

**REITERA SOLICITUD DE DESIGNACIÓN DE DOMICILIO Y
REALIZA OBSERVACIONES A PROGRAMA DE
CUMPLIMIENTO PRESENTADO POR HIDRONALCAS S.A.**

RES. EX. N° 3/ROL N° F-015-2016

Valdivia, 12 de agosto de 2016

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra Superintendente del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 30, de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, D.S. N° 30); en la Resolución Exenta N° 731, de 8 de agosto de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y, la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

CONSIDERANDO:

1° Que, el artículo 42 de la LO-SMA y la letra g) del artículo 2° del D.S. N° 30, definen el programa de cumplimiento (en adelante "PdC" indistintamente) como aquel plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que, dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique;

2° Que, el artículo 6° del D.S. N° 30 establece los requisitos de procedencia del programa de cumplimiento, a saber, que éste sea presentado dentro del plazo y sin los impedimentos ahí establecidos. A su vez, el artículo 7° del mismo Reglamento fija el contenido de este programa, señalando que éste deberá contar al menos con lo siguiente:

a) Descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos;

b) Plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento;

c) Plan de seguimiento, que incluirá un cronograma de las acciones y metas, indicadores de cumplimiento, y la remisión de reportes periódicos sobre su grado de implementación;

d) Información técnica y de costos estimados relativa al programa de cumplimiento que permita acreditar su eficacia y seriedad;

3° Que, el artículo 9° del D.S. N° 30 prescribe que la Superintendencia del Medio Ambiente, para aprobar un programa de cumplimiento, se atenderá a los criterios de *integridad* (las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos), *eficacia* (las acciones y metas deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción) y *verificabilidad* (las acciones y metas del PdC deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento). En ningún caso, ésta aprobará programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios;

4° Que, la letra u) del artículo 3° de la LO-SMA, dispone que dentro de las funciones y atribuciones que a ésta le corresponden, se encuentra la de proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de programas de cumplimiento y planes de reparación, así como orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos de gestión ambiental de su competencia;

5° Que, la División de Sanción y Cumplimiento (“DSC”) definió la estructura metodológica que debe contener un programa de cumplimiento, en especial, el plan de acciones y metas y su respectivo plan de seguimiento;

6° Que, el modelo antes señalado está explicado en el documento Guía para Presentación de Programas de Cumplimiento, de mayo de 2016, disponible a través de la página web de esta Superintendencia;

7° Que, el artículo 42 de la LO-SMA y el artículo 6° del D.S. N° 30, disponen que el infractor podrá presentar un programa de cumplimiento en el plazo de 10 días contados desde la notificación de la formulación de cargos;

8° Que, mediante Resolución Exenta N°1/Rol F-015-2016, de fecha 15 de julio de 2016, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-015-2016, con la formulación de cargos a Hidronalcas S.A. (en adelante, “Hidronalcas” o “la empresa”, indistintamente);

9° Que, el día 22 de julio de 2016, Hidronalcas solicitó una reunión de asistencia al cumplimiento ambiental mediante la remisión del formulario correspondiente al correo de esta Fiscal Instructora, la que se llevó a cabo el día 25 de julio de 2016;

10° Que, el Que, el 28 de julio, la empresa presentó una solicitud de aumento de plazo para presentar Programa de Cumplimiento o descargos y acreditó el poder de Paolo Scotta para representar a Hidronalcas S.A.;

11° Que, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-015-2016, de 29 de julio se concedió el aumento de plazo solicitado, se tuvo por acreditado el poder de representación de Paolo Scotta y, además, se solicitó a la empresa designar domicilio;

12° Que, el 3 de agosto de 2016, la empresa solicitó una segunda reunión de asistencia al cumplimiento, la que se llevó a cabo el mismo día de la solicitud;

13° Que, el 5 de agosto de 2016, en virtud de la ampliación de plazo concedida mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-015-2016, y encontrándose dentro del plazo establecido legalmente, la empresa presentó ante esta Superintendencia un PdC en el marco del procedimiento sancionatorio, sin realizar la designación de domicilio solicitada;

14° Que, realizando un análisis del programa de cumplimiento presentado por la empresa se estima que este fue presentado dentro del plazo y que no concurren los impedimentos señalados en las letras a), b) y c) del artículo 6° del D.S. N° 30 y del artículo 42 de la LO-SMA;

15° Que, el PdC presentado por la empresa, considera los aspectos más relevantes orientados a lograr la observancia satisfactoria de la normativa ambiental indicada en la respectiva formulación de cargos;

16° Que, considerando que la empresa debe cumplir a cabalidad los criterios establecidos reglamentariamente para su aprobación, a saber, *integridad, eficacia y verificabilidad*, de manera previa a resolver la aprobación o rechazo del programa de cumplimiento, resulta oportuno realizar determinadas observaciones a éste, las que deberán ser consideradas por la empresa en la presentación de un programa de cumplimiento refundido ante esta Superintendencia;

RESUELVO:

I. REITERAR LA SOLICITUD DE DESIGNACIÓN DE DOMICILIO EFECTUADA EN LA RES. EX. N° 2/ROL F-015-2016.

II. PREVIO A RESOLVER LA APROBACIÓN O RECHAZO DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO PRESENTADO POR HIDRONALCAS, REALIZAR LAS SIGUIENTES OBSERVACIONES, las que deberán ser respondidas en un **plazo de 7 días** contados desde la notificación del presente acto, presentando todo lo solicitado en la presente resolución:

i. OBSERVACIONES GENERALES:

- Atendiendo a los cargos de la Res. Ex. N°1/Rol F-015-2016, se sugiere incorporar una mención aclaratoria, que la bocatoma 1 se refiere a la RCA N°420/2009 y la bocatoma 2 a aquella identificada en la fiscalización, relacionada al cargo N° 4 de la formulación de cargos.

ii. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS:

• **N° Identificador 1:**

Tanto la acción, la forma de implementación, reportes e indicador deben referirse sólo a los derechos de aguas legalmente constituidos en el lugar de emplazamiento de la bocatoma autorizada mediante la RCA N°420/2009, dado que en caso de que sea autorizada ambientalmente la bocatoma 2, el caudalímetro que se encuentra instalado no será útil para distinguir los derechos captados de la bocatoma autorizada por RCA N°420/2009 respecto de los derechos de aguas captados por la bocatoma 2.

A su vez, incorporar como acción alternativa a la acción N° de identificador 1, que en caso de aprobarse ambientalmente la bocatoma 2, se incorporará un caudalímetro respecto de esta bocatoma, que permita medir la captación de forma diferenciada de la bocatoma autorizada por RCA N°420/2009.

- **N° Identificador 2:**

La acción, forma de implementación, reportes e indicadores sólo deben referirse a bocatoma autorizada mediante RCA N°420/2009.

- **N° Identificador 3:**

Especificar en la forma de implementación, que serán entregados los hitos más relevantes, es decir, a lo menos los pronunciamientos efectuados por la autoridad y las respectivas respuestas de la empresa. Ajustar medio de verificación en este sentido.

- **N° Identificador 6:**

De acuerdo al análisis efectuado respecto a la acción comprometida, se concluyen dos aspectos: (i) el estándar utilizado para medir el caudal ecológico no sería suficiente, y (ii) considerando las condiciones de detención de la bocatoma 2, no se asegura el paso del caudal ecológico de 640 l/s.

Respecto al primer punto, cabe indicar que, el estándar comprometido por la empresa no es suficiente dado que según las fotografías que se encuentran en informes de seguimiento del proyecto cargados por la empresa en el sistema de seguimiento de RCA, se observa, en varios de ellos, que no se hace utilización del vano en el muro de la bocatoma 1¹, mediante el cual debería pasar el caudal ecológico, sino que éste estaría pasando por la compuerta del desripiador. A modo de ejemplo, cabe indicar, que la información entregada por la empresa en el requerimiento de información correspondiente a la Res. Ex. N°1126/2015, esta informa, que durante el mes de diciembre de 2013 el caudal se mantuvo constante a una cota de 333,02 m.s.n.m., sin aportar el dato específico del caudal ecológico que corresponde a dicha cota del embalse, no obstante la condición de mantener un nivel constante de embalse, determinaría un caudal ecológico también constante (ya que implica que el vano del muro de la bocatoma se encuentra totalmente cubierto, permitiendo el paso del caudal ecológico a través de toda la sección transversal del vano). Sin embargo, en el “Informe que verifica mantención de condiciones pre operacionales de biota acuática y calidad del agua del río Nalcas” cargado en el sistema de seguimiento de RCA de la SMA, correspondiente al mismo período, muestra que el nivel del embalse fue inferior a la cota 333 m.s.n.m. (que corresponde a la cota de coronamiento del muro transversal) e incluso inferior a la cota de la base del vano del caudal ecológico, tal como se aprecia en las fotografías 4 d), e) y f) de dicho informe, donde se observa el paso del caudal ecológico a través de la compuerta desripiadora de la bocatoma².

¹ Lo anterior, se extrae de la evaluación ambiental de la RCA N° 420/2009, en la respuesta N° 10 de la Adenda N°2, “(...) el proyecto contempla la mantención de un caudal mínimo que permita satisfacer los requerimientos de peces. El paso del agua para la mantención del caudal ecológico **se hará mediante una abertura que se dejará en el muro contemplado en la bocatoma**. Esta abertura tendrá un ancho fijo de 1.5m y un alto que será definido en fase de ingeniería de detalle según el valor de caudal ecológico establecido en la resolución de otorgamiento del derecho de agua en fase de solitud de parte de la DGA de la X región (...)” (lo destacado es nuestro).

² El paso del caudal ecológico por el desripiador, se verifica en los informes de marzo, junio y septiembre de 2014. La misma empresa reconoce en el “Informe que verifica mantención de condiciones pre operacionales de biota acuática y calidad del agua del río Nalcas” de diciembre de 2013, que, en dicho sector, se habrían formado microalgas filamentosas, por lo tanto, este servicio considera que el agua en este nivel no sería de igual calidad que la que podría pasar a través del vano, por tratarse de aguas de fondo del embalse

Lo anterior, demuestra que el cálculo del caudal ecológico de la empresa (en base a la cota del embalse), sería sólo estimativo, dado que no existe una coincidencia efectiva entre lo informado y la situación real. Por estos motivos, resulta relevante contar con una medición efectiva del caudal ecológico y no estimativa.

Respecto al segundo punto, cabe hacer presente, que la propuesta no permite verificar que el caudal ecológico de 640 l/s transitará por la bocatoma 2, considerando que se encontrará no operativa por un tiempo indeterminado, período en que el rebalse sobre el muro de la bocatoma 2 dependerá sólo de la interacción caudal-muro. En la bocatoma 2, el paso del caudal ecológico depende del agua que rebalse del muro de dos metros, que opera como un vertedero transversal (ya que dicho muro no cuenta con mecanismos de apertura), por lo que, el paso del caudal ecológico no está asegurado. Por estos motivos, se sugiere efectuar una medición directa del caudal ecológico, tanto en la bocatoma 1 como en la 2. Además, porque aún la autoridad sectorial no ha avalado el diseño de la cota de coronamiento del vertedero transversal de la bocatoma 2, que permitiría afirmar que su altura permite el paso del caudal ecológico, tal como lo afirma la empresa.

No obstante, lo anterior, dentro del contexto de este PdC se estima que existen mecanismos para asegurar el paso del caudal ecológico, independiente del nivel del embalse en la bocatoma 2 y del caudal aguas arriba, medidas que no son invasivas y permiten restaurar, en parte, las condiciones de escurrimiento del río, asegurar su continuidad a todo evento, así como también, el paso del caudal ecológico de 640 l/s. Estas medidas son la confección de aperturas en la base del muro, apertura de compuerta desripiadora, construcción de compuertas, construcción de vanos o adecuación del muro, entre otras (cuya implementación requiere ser evaluada y considerada en el presente PdC). Estas medidas, permiten tener estimación mucho más precisa que la actual respecto al caudal ecológico. En esta línea, cabe hacer presente, que cualquier modificación en la obra relacionada con la bocatoma 2 deberá ser informado a las autoridades, tanto sectoriales como ambientales en el marco de pertinencia y/o ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, todo ello con copia a esta SMA.

Finalmente, sugiere generar una acción independiente para el punto (ii), con plazos, indicadores, metas, costos y reportes propios.

- **N° Identificador 7:**

Proponer una forma de reporte de las mediciones, dependiendo de la propuesta de la empresa en la acción 6.

- **N° Identificador 9 y 10:**

La empresa deberá cargar los monitoreos en el sistema de seguimiento de RCA, de la SMA.

- **N° Identificador 11:**

La consulta de pertinencia no sólo deberá considerar el análisis de modificación en consideración del artículo 2 letra g.3) sino también el del artículo 2 letra g.1) referido al artículo 3 letra a), todos del D.S. N° 40/2012 MMA, dado que el cargo N°4 de la Res. Ex. N°1/Rol F-015-2016 se refiere a ambos aspectos.

- **N° Identificador 12:**

La forma de implementación difiere del medio de verificación (apagado del interruptor versus entrega de informe técnico de desconexión de equipos de bombeo). Cabe indicar, que este

servicio, considera, que sólo el apagado del interruptor no basta para acreditar que la bocatoma 2 no está siendo utilizada. En este sentido, la propuesta de desconexión de equipos de bombeo es más consistente como medio de verificación.

- **N° Identificador N°13:**

Se sugiere modificar el medio de verificación por fotografías certificadas ante notario, las que deberán ser presentadas bimestralmente.

II. SEÑALAR que la empresa, debe presentar un **programa de cumplimiento refundido**, que incluya las observaciones consignadas en el resuelto precedente, junto con documentos requeridos en el presente acto administrativo. Asimismo, la empresa deberá **actualizar el cronograma** presentado según las observaciones previamente indicadas (agregando las acciones que ya iniciaron su ejecución y que son de cumplimiento permanente). En caso que la empresa no cumpla cabalmente y dentro del plazo señalado anteriormente, las exigencias indicadas en los literales anteriores, el programa de cumplimiento podrá ser rechazado conforme a la normativa que regula dicho instrumento, y se continuará con el procedimiento sancionatorio.

III. TENER PRESENTE que el Programa de Cumplimiento entrará en vigencia en la fecha que fije esta Superintendencia del Medio Ambiente, una vez que estime cumplidas las observaciones señaladas en el resuelto primero y así lo declare mediante el correspondiente acto administrativo.

IV. NOTIFÍQUESE POR CARTA CERTIFICADA, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880 a Paolo Scotta, mientras que la empresa no fije otro domicilio, en Calle Los Militares N° 4290 Piso 8, Las Condes, Santiago y/o Av. Andrés Bello N° 2711, oficina 2402, Las Condes, Santiago

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y DÉSE CUMPLIMIENTO.

Marie Claude Plumer Bodin
Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Carta Certificada:

-Paolo Scotta, representante legal de Hidronalcas S.A., Calle Los Militares N° 4290 Piso 8, Las Condes, Santiago
-Paolo Scotta, representante legal de Hidronalcas S.A., Av. Andrés Bello N° 2711, oficina 2402, Las Condes, Santiago.

C.C.:

- Oficina Regional de Los Ríos
- División de Sanción y Cumplimiento, SMA
- Fiscalía, SMA