígeno disuelto en 5 de los perfiles levantados. Sin embargo, las INFAS internas descritas en su PDC, ejecutadas durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 2022, muestran que los perfiles de oxígeno disuelto a 1 metro del lecho cumplen con las condiciones establecidas por la Resolución Exenta 3612/2009, en todas sus estaciones, es decir, que cada una de las INFAS internas ejecutadas presentarían condiciones ambientales aeróbicas, cumpliendo con los límites de aceptabilidad para fines de continuidad o reanudación operacional del CES.



39. La empresa indica en su descripción de efectos que los resultados anaeróbicos expuestos constituyen situaciones puntuales y acotadas temporalmente, siendo esencialmente reversibles.

40. En relación con los análisis de efectos negativos (Anexo 1.1 del PDC) el titular consideró para el análisis la siguiente información: concentración de oxígeno disuelto en la columna de agua, análisis espectral del oxígeno disuelto, estadística de aumento de antibióticos y antiparasitarios, uso de alimento adicional, presencia de microalgas causantes de FAN, datos de concentración de nutrientes en la columna de agua y sedimentos submareales: Nitratos (NO_3), nitritos (NO_2), amonio (NH_4) y fosfatos (PO_4^{3-}), información sobre presencia de burbujas de gas y/o cubierta de microorganismos en el sustrato (presencia de Beggiatoa), análisis de mortalidad y sus causas, y estadística de aumento de alimentación.

41. En primer lugar, cabe relevar que en su descripción la empresa desconoce los hechos que sustentan la clasificación de gravedad dada en la formulación de cargos, dados por la condición anaeróbica reiterada, la necesidad de recurrir a técnicas de remediación artificial, el tiempo en que el CES ha mantenido condiciones anaeróbicas, la magnitud de la sobreproducción constatada en ambos ciclos, y la ubicación del CES al interior de la Reserva Nacional Kawésqar.

42. A partir de lo anterior, cabe señalar que los efectos negativos por la infracción deben describirse y caracterizarse de forma suficiente para efectos de ponderar la integridad y eficacia del plan de acciones y metas propuestos. Lo anterior significa que el titular debe describir en el PDC refundido al menos los presupuestos de hecho considerados en la formulación de cargos, para efectos de determinar y cuantificar de manera fundada el grado de afectación al medio marino y cada uno de los componentes ambientales que fueron o pudieron haber sido afectados por la actividad del CES, para luego analizar la idoneidad y suficiencia del plan de acciones propuesto.

43. Atendido lo anterior, y con el objeto de contar con antecedentes suficientes y completos para efectos de ponderar la propuesta de PDC presentada, se formularán las siguientes observaciones a la descripción de los efectos negativos generados por la infracción:

44. La empresa circunscribe su análisis a los resultados de la INFA y descarta la generación de efectos asociados a la sobreproducción en atención al resultado aeróbico del muestreo INFA correspondiente a un centro de cultivo categoría 5, por lo que deberá evaluar otros componentes ambientales relevantes del área de influencia que no han sido incluidos en su análisis, como lo son sedimentos, biota, incluyendo fauna macrobentónica, flora marina, y otros, considerando en especial que el CES se encuentra al interior del área protegida de la Reserva Nacional Kawésqar, cuyos objetos de protección considera elementos más amplios que solo columna de agua y fondo marino.

45. Sin perjuicio de lo ya señalado, cabe destacar que los parámetros muestreados de la INFA obedecen a criterios sectoriales y productivos, y no representan necesariamente las variables relevantes para evaluar ambientalmente los impactos del proyecto, considerando las particularidades del CES, la extensión de la real área de influencia, y que además se encuentra en un área silvestre protegida.



46. Respecto a la modelación, que tiene como fin **determinar el área impactada** en concreto por la sobreproducción, se deberá complementar la información de efectos presentando una modelación de dispersión de materia orgánica generada en el centro de cultivo donde se generó la infracción, **para cada uno de los ciclos productivos** que presentaron sobreproducción, en un escenario de cumplimiento, es decir, deberá utilizar como datos de entrada en el escenario de cumplimiento las toneladas máximas establecidas en la RCA que rige el centro en cuestión, y por ende, el alimento que debió ser consumido para alcanzar las toneladas de producción permitidas. El análisis comparativo en cada caso, debe utilizar como *input* al modelo la misma distribución, ubicación, número de balsas jaulas y duración del ciclo productivo, que se existió tanto en el ciclo productivo 2018 – 2020, como en el ciclo 2021-2022.

47. En cuanto a los datos de entrada utilizados en la modelación, estos deberán decir relación con digestibilidad de alimento, pérdida de alimento, pérdida de fecas, contenido de agua en alimento, porcentaje de carbono en alimento, porcentaje de carbono en fecas, velocidades de hundimiento, tanto de pellets como de fecas, entre otros; dichos datos deberán encontrarse justificados y contar con los respectivos medios de verificación que justifiquen los valores utilizados considerando los parámetros y variables utilizadas. Por último, deberá informar los resultados de dichas modelaciones, presentando un análisis comparativo respecto a los resultados de las áreas obtenidas entre ambos escenarios, para cada ciclo que presentó sobreproducción. Sin perjuicio de lo anterior, se solicita a la empresa acompañar todos los anexos mencionados en su informe, identificados de la misma forma que se indican en este, a objeto de verificar los datos y el contenido de las modelaciones realizadas.

48. Sumado a lo anterior, en el apartado **uso de alimento adicional**, la empresa expone gráficamente el alimento adicional que consideró la sobreproducción en ambos ciclos sin realizar un mayor análisis al respecto. De esta forma, se releva que el titular no expuso mayor información comparativa del alimento utilizado en el escenario de cumplimiento frente el efectivamente suministrado en el escenario de incumplimiento. Por tanto, se requiere indicar la cantidad de alimento -en toneladas- que se hubiese suministrado en un escenario de cumplimiento y el utilizado durante cada uno de los ciclos en que se constató la infracción. Adicionalmente deberá incorporar un análisis comparativo entre ambos escenarios respecto a la materia orgánica y nutrientes, específicamente nitrógeno (N) y fósforo (P), liberado y que se incorpora al sistema marino (columna de agua y sedimento) por ciclo productivo, indicando el total de toneladas y concentración para el respectivo compuesto. El análisis deberá considerar los valores nutricionales correspondientes al alimento de mayor calibre.

49. Se solicita a la empresa determinar e indicar en la nueva versión del PDC, el día en que se inició la superación de la producción máxima autorizada durante el ciclo 2018-2020 y 2021-2022.

50. Adicionalmente, en cuanto al análisis de oxígeno disuelto en columna de agua, cabe destacar que las mediciones a 5 y 10 metros de profundidad resultan relevantes para la salud de los peces en cultivo y la prevención de mortalidades masivas por disminución de oxígeno en la columna de agua del medio donde se encuentran, pero no resulta suficiente para la determinación de los efectos de la sobreproducción y sus emisiones en área afectada ni en los componentes ambientales de relevancia.



51. En razón de lo expuesto, se requerirá complementar y ajustar **la descripción de los efectos negativos**, en los términos ya señalados. Asimismo, se deberá reformular lo señalado en la sección **“Forma en que se eliminan o contienen y reducen los efectos y fundamentación en caso en que no puedan ser eliminados”**, para indicar fundadamente cuáles son las acciones que serían adecuadas para abordar la afectación al medio descrita, acorde a los resultados del nuevo análisis de efectos negativos.

52. Finalmente, atendido lo ya señalado en torno a la descripción de efectos negativos generados por la sobreproducción y la generación de daño ambiental susceptible de reparación, el titular deberá abordar y justificar en su plan de acciones y metas cómo este podría hacerse cargo fundadamente y de forma eficaz de dicha circunstancia, a fin de contener y reducir o eliminar dichos efectos.

B.2. Observaciones relativas al plan de acciones y metas.

- a) *Medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento.*

53. La **acción N° 2** (en ejecución) consiste en *“Hacerse cargo de la totalidad de la sobreproducción constatada en el ciclo productivo ocurrido entre el 30 de agosto de 2018 y 14 de junio de 2020 y el ciclo productivo ocurrido entre el 5 de enero de 2021 y 31 de agosto de 2022, más un 24% adicional a dicha sobreproducción, de conformidad al “Programa de Compensación ROL A-003- 2023” que se acompaña en Anexo 1, totalizando el 124% de la compensación de la biomasa materia de la Formulación de Cargos”*, a través de la no operación de los CES y en el ciclo que se señala en la tabla N° 3 de la presente resolución.

Tabla N°3: Reducción de producción.

Toneladas objeto de la FdC: 3.370		
CES	Ton a reducir	Ciclo productivo
Bahía León	4.100	Diciembre 2024 – Abril 2026
Total compensación (sobreproducción + adicionalidad)		4.100

Fuente: Tabla 2: compensación Rol A-003-2023 del escrito de 18 de abril de 2023.

54. En la forma de implementación, deberá eliminar toda referencia a los cambios en la RCA que regula el CES Bahía León.

55. En cuanto a los medios de verificación, se deberá reemplazar lo señalado por documentos que den cuenta del desistimiento de la operación del CES tales como la resolución que aprueba o modifica el Programa de manejo individual (PMI) o Certificado de no existencia de ejemplares en el CES. Deberá además incorporar en el **reporte final** un *“Informe que acredite los costos incurridos para la ejecución de la acción”*. Por otro lado, sin perjuicio de los medios propuestos al efecto, dado que la producción del CES durante el ciclo es monitoreada periódicamente por esta SMA, la empresa deberá estarse a los resultados de la fiscalización realizada respecto del CES Bahía León, a partir de los reportes de mortalidad



informados por SIFA, además de la materia prima cosechada reportada por las plantas de proceso a través de la plataforma trazabilidad.

56. Adicionalmente a lo anterior, se deberán **eliminar los impedimentos** señalado para esta acción. La acción en comento deberá considerar como presupuesto necesario que el CES Bahía León podrá operar en el ciclo productivo durante el cual se propone la acción, considerando que este cuenta con una condición aeróbica, con autorizaciones vigentes, y considerando las condiciones operacionales reales del CES según las eventuales restricciones sectoriales, según el estado sanitario y/o ambiental del mismo. Al respecto se tiene presente que a partir de la información que dispone esta SMA se observa que el CES cuenta con los resultados de una nueva INFA de tipo post anaeróbica, obteniendo esta vez **resultados aeróbicos** de acuerdo con la INFA oficial muestreada con fecha 30 de junio de 2023.

57. Finalmente, deberá eliminar del PDC toda aquella referencia a CES que no son objeto del presente procedimiento sancionatorio, como el Anexo 0.3 “Declaración Jurada de Cosecha Efectiva, CES Muñoz Gamero 3, Código Centro 120223, del año 2022”.

58. La **acción N° 4** (por ejecutar) consiste en *“Instalar y operar un sistema de oxigenación de la columna de agua para hacerse cargo de la condición anaeróbica del CES”,* a partir del primer mes contado desde la aprobación del PDC y durante 11 meses, o antes, en caso de obtener INFA aeróbica oficial.

59. Al respecto, se observa que a partir de la información publicada por Sernapesca, se observa que el CES logró INFA oficial aeróbica con fecha 30 de junio de 2023. En virtud de lo anterior, deberá reemplazarse el contenido de esta acción por el sistema de oxigenación de la columna de agua que habría sido implementado en febrero de 2023, según fue indicado en la referida Autodenuncia, y por tanto cambiar su estado a “acción ejecutada”.

60. Deberá presentar todos los medios de verificación que acrediten la implementación y resultados del sistema de oxigenación en el CES Bahía León en concreto, acompañando los antecedentes que acrediten los costos informados.

b) *Acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental*

61. La **acción N° 1** (en ejecución) consisten en la *“Elaboración, aprobación e implementación de un “Procedimiento de Aseguramiento de Cumplimiento de Límite de Producción en CES” para asegurar el cumplimiento del límite de producción autorizado ambientalmente”,* a partir de marzo de 2023 y durante toda la ejecución del PDC. Dicho procedimiento se acompaña en el Anexo 1.3 del PDC.

62. El documento presentado hace referencia a una serie de instructivos que no se adjuntan, y que su contenido determinaría las acciones de aseguramiento expuestas en el documento, por lo tanto, la empresa deberá acompañar todos los instructivos que en el procedimiento se referencian. Adicionalmente debe incluir en el Procedimiento la mención a las acciones principales contenidas en dichos instructivos. A su vez, la



redacción de la acción deberá contener los elementos principales del Procedimiento, en tanto el PdC debe ser un instrumento autosuficiente y autoexplicativo.

63. Asimismo, en dicho Procedimiento se menciona una serie de acciones indeterminadas a cargo de distintos responsables en las que se señala declaraciones tales como “deberá velar”, “deberá asegurar”, “deberá coordinar activamente”, en la que no se especifica claramente que implican ni cuáles serán las acciones en caso de alcanzar los resultados esperados según los objetivos del mismo, por lo que se deberá ajustar en los términos señalados.

64. Se deberá aclarar la efectividad de lo señalado en el punto 3.1.1 del Procedimiento, que indica que *“Periódicamente Australis efectúa una proyección de planificación de siembra de CES, con un horizonte en torno a 2 años hacia el futuro”* (énfasis agregado), en relación a lo informado previamente por la empresa en su respuesta al requerimiento de información formulado mediante Res. Ex. N° 2145/2022, en la cual indica que *“(…) Australis no ha definido su producción para un plazo posterior al año 2023”*⁷ (énfasis agregado).

65. En el punto 3.1.2. Control y Aprobación de Planificación de Siembra de CES, se indica como uno de los énfasis el control que *“el producto obtenido del número total de peces planificado a ser sembrado en el CES y peso promedio de cosecha proyectado cumple con el límite de producción fijado en la RCA del CES”*⁸. Sin embargo, el Procedimiento omite la forma como se proyectará el peso promedio, y cuáles serán las variables a controlar para verificar que dicha proyección se cumpla. Por tanto, el Procedimiento deberá ser complementado explicitando cómo se define el peso cosecha proyectado para cada CES, cuáles son las variables que inciden en dicha proyección (por ejemplo, alimentación, duración del ciclo, disposición de medios para iniciar la cosecha, desempeño sanitario, etc.), forma de monitorear dichas variables, periodicidad de dicho monitoreo, y medidas en caso de que las variables indiquen probabilidades de lograr un peso cosecha distinto al proyectado.

66. Por otro lado, el Procedimiento plantea cumplir con el límite de producción establecido en la RCA a través del control de la biomasa, y la multiplicación del número de peces a ser cosechado con el peso promedio de cosecha proyectado, sin considerar el control de la mortalidad y su incorporación en la sumatoria para el cálculo de la producción final del CES en los términos de la letra n) del artículo 2 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura, que define 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.”* Por consiguiente, el Procedimiento deberá ser complementado para considerar la mortalidad dentro de la producción final del CES a ser controlada.

67. En relación con el punto 3.2, relativo al Control del Número de Peces a Sembrar, se señala que terminado el proceso de despacho de siembra de smolts se emitirá un informe de cierre, que dará cuenta de la conformidad del despacho según criterios establecidos y conforme con el número de siembra definido en el “Master Plan”, sin especificar acción alguna en caso de que dicho informe de cuenta del no cumplimiento de las condiciones señaladas, por tanto, se deberá complementar en dicho sentido.

⁷ Página 21, escrito presentado por Australis Mar S.A. con fecha 26 de diciembre de 2022.

⁸ Página 2 del Procedimiento acompañado en el Anexo 1.3 del PdC



68. En el punto 3.3 relativo al Control de biomasa, se señala que se efectuará un seguimiento y control empírico de la biomasa conforme al instructivo que se indica (y que no se acompaña), sin señalar periodicidad de dicho control empírico, cuál será la base de muestra en cada módulo y jaula, variación esperable, y circunstancias en que se efectuará la actualización en el software Mercatus. Luego, tampoco se indica cómo se analizará las consecuencias de esta eventual actualización en la proyección de crecimiento y planificación de la cosecha, a fin de lograr el cumplimiento del peso cosecha proyectado del “*Internal Operating Program*” que se señala en el acápite siguiente de Procedimiento. Por tanto, para evaluar la eficacia de la acción, el Procedimiento deberá ser complementado en dichos términos.

69. En el punto 3.4. Control de Planificación de cosecha de CES señala que la proyección se ejecutará “periódicamente” y que las fechas proyectadas constarán en una carta Gantt, agregando que esta será “periódicamente actualizada”, y que además se “revisará periódicamente” con la gerencia respectiva. Sin embargo, no se menciona la periodicidad de dicha proyección, actualización y revisión, ni se analiza la correlación de estas actividades con la periodicidad del monitoreo y seguimiento requerido de las variables asociadas a la estimación del peso cosecha. Tampoco el Procedimiento indica las vías de comunicación de dicha carta Gantt con las demás unidades encargadas de la ejecución del procedimiento (solo el punto 3.4.2 indica el envío de la planificación al Subgerente respectivo), así como el envío de las eventuales actualizaciones, lo cual resulta elemental para una debida coordinación. Finalmente, tampoco se indica los plazos para que el Gerente General apruebe la planificación ni la vía de comunicación de dicho instrumento a las unidades encargadas de ejecutar lo planificado. Por tanto, el Procedimiento deberá ser complementado para precisar lo anterior.

70. Respecto de la evaluación de cumplimiento en relación con el límite de producción fijado en la RCA, señalado por ejemplo en el punto 3.4.2 letra b., se debe señalar que esta se debe realizar de acuerdo a la producción máxima fijada por la RCA, considerando la prevención de excesos asociados a las densidades de cultivo, y en general cualquier otra restricción reglamentaria asociada a la normativa ambiental aplicable al proyecto (Ley General de Pesca, y Reglamento Ambiental para la Acuicultura). En caso de el CES que verán limitada su producción en virtud de las acciones propuestas por el PDC, se deberá incluir este elemento dentro del límite máximo de producción a considerar en el ciclo respectivo.

71. En el punto 3.5 sobre Ajustes de biomasa, se señala que el Gerente respectivo “*deberá asegurar una activa revisión de contraste entre el desempeño esperado para el CES y la planificación del IOP*”, sin señalar en que consiste dicha “activa revisión”, su periodicidad, ni vía de comunicación de los resultados de dicha revisión a subgerente encargado del IOP. Asimismo, se señala que se realizarán ajustes en el “IOP” en caso de detectar brechas entre el desempeño del CES y la planificación de IOP, sin especificar la naturaleza y extensión de dichos ajustes, lo que deberá ser complementado.

72. Luego, el punto 3.5 señala, que en caso de que la proyección de crecimiento del CES evolucione con mayor rapidez a la proyectada, se ejecutarán dos acciones. La primera de ellas, listada en la letra a. Planificación temprana y oportuna de la cosecha, indica que la planificación indicará el mes en que los CES alcanzará el 80% o más de biomasa proyectada, para efectos de programar la cosecha, y el 85% y 90% de la biomasa para estar con una cosecha en ejecución. Sin embargo, el Procedimiento no considera que los CES autodenunciados y



considerados en la formulación de cargos poseen distintos rangos productivos, sin perjuicio de sus posibles ampliaciones posteriores. En dicho escenario el Procedimiento no distingue entre las necesidades de tiempo y medios para un CES con alta producción y un CES con una producción menor. Por esta razón, los umbrales deberán ser justificados o bien reformulados, a fin de asegurar que la planificación considere un tiempo suficiente para lograr la cosecha en función del tamaño y características particulares del CES Bahía León.

73. En el punto 3.6 se señala que se identificarán, registrarán y comunicarán todos los eventos de contingencia, caso fortuito o fuerza mayor que afecte su planificación de cosecha, y que pueda tener como consecuencia riesgos de superación de biomasa máxima de producción en algún CES. Al respecto se deberá precisar cuáles son los eventos previsible que gatillen dichas situaciones y su relación específica con la superación de biomasa, además de tener previstos los medios alternativos para enfrentar dicha situación y asegurar el cumplimiento del límite a la producción máxima autorizada. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que el control de la producción es un hecho que se encuentra enteramente bajo el control de la empresa, no es atendible atribuir la sobreproducción a un hecho constitutivo de fuerza mayor, caso fortuito o contingencia, en tanto las variables productivas, operacionales y logísticas resultan del todo previsible, siendo posible establecer en dicho Procedimiento aquellas medidas para evitar el exceso por sobre lo autorizado en toda circunstancia. De este modo, y en consideración a lo establecido en el inciso segundo el artículo 9° del D.S. N° 30/2012, que establece que en ningún caso se aprobarán PDC *“por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad”*, deberá eliminarse toda mención o referencia que insinúe o de a entender la posibilidad de generarse sobreproducciones en el futuro.

74. Por otro lado, se observa que el procedimiento no resulta claro en especificar si el control propuesto sobre la producción resulta sólo de ajustes formales de gestión o implicará acciones materiales tanto sobre los individuos que ingresan a crecimiento y engorda o respecto de los que cosecharán, de manera de dar cumplimiento a la obligación de producción. Por tanto, deberá indicar si el Procedimiento considera medidas de control efectivo de biomasa, como control de alimentación, cosecha anticipada, retiro de ejemplares u otra, y en qué casos se aplicará dicha medida.

75. La acción deberá eliminar la referencia a la *“implementación”* del protocolo, en tanto conforme se expone en la acción N° 2, el CES no operará durante la vigencia del PDC, en caso de su eventual aprobación.

76. La **acción N° 3** (por ejecutar), consiste en *“Implementar capacitaciones vinculadas al “Procedimiento de Planificación de Producción y Control de Biomasa de CES”, a partir del segundo mes contado desde la aprobación del PDC y durante toda su vigencia.*

77. Se deberá complementar a fin de que las capacitaciones serán realizadas tanto a los actuales responsables identificados, como a toda persona nueva que se incorpore en dichas labores. En cuanto al **indicador de cumplimiento** propuesto, este se deberá complementar indicando el 100% de personal capacitado establecido en la forma de implementación, el que será evaluado en función de la nómina de personas que tengan relación directa con el control de producción y el listado de asistencia a las capacitaciones



78. La **acción N° 5** (por ejecutar) consiste en *“Implementar programa de monitoreo calificado de seguimiento de parámetros ambientales en la columna de agua y comunidades fitoplactónicas y zooplactónicas del CES Bahía León”*, desde la notificación de la aprobación del PDC y durante 12 meses.

79. A partir de la naturaleza del monitoreo propuesto y los puntos de muestreo, se observa que la efectividad de esta acción se acota a aquellos CES que tienen previsto operar en los siguientes ciclos productivos, no resultando procedente efectuar dicho monitoreo en CES que no operarán, por lo que atendiendo la globalidad de las observaciones formuladas se deberá justificar la acción propuesta o bien reformularla.

80. En caso de haberse ya ejecutado la acción en comento, dado que esta tiene objetivo conocer el estado ambiental del CES, lo que permite a su vez, evaluar la idoneidad de las acciones propuestas para abordar los efectos de la infracción, deberá incorporar sus resultados en la descripción de los efectos negativos asociados al hecho infraccional, y eliminarla del plan de acciones y metas del PDC.

81. La **acción N° 6** (por ejecutar), consiste en *“Reportar a la SMA, las variables de biomasa y mortalidad del CES Bahía León, mediante conexión con sus sistemas informáticos vía API”*, deberá ser **eliminar del PDC**, ya que, en cuanto al seguimiento periódico a la producción de los CES, la SMA ha desplegado una estrategia activa de fiscalización remota, basada en datos obtenidos desde el Sistema de Información para la Fiscalización de la Acuicultura (“SIFA”), administrado por Sernapesca. A partir del seguimiento se obtienen datos representativos y suficientes sobre la información productiva de cada CES, por lo que la acción propuesta no aporta nuevos antecedentes a la SMA.

82. La **acción N° 7** (por ejecutar), consiste en *“Informar a la Superintendencia del Medio Ambiente, los reportes y medios de verificación que acrediten la ejecución de las acciones comprometidas en el PdC a través de los sistemas digitales que la SMA disponga al efecto para implementar el SPDC”*, deberá ser corregida de acuerdo a lo siguiente:

83. Para efectos de dar debido cumplimiento a lo establecido en la Res. Ex. N° 166/2018, que Crea el Sistema de Seguimiento de Programas de Cumplimiento (en adelante, “SPDC”), el titular deberá modificar lo propuesto para considerar una única acción, asociada a cualquiera de los hechos que se considera constitutivo de infracción, en el tenor que se señalará a continuación:

- **Acción:** “Informar a la SMA los reportes y medios de verificación que acrediten la ejecución de las acciones comprendidas en el programa de cumplimiento a través de los sistemas digitales que se dispongan al efecto para implementar el SPDC”.
- **Forma de implementación:** “Dentro del plazo y según la frecuencia establecida en la resolución que apruebe el programa de cumplimiento, se accederá al sistema digital que se disponga para este efecto, y se cargará el programa y la información relativa al reporte inicial, los reportes de avance o el informe final de cumplimiento, según se corresponda con las acciones reportadas, así como los medios de verificación para acreditar el cumplimiento de las acciones comprometidas. Una vez ingresados los reportes y/o medios de verificación,



se conservará el comprobante electrónico generado por el sistema digital en el que se implemente el SPDC”.

- **Indicadores de cumplimiento y medios de verificación:** “Esta acción no requiere un reporte o medio de verificación específico, y una vez ingresados los reportes y/o medios de verificación para las restantes acciones, se conservará el comprobante electrónico generado por el sistema digital en el que se implemente el SPDC”.
- **Costos:** debe indicarse que éste es de “\$0”.
- **Impedimentos eventuales:** “Problemas exclusivamente técnicos que pudieren afectar el funcionamiento del sistema digital en el que se implemente el SPDC, y que impidan la correcta y oportuna entrega de los documentos correspondientes”. En relación a dicho impedimento, deberá contemplarse como **Acción alternativa y plazo de aviso en caso de ocurrencia** lo siguiente: “Se dará aviso inmediato a la SMA, vía correo electrónico, especificando los motivos técnicos por los cuales no fue posible cargar los documentos en el sistema digital en el que se implemente el SPDC, remitiendo comprobante de error o cualquier otro medio de prueba que acredite dicha situación. La entrega del reporte se realizará a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento del plazo correspondiente, en la Oficina de Partes de la Superintendencia del Medio Ambiente”.

VI. SOBRE LA SOLICITUD DE RESERVA DE INFORMACIÓN FORMULADA POR LA EMPRESA

84. Respecto la solicitud de reserva de información formulada por el titular, se tiene presente que el artículo 21 de la Ley de Transparencia desarrolla las causales de excepción a la publicidad de la información, y, específicamente en su numeral N° 2 establece como causal para la aplicación de dicha reserva, el hecho que la publicidad, comunicación o conocimiento de determinados antecedentes “[...] *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*”.

85. Para efectos de resolver lo solicitado, resulta necesario tener a la vista los criterios copulativos establecidos por el Consejo para la Transparencia (en adelante, “CPLT”) para determinar la procedencia de la causal de reserva establecida en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia⁹, a saber: a) 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; b) Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y, c) 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.

86. La empresa fundamenta su solicitud en que el *“documento resulta de alta sensibilidad en la planificación estratégica de la Compañía, de modo que la divulgación de este documento, más allá de los fines legales de fiscalización de la Superintendencia, puede desmejorar sustantivamente la operación competitiva de la Compañía. Lo*

⁹ Consejo para la Transparencia, Decisión Amparo Rol C2721-22, cons. 10°; Rol C363-2014, cons. 5°; rol C1362-2011, cons. 8° letra “b”.



anterior en atención a que esta información puede otorgar mejoras comerciales estratégicas en favor de terceros competidores al conocer detalles de la planificación comercial y logística de la Compañía y, además, mermar la posición de negociación de la Compañía respecto de proveedores estratégicos destinados a prestar los servicios que el documento contempla, quienes, con el conocimiento del documento podrían anticipar los hitos relevantes del proceso". Asimismo, indica decisiones del Consejo para la Transparencia roles A204-09; A252-09; A114-09; C501-09; C887-10 y C515-11, pronunciadas en los términos de su solicitud. Finalmente, indica respecto los documentos cuya reserva solicita, "[e]n el presente caso, se trata de procedimientos y medidas íntimamente vinculadas a la planificación de la producción, actividad con antecedente se encuentra amparado por la causal de reserva o secreto del artículo 22 N°2 de la Ley N°20.285 y, en consecuencia, su publicidad afectaría derechamente las ventajas competitivas de la Compañía.

87. Revisado el documento cuya reserva ha sido solicitada por la titular, se advierte que corresponde a un documento en el que se identifican los roles del personal y responsabilidades de las áreas a cargo de la implementación del Procedimiento de aseguramiento de cumplimiento en el límite de la producción del CES.

88. En este sentido, se observa si bien lo anterior podría constituir un instrumento de carácter interno de la empresa, este no contiene información contable, plazos definidos ni medidas específicas que permitan a terceros prever el despliegue de acciones por parte de la empresa, ni tampoco anticipar los hitos relevantes sobre el proceder de la misma. En efecto, el documento menciona acciones genéricas y abstractas, no referidas a ningún CES particular, ni lugar, ni periodo de tiempo en que se ejecutarán dichas acciones, así como tampoco refleja los detalles de la planificación comercial ni logística concreta de la Compañía.

89. De acuerdo al tenor del Procedimiento en cuestión se observa que este posee el mismo nivel de detalle y contenidos similares (aunque diferente naturaleza) a los Planes de acción y prevención ante contingencias que debe tener cada CES, y que es información que forma parte de los expedientes públicos de la evaluación ambiental, de acuerdo a lo establecido por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, por ejemplo.

90. Por lo anterior, no se observa como el conocimiento este Procedimiento puede otorgar una desventaja de la empresa respecto de proveedores ni de competidores, por lo que no se cumple con la causal establecida en el N° 2 del artículo 21 de la referida Ley, en relación a los derechos de carácter comercial o económicos de la empresa, razón por cual se no se acogerá la solicitud planteada. Lo anterior, sin perjuicio de otra información acompañada relativa a datos personales que de oficio se resguardará.

RESUELVO:

I. RECHAZAR LA SOLICITUD DE REFORMULACIÓN de cargos formulada por Australis Mar S.A. en virtud de lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

II. TENER POR PRESENTADO EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO refundido ingresado a esta Superintendencia por Australis Mar S.A., con fecha 18 de abril de 2023, así como su escrito de 12 de julio de 2023.



III. PREVIO A RESOLVER, la aprobación o rechazo del Programa de Cumplimiento presentado por Australis Mar S.A., incorpórense a una nueva versión refundida de este, las observaciones consignadas en la parte considerativa de la presente resolución y acompáñense todos los anexos correspondientes, **dentro del plazo de 10 días hábiles** contado desde su notificación. En caso de que no se cumpla cabalmente y dentro del plazo señalado precedentemente con las exigencias indicadas en los literales anteriores, el Programa de Cumplimiento podrá ser rechazado y se continuará con el procedimiento sancionatorio.

IV. FORMA Y MODO DE ENTREGA DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO REFUNDIDO. El programa de cumplimiento refundido deberá ser remitido a esta Superintendencia a través de Oficina de Partes por medio de presentación ingresada en sus dependencias, en horario los días lunes a jueves entre las 9:00 y las 17:00 horas y el día viernes entre 9:00 y las 16:00 horas; o bien a través de correo electrónico enviado hasta las 23:59 horas y dirigido a la casilla oficinadepartes@sma.gob.cl. En este último caso, el archivo adjunto debe encontrarse en formato PDF y no tener un peso mayor a 10 Mb. En el asunto deberá indicar a qué procedimiento de fiscalización, sanción o el tema de su interés sobre el cual versa. En caso de contar con un gran volumen de antecedentes, se solicita incorporar en la respectiva presentación un hipervínculo para la descarga de la documentación, señalándose además el nombre completo, teléfono de contacto y correo electrónico del encargado.

V. RECHAZAR A LA SOLICITUD DE RESERVA SOLICITADA POR LA EMPRESA respecto al documento “Procedimiento de Aseguramiento de Cumplimiento Límite de Producción en CES, Australis, abril 2023”, en virtud de lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

VI. NOTIFICAR POR CORREO ELECTRÓNICO, conforme lo resuelto mediante Res. Ex. N° 2145/2022 en relación a lo solicitado en su presentación de 22 de noviembre de 2022, a José Luis Fuenzalida Rodríguez en representación de Australis Mar S.A., en las casillas de correo electrónico designadas: [REDACTED]



Daniel Garcés Paredes
Jefatura de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

PAC/GTP

Correo electrónico:

- José Luis Fuenzalida Rodríguez, en representación de Australis Mar S.A., Salmones Islas del Sur Ltda. y Acuícola Cordillera Ltda., [REDACTED]

C.C:

- Jefe de la Oficina Regional de Magallanes de la SMA.

A -003-2023

Superintendencia del Medio Ambiente, Gobierno de Chile

Sitio web: portal.sma.gob.cl

