

# TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Boletín de Sentencias

---

Valdivia, julio de 2018

ISSN-2452-4530





BOLETÍN DE SENTENCIAS  
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

VOLUMEN I, AÑO 1  
VALDIVIA, JULIO DE 2018

---

El presente Boletín de Sentencias es una herramienta de difusión del trabajo del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental y no constituye una versión oficial de nuestros fallos. Las sentencias originales pueden ser descargadas desde el Sistema de Gestión de Causas del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental (causas.3ta.cl).

Los textos introductorios fueron elaborados por un comité editorial, y no representan necesariamente la opinión de los Ministros Integrantes del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental.

VALDIVIA, CHILE. ILUSTRE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL



Medioambiente. Fallos del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental.  
1<sup>RA</sup> Edición. - Valdivia; Julio de 2018

Diseño de Portada, Diagramación e Impresión por Agencia Ditecsur



Impreso en Valdivia, Chile. Printed in Chile

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.



# Sumario

|  |     |
|--|-----|
| <b>Prólogo</b> .....   | 5   |
| <b>Causa R-56-2017</b>   |     |
| “Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA con Servicio de Evaluación Ambiental”              |     |
| A. SÍNTESIS .....  | 7   |
| B. SENTENCIA .....   | 8   |
| <b>Causa R-57-2018</b>   |     |
| “Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA con Servicio de Evaluación Ambiental”              |     |
| A. SÍNTESIS .....  | 21  |
| B. SENTENCIA .....   | 22  |
| <b>Causa R-42-2016</b>   |     |
| “Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén y otros con Comité de Ministros”    |     |
| A. SÍNTESIS .....  | 35  |
| B. SENTENCIA .....   | 36  |
| <b>Causa R-53-2017</b>   |     |
| “Ricardo Durán Mococaín con Superintendencia del Medio Ambiente”                     |     |
| A. SÍNTESIS .....  | 61  |
| B. SENTENCIA .....   | 62  |
| <b>Causa R-59-2017</b>   |     |
| “Fábrica de Cemento comprimidos Génesis SpA con Superintendencia del Medio Ambiente” |     |
| A. SÍNTESIS .....  | 75  |
| B. SENTENCIA .....   | 75  |
| <b>Causa R-58-2017</b>   |     |
| “Ana Stipicic Escauriaza con Superintendencia del Medio Ambiente”                    |     |
| A. SÍNTESIS .....  | 81  |
| B. SENTENCIA .....   | 83  |
| <b>Causa R-55-2017</b>   |     |
| “Jean Jano Kourou y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Ríos”             |     |
| A. SÍNTESIS .....  | 91  |
| B. SENTENCIA .....   | 92  |
| <b>Causa D-23-2016</b>   |     |
| “Carlos Margozzini y otros con Jerman José Kuschel Pohl y otros”                     |     |
| A. SÍNTESIS .....  | 105 |
| B. SENTENCIA .....   | 106 |



## Prólogo

El Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en Valdivia, pone a disposición de la comunidad el presente Boletín de Sentencias, que reúne nuestra labor jurisdiccional del primer semestre del año 2018. Las sentencias aquí contenidas corresponden a reclamaciones y demandas (de reparación por daño ambiental), en causas que se tramitan desde la Región del Ñuble hasta la Región de Magallanes y la Antártica Chilena.

Esta herramienta está dirigida a toda la ciudadanía, y especialmente a los estudiantes de pre y postgrado de distintas disciplinas. Uno de nuestros objetivos es que los futuros profesionales conozcan aspectos relevantes de la justicia ambiental, se familiaricen con los criterios utilizados por el Tribunal y, finalmente, integren este nuevo conocimiento a sus procesos formativos, de manera de enriquecer el aporte que realizarán a la sociedad, desde cada uno de los roles que asuman en el futuro.

La institucionalidad ambiental en Chile es relativamente joven. Como Tribunal nos sumamos al objetivo de facilitar el acceso a esta justicia especializada, a través de diferentes herramientas que profundicen en el conocimiento de la misma.

Este Boletín permitirá no sólo conocer qué criterios utiliza el Tercer Tribunal Ambiental para resolver las controversias medioambientales que surgen en la macro zona sur del país; sino que también es una herramienta para que sus usuarios realicen un análisis crítico y reflexivo, con el objetivo de robustecer los pilares para el desarrollo sustentable de Chile.

Ilustre Tercer Tribunal Ambiental  
Valdivia, Chile.





# Causa R-56-2017

## “Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA con Servicio de Evaluación Ambiental”

### SÍNTESIS

#### 1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Cultivos Marinos Lago Yelcho Sociedad por Acciones (Lago Yelcho).
- Reclamado(s): Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

#### 2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

Lago Yelcho reclamó contra el rechazo de siete proyectos de centros de engorda de salmones, a instalarse cerca de la costa desde Punta Loncoyén hasta Punta Huezhui, Provincia de Valdivia, Región de los Ríos. La empresa alegó: i) que las resoluciones se habrían dictado fuera del plazo legal; ii) que se habría cumplido cabalmente las disposiciones del Reglamento Ambiental para la Acuicultura (RAMA); iii) que habría caracterizado correctamente el sitio de emplazamiento; y iv) que sus proyectos no afectarían significativamente el valor paisajístico en el lugar de emplazamiento.

Por los motivos expuestos, concluyó solicitando que el Tribunal anulara las resoluciones y dispusiera la calificación favorable de los proyectos.

En la sentencia, el Tribunal Ambiental consideró que las alegaciones no modificaban el rechazo a los proyectos, y resolvió el rechazo de la reclamación.

#### 3. Controversias

- Si el SEA habría dictado las resoluciones de rechazo fuera de plazo.
- Si Lago Yelcho habría cumplido el RAMA, con relación a la pérdida de estructuras y escape de peces de los proyectos.
- Si Lago Yelcho habría realizado una correcta Caracterización Preliminar del Sitio (CPS) y área de influencia, con relación a las variables oceanográficas de la zona de ubicación de los proyectos.
- Si se afectaría o no significativamente el valor paisajístico de la zona de ubicación de los proyectos.

#### 4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- Sobre el plazo de dictación de las resoluciones de rechazo, el Tribunal consideró que, habiéndose dictado fuera del plazo de 30 días, no debían ser anuladas.  
  
El Tribunal consideró que el vicio de nulidad alegado no era trascendente, grave ni esencial; y que tampoco causó perjuicio a la empresa. Incluso, Lago Yelcho pudo haber pedido que se declarara que había transcurrido el plazo para que el SEA resolviera (silencio administrativo negativo), lo que no hizo.
- Sobre el cumplimiento del RAMA, el Tribunal consideró que no es posible convencerse de que las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo presentados durante la tramitación ambiental estuvieran diseñadas de acuerdo a las condiciones o características

geográficas y oceanográficas del sitio de instalación, por lo que no era posible descartar la pérdida de estructuras y escape de peces.

- iii. Sobre la CPS y el área de influencia, consideró que Lago Yelcho confundió los conceptos durante la evaluación, siendo competente el SEA para resolver sobre la correcta determinación del área de influencia de los proyectos.

Para la determinación del área de influencia, el Tribunal resolvió que Lago Yelcho debió modelar en fase de sicigia (mayores velocidades de corriente respecto al promedio) y no en fase de cuadratura (menores velocidades de corriente respecto al promedio).

- iv. Sobre la afectación al valor paisajístico de la zona, el Tribunal sostuvo que los proyectos no afectarían significativamente el valor paisajístico de la zona, porque la Empresa modificó el impacto visual teórico, proponiendo la instalación de balsas-jaula sumergibles.
- v. El Tribunal resolvió el rechazo de la reclamación, porque los incumplimientos a la legislación ambiental confirmaban las RCA desfavorables. Además, eximió a Lago Yelcho de pagar los gastos del juicio. Valdivia, dos de enero de dos mil dieciocho.

## **SENTENCIA**

Valdivia, dos de enero de dos mil dieciocho

### **VISTOS:**

1. A fs. 1, con fecha 8 de agosto de 2017, CULTIVOS MARINOS LAGO YELCHO SpA, domiciliada vpara estos efectos en calle Urmeneta 305 oficina 404, comuna de Puerto Montt, X Región de Los Lagos -en adelante la «Reclamante», «Lago Yelcho SpA» o el «Proponente»-, interpuso recurso de reclamación en contra de las Resoluciones Exentas N° 693, 696, 697, 698, 699, 700 y 701 -en adelante «Resoluciones Reclamadas», dictadas con fecha 30 de junio de 2017, por la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, en adelante «Dirección Ejecutiva del SEA» o la «Reclamada». Estas Resoluciones Reclamadas rechazaron los recursos de reclamación presentados previamente por Lago Yelcho SpA en contra de las Resoluciones Exentas N° 99, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 -en adelante las «RCA»- todas dictadas por la Comisión de Evaluación de la XIV Región de Los Ríos -en adelante «COEVA de Los Ríos»- que calificaron ambientalmente desfavorable las Declaraciones de Impacto Ambiental -en adelante «DIA»- de los proyectos —en adelante «Proyectos»—:
  - «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Chanchan, PERT N°210141021»;
  - «Centro de Engorda de Salmonídeos Oeste de Punta Cárcamo, PERT N°210141011»;
  - «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Piedra Blanco, PERT N°210141023»;
  - «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Chanchan, PERT N°210141022»;
  - «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Huezhui, PERT N°210141020»;
  - «Centro de Engorda de Salmonídeos Noroeste de Punta Loncoyen, PERT N°210141012»; y
  - «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Huezhui, PERT N°210141019».

### **A. Antecedentes del acto administrativo reclamado**

2. Que, de los antecedentes administrativos presentados en estos autos por la Dirección Ejecutiva del SEA, consta que:
  - a) Con fecha 5 de noviembre de 2015, Lago Yelcho SpA ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental las DIA de los Proyectos.
  - b) Mediante Resoluciones Exentas N°79 y 80, de fecha 10 de noviembre de 2015; N° 82, 83 y 84, de fecha 11 de noviembre de 2015; y N° 86 y 87, de fecha 12 de noviembre de 2015, la COEVA de Los Ríos acogió a trámite las DIA de los Proyectos.

- c) Con fecha 19 de diciembre de 2016, el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental emitió los Informes Consolidados de Evaluación -en adelante «ICE»- mediante los que recomendó rechazar las DIA de los Proyectos.
- d) Mediante las RCA de fecha 27 de diciembre de 2016, la COEVA de Los Ríos calificó desfavorablemente las DIA de los Proyectos.
- e) Con fecha 1 de febrero de 2017, Lago Yelcho SpA dedujo recursos de reclamación ante el Director Ejecutivo del SEA, los que fueron rechazados por las Resoluciones Reclamadas.

## **B. Antecedentes del proceso de reclamación**

- 3. A fs. 1 y ss., con fecha 8 de agosto de 2017, la Reclamante interpuso recurso de reclamación (art. 20 de la ley N° 19.300 y art. 17 N° 5 de la ley N° 20.600).
- 4. De fs. 19 a fs. 273, consta que Lago Yelcho SpA acompañó documentos.
- 5. A fs. 277, con fecha 9 de agosto de 2017, el Tribunal declaró admisible la reclamación y se ordenó a la Dirección Ejecutiva del SEA que informara. Además, rechazó la solicitud de suspensión del procedimiento judicial y dejó para sentencia definitiva la resolución de la excepción de nulidad opuesta.
- 6. A fs. 286 y ss., con fecha 30 de agosto de 2017, la Dirección Ejecutiva del SEA presentó el informe requerido y acompañó copia autenticada de los expedientes administrativos, que rolan de fs. 337 a fs. 18962.
- 7. A fs. 18964, con fecha 14 de septiembre de 2017, Lago Yelcho SpA solicitó tener por acompañado un informe donde se compara el tratamiento que el SEA ha tenido para aprobar proyectos de acuicultura mar adentro en la IV Región de Coquimbo, con el caso de autos.
- 8. A fs. 18984, con fecha 26 de septiembre de 2017, se ordenó traer autos en relación.
- 9. A fs. 18985, con fecha 10 de octubre de 2017, Lago Yelcho SpA acompañó un informe que acreditaría que el efecto paisajístico causado por los proyectos no es significativo.
- 10. A fs. 19048, con fecha 8 de noviembre de 2017, se fijó audiencia de alegatos para 16 de noviembre de 2017, a las 10:00. Sin embargo, a fs. 19049, Lago Yelcho SpA solicitó suspender la referida audiencia, por estar configurada la causal del art. 165 N° 6 del Código de Procedimiento Civil. El tribunal accedió a la solicitud, a fs. 19053.
- 11. A fs. 19054, con fecha 14 de noviembre de 2017, se fijó audiencia, la que se llevó a efecto el día 28 de noviembre de 2017, a las 10:00, como consta en Acta de instalación de fs. 19061 y certificado de alegatos de fs. 19063.
- 12. A fs. 19064, con fecha 28 de noviembre de 2017, la presente causa quedó en acuerdo; y a fs. 19065 se designó redactor al Ministro Sr. Michael Hantke Domas.

## **CONSIDERANDO:**

**Primero.** Que, Lago Yelcho SpA solicita al Tribunal ordene al SEA volver a dictar la Resoluciones Reclamadas, esta vez por un reemplazante no inhabilitado del Director Ejecutivo del SEA, o que se califique favorablemente sus siete Proyectos de Centro de Engorda de Salmonídeos que pretende ubicar en diversas localizaciones, todos cercanos a la costa que de sur a norte va desde Punta Loncoyén hasta Punta Huezhui, Provincia de Valdivia, XIV Región de los Ríos, aunque en mar expuesto.

A juicio de Lago Yelcho SpA, las Resoluciones Reclamadas adolecen de varios vicios. Primero, la Dirección Ejecutiva del SEA habría dictado las Resoluciones Reclamadas fuera del plazo fatal dispuesto por la ley. Segundo, que contrario a lo determinado por la Dirección Ejecutiva del SEA, los Proyectos si acreditaron el cumplimiento del Reglamento Ambiental para la Acuicultura -en adelante el «RAMA»- en lo referente a la disposición de módulos y sistemas de fondeo en condiciones de seguridad y caracterización de las variables oceanográficas de los lugares de emplazamientos. Tercero, que también acreditó el cumplimiento de la normativa ambiental con relación a la no afectación significativa del valor paisajístico. Por último, solicita la condena en costas a la Dirección Ejecutiva del SEA. Por SU parte, la Dirección Ejecutiva del SEA informó que las Resoluciones Reclamadas fueron dictadas en conformidad a la normativa vigente, por lo que solicitó el rechazo de la

reclamación. De esta forma, primero, sostuvo que aunque dictó las Resoluciones Reclamadas fuera de plazo, éste término no es fatal. Segundo, que Lago Yelcho SpA no acreditó el cumplimiento del RAMA en lo referente a la disposición de módulos y sistemas de fondeo en condiciones de seguridad y caracterización de las variables oceanográficas de los lugares de emplazamientos, ni determinó adecuadamente el área de influencia. Tercero, que el Proponente tampoco proporcionó información suficiente para descartar la no afectación significativa del valor paisajístico. Solicita además la condena en costas a Lago Yelcho SpA.

### C. Alegaciones de las partes

**Segundo.** Que Lago Yelcho SpA señaló:

- a) Las Resoluciones Reclamadas fueron dictadas en contravención a lo dispuesto en el art. 20 de la ley N° 19.300, en adelante «LBGMA», esto es, por haber transcurrido más de 30 días del plazo fatal impuesto por la ley para la resolución del recurso de reclamación interpuesto. Indicó que éstas fueron resueltas a los 148 días de presentado el recurso, lo que implicaría una infracción de ley y por lo tanto se solicita la nulidad de las resoluciones. Además, justificó la competencia del Tribunal para conocer de esta clase de excepciones en que a ley no distingue si sólo se pueden efectuar alegaciones de fondo, sino que se permite discutir la legalidad del acto, haciéndolas valer como de previo y especial pronunciamiento.

- b) Respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces, sostuvo que demostró que cumplió con lo previsto en el art. 4 letra e) del RAMA, en lo referente a disponer de módulos y sistemas de fondeo en condiciones de seguridad apropiadas a las características del sector a objeto de prevenir el escape de peces. Esto fue acreditado en Adenda complementaria en que presentó el sistema de cultivo con balsas-jaulas circulares sumergibles, a la que acompañó ficha técnica. En sede de reclamo administrativo, además, acompañó certificado del fabricante en que se acreditó la aptitud de dicho sistema para contener peces en cultivo.

Agregó que el citado artículo indica únicamente que Lago Yelcho SpA debe «Disponer de módulos de cultivo y fondeo que presenten condiciones de seguridad apropiadas a las características geográficas y oceanográficas del sitio concesionado, para prevenir el escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o desprendimiento o pérdida de recursos exóticos en cultivos extensivos [...]». Añadió que el diseño debe prevenir el escape de peces, no implica que éste evite de forma absoluta que no ocurra dicho suceso, pues dada la posibilidad de que ocurran escapes es que existen los planes de contingencia previstos en el art. 5 del RAMA. De esta manera, indicó que la norma exige una resistencia mínima de las instalaciones que asegure razonablemente que no colapsará o escaparán peces, solo en circunstancias extraordinarias.

Añadió que en un caso similar, como sería el del proyecto «Cultivo de dorados Seriola Lalandi, Pert N° 205042007», aprobado por Resolución Exenta N° 17 de 2014, de la COEVA de la IV Región de Coquimbo, en donde existirían a su juicio similares características de emplazamiento, no se hizo una exigencia tan estricta, no justificándose una razón diversa para su situación en particular.

- c) Respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento del proyecto sostuvo que, de acuerdo al art. 4 letra e) del RAMA, es la Subsecretaría de Pesca -en adelante «SUBPESCA»- quien, con informe del Ministerio del Medio Ambiente, debe establecer la metodología para el levantamiento de información, procesamiento y cálculos del estudio de ingeniería, así como las especificaciones técnicas de las estructuras de cultivo, mediante una resolución que aún no se dicta.

Sin perjuicio de lo anterior, Lago Yelcho SpA señaló que el art. 87 de la Ley General de Pesca y Acuicultura -en adelante «LGPA»- establece que la calificación ambiental del proyecto corresponde a la Caracterización Preliminar del Sitio -en adelante «CPS»-, que es la única que regula, en el ámbito de la acuicultura, los parámetros de determinación de las características del sitio de emplazamiento del proyecto. Sostuvo que el art. 15 del RAMA contiene los elementos de la CPS que deben ser considerados por la SUBPESCA para evaluar ambientalmente un proyecto y otorgar el correspondiente Permiso Ambiental Sectorial -en adelante «PAS»- mientras que el art. 16 del mismo reglamento se remite a la ya citada Res. Ex. N° 3612 de 2009 de la SUBPESCA. En conclusión, adujo que sólo la SUBPESCA define los parámetros para la CPS, no pudiendo el

SEA exigirle a los titulares de proyectos de acuicultura parámetros no contemplados en la CPS ni tampoco metodologías que no estén expresamente reguladas para tal instrumento.

Agregó Lago Yelcho SpA que acompañó los antecedentes relacionados con la modelación de aporte de alimentos no consumido y fecas que serían generados por cada uno de los proyectos, por medio del software DEPOMOD, herramienta que ha sido aceptada por la autoridad para evaluar otros proyectos de similar tipología, en otras regiones del país, utilizando solo los datos obtenidos de la CPS, como es la correntometría euleriana de 24 horas en cuadratura, situación que representa el periodo de menor circulación o menores corrientes.

Añadió que la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de la SUBPESCA, establece que se debe realizar la CPS para determinar si el área de sedimentación corresponde a un área erosiva o a un área de depósito. De los resultados obtenidos de la modelación, y acompañados en el procedimiento de evaluación ambiental, se determinó que el aporte de alimentos no consumido y fecas se encontraba bajo los módulos de cultivo en valores aceptables si se comparan con otros proyectos de similar tipología evaluados favorablemente en el SEA.

A pesar de lo anterior, en el Informe Consolidado de Aclaración, Rectificación y Ampliación -en adelante «ICSARA»- N° 1 se habría determinado que se debía descartar todos los datos acompañados en el anexo 11 de las DIAs y realizar un nuevo estudio de corrientes marinas por 30 días. Añadió que tal solicitud se basa un informe elaborado por el Instituto de Fomento Pesquero respecto de la modelación DEPOMOD, que recomienda contar con el máximo de detalle respecto de las condiciones ambientales, para lo que sería suficiente contar con 30 días de datos hidrográficos. Sostuvo que la exigencia de realizar una correntometría de 30 días en modelación DEPOMOD superó los márgenes que las normas legales y reglamentarias han fijado para la evaluación ambiental de los proyectos de acuicultura. Añadió que los resultados de la modelación obtenidos de la Correntometría Euleriana de 24 horas adjuntado en el anexo 11 de la DIA y que ha sido aceptado para aprobar favorablemente en otras regiones del país proyectos de la misma tipología, son suficientes; y que los resultados del informe complementario de aumento de velocidades fueron obtenidos respecto de proyectos de acuicultura ubicados en canales, estrechos o zonas de menos movimiento de corrientes marinas, por tanto con una dispersión mucho menor a las de los proyectos propuestos.

Por último, agregó que una vez otorgada la concesión, el titular debe realizar todas las mediciones y estudios oceanográficos necesarios para los cálculos e ingeniería de fondeo e ingeniería de detalle, que determinarán las estructuras definitivas del proyecto. En su opinión, la solicitud y necesidad de dichas mediciones serán pertinentes en la fase de pre-ejecución del proyecto y no en etapa de evaluación ambiental, configurando entonces una exigencia que va más allá de la normativa de evaluación.

- d) Respecto a la posible afectación del valor paisajístico, sostuvo que el único argumento que utilizó la Dirección Ejecutiva del SEA es que no se habrían presentado antecedentes necesarios para justificar que no se generan impactos sobre el valor paisajístico. Sin embargo, de la lectura de los Of. Ord. N° 133, 130, 135, 131 y 131, todos de fecha 11 de julio de 2016, del Servicio Nacional de Turismo -en adelante «SERNATUR»- de la XIV Región de Los Ríos, consta que éste organismo se manifestó conforme con los Proyectos. Además, como durante la evaluación el proyecto fue modificado para instalar balsas-jaula sumergibles, su eventual impacto visual disminuyó significativamente. Añade que se realizaron análisis de visibilidad y simulación en 3D para descartar los efectos sobre el valor paisajístico, concluyendo que la distancia desde el polígono a la costa en muchos casos hacía imperceptible las estructuras por un observador.

### **Tercero.**

Que la Dirección Ejecutiva del SEA en su informe, en síntesis, señaló:

- a) Respecto de la excepción de nulidad interpuesta indicó que el plazo regulado en el art. 20 LBGMA no es fatal. Añadió que ante el incumplimiento del plazo legal por parte de la Administración, el particular debe solicitar que se resuelva el procedimiento o la aplicación del silencio administrativo. También sostuvo que la doctrina es conteste en afirmar que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus funciones, siendo válida la ejecución extemporánea, y además que ello concuerda con el principio de conservación del acto, no pudiendo cualquier vicio anular el acto en la medida que no sea de gravedad o trascendencia, siendo por tanto la

nulidad un remedio excepcional que procede ante vicios graves y esenciales. Ello no se produce en el incumplimiento del plazo, dado que no tiene carácter de fatal.

- b) Respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces, indicó que el SEA exigió que se acreditara el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, como lo es art. 4 letra e) del RAMA, de la forma que esa misma norma lo exige, pero Lago Yelcho SpA presentó información incompleta, lo que impidió tal comprobación.

Añadió que en cada ICSARA complementario, la autoridad ambiental señaló sobre el Anexo N° 2 de la Adenda N°1, en lo relativo a las variables ambientales que inciden en el diseño del sistema de fondeo, que los datos utilizados carecen de sustento, pues no se especifica su origen ni representatividad de las características locales del lugar de emplazamiento del proyecto. El motivo de dicha solicitud es que las características del sector de emplazamiento de los Proyectos son distintas a aquellas en que habitualmente se instalan este tipo de estructuras, a saber, en aguas protegidas como bahías, puertos y fiordos; por tanto, resulta imprescindible conocer las condiciones basales en el área de emplazamiento del proyecto para las componentes de viento, altura de ola y corriente, para lo cual solicitó expresamente presentar: i) estudio de viento del área de emplazamiento del proyecto, con datos validados por la estación meteorológica más próxima; ii) estudio de olas que permita determinar el clima de oleaje operacional y oleaje de diseño en el sitio de interés del proyecto, y iii) valor de corrientes, dado que los proyectos se ubicarán en un sitio expuesto, las estructuras de cultivo se comportarán de manera distinta a las ubicadas en fiordos y canales, por lo que deben calcularse las variables de manera estricta. Además, señaló que en cada ICSARA complementario solicitó que Lago Yelcho SpA presentara nuevamente el proyecto de ingeniería que permitiese acreditar el cumplimiento del citado art. 4 letra e) del RAMA.

Al respecto, indicó que Lago Yelcho SpA siempre respondió que el respectivo estudio sería realizado y presentado para su evaluación con posterioridad en el marco del otorgamiento, por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, de la respectiva concesión de acuicultura. Además, indicó que adjuntó en el Anexo 2 de todas las Adendas complementarias, i) respecto del estudio de vientos, un Informe de Vientos elaborado con datos obtenidos de la web *Windfinder*; ii) respecto del estudio de olas, presentó un informe de olas, utilizando de manera referencial los valores de altura y periodo de la ola registrados durante un mes extraídos de la web *Windfinder*, y reiteró que éste será realizado y presentado en detalle para su evaluación para otorgamiento de la concesión de acuicultura; y iii) no presentó el proyecto de ingeniería solicitado, sino que informó que modificaría las estructuras de cultivo de balsas-jaulas metálicas cuadradas a circulares plásticas sumergibles, afirmando que daría mayor seguridad al personal y protegería las estructuras de cultivo ante condiciones climáticas adversas; que cada una contaría con una malla pecera metálica en función de malla lobera y con ello se minimizaría el ataque y rotura de la malla por parte de mamíferos marinos; y que la Memoria de Cálculo de Fondeo de cada Anexo N° 1 sería complementada con los respectivos estudios oceanográficos, una vez obtenida la concesión de acuicultura.

Dado lo anterior, la Dirección Ejecutiva del SEA indicó que la SUBPESCA señaló que el tipo de estructuras de cultivo propuestas en los Proyectos es diferente a las utilizadas actualmente por la industria salmonera, razón por la cual la información aportada no era suficiente para asegurar el cumplimiento de condiciones de seguridad frente a condiciones adversas; además que los datos de olas y vientos fue obtenida de la web *Windfinder*, que es un servicio de información meteorológica gratuita para quienes practican actividades recreativas relacionadas con el viento, por lo que no es información confiable para determinar el montaje de un centro de cultivo.

Añadió que la SUBPESCA determinó que la Memoria de Cálculo de Fondeo contempló una errada metodología de análisis de las fuerzas ambientales involucradas, a saber viento, olas y corrientes, porque Lago Yelcho SpA no abordó de manera adecuada los estudios pertinentes ni midió los datos oceanográficos *in situ*; sino que fueron extraídos de una tabla subjetiva como lo es la Escala de *Beaufort* para el caso de vientos y olas, mientras que para el caso de corrientes no se supo la procedencia y calidad de los datos.

En conclusión, desde un punto de vista probatorio, señaló que Lago Yelcho SpA no acreditó el cumplimiento del art. 4, letra e) del RAMA, por lo que no era posible determinar que las



condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo estuvieran diseñadas de acuerdo a las condiciones o características geográficas y oceanográficas del sitio donde se pretendían instalar.

- c) Respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento de los Proyectos, la Dirección Ejecutiva del SEA indicó que existía una confusión por Lago Yelcho SpA entre la CPS y la determinación del área de influencia del Proyecto.

En ese sentido, sostuvo que en el acápite 6.15.6 de las DIA, Lago Yelcho SpA acompañó antecedentes relacionados con la modelación con software DEPOMOD del aporte de alimento no consumido y fecas que generarán los centros de engorda, cuantificando la tasa de Carbono Orgánico Total que se depositaría sobre el sedimento marino, así como también entregó el cálculo de la futura disponibilidad y demanda de oxígeno. Añadió que en el acápite 3.2.1.1 del informe Análisis de Información Geográfica Sectorial y Modelación con DEPOMOD, del Anexo 11 de las DIA, se indicó que los valores de corrientes se determinaron en base al área que cubre las mallas de cultivo y el área del fondo, tratando de cubrir la mayor longitud de la columna de agua, según correntometría realizada, modelado con los datos de corriente obtenidos según directrices de las metodologías de confección de CPS, bajo la aplicación de la Res. Ex. N° 3612 de 2009 de SUBPESCA. Esto es, con un mínimo de 24 horas en periodo de cuadratura, que es el periodo de menor circulación o menores corrientes, lo que para efectos de la modelación determinará el peor escenario de dispersión.

Agregó que Lago Yelcho SpA, en el mismo Anexo 11 de las respectivas DIA, también entregó un informe denominado «Análisis de Velocidad de Corrientes en Fases Mareales de Sicigias respecto a Cuadraturas en Estudios de Corrientes de 30 días, en las regiones de Los Lagos, Aysén y Magallanes. Modelación en DEPOMOD en sicigia», cuyo objetivo era sensibilizar las corrientes de fase lunar de cuadratura para simular escenarios oceanográficos desfavorables, para lo cual determinó el porcentaje de las corrientes en fase de cuadratura que aumentarían en fase de sicigia. La Dirección Ejecutiva del SEA señaló que la metodología de dicho estudio consistió, fundamentalmente, en analizar 11 mediciones de corrientes de 30 días aproximadamente realizados para distintas empresas en las regiones de Los Lagos, de Aysén y de Magallanes, entre los años 2007 y 2014. A partir de éstas, el Proponente realizó cálculos para determinar un factor de ajuste, que cifró en 20%, el que aplicó a los datos de corrientes obtenidos de la medición realizada en la CPS durante cuadratura en el sector Norte de Punta Chungungo, Comuna de Valdivia, XIV Región de los Ríos. Luego de esto, Lago Yelcho SpA realizó una modelación de dispersión con el software DEPOMOD utilizando las velocidades de corrientes de cuadratura aumentadas en el ya señalado 20%, en dirección Este, es decir, hacia el sector en que se emplaza el Área de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos -en adelante «AMERB»- Punta Quemada, cercano al Proyecto, obteniendo como resultado que la depositación de carbono total no llega ni se superpone a ésta.

Añadió la Dirección Ejecutiva del SEA que, en cuanto al área de influencia del proyecto, Lago Yelcho SpA la definió como: *«el área cercana o próxima al área correspondiente a la concesión de acuicultura, con sus respectivas estructuras y sistemas de fondeo más la superficie comprendida producto de la dispersión de la pluma de aporte de alimento no consumido y fecas de los salmónidos»*.

La Dirección Ejecutiva del SEA afirmó que, a pesar que Lago Yelcho SpA argumentó en el proceso de evaluación ambiental que los Proyectos no generarían los efectos del art. 11 LBGMA, debido a que los resultados de la modelación DEPOMOD del Proponente no proyectaban un área de influencia submareal fuera de los límites de las áreas de emplazamiento de las estructuras, ese servicio no fue convencido de dicha afirmación.

Al respecto, indicó que SUBPESCA señaló que no pudo corroborar lo afirmado por Lago Yelcho SpA, pues éste sustentó su análisis utilizando la modelación DEPOMOD usando sólo información de correntometría de fase de cuadratura medida durante 24 horas; es decir, en la condición de menor circulación o dispersión. La Dirección Ejecutiva del SEA señaló que en ausencia de información oceanográfica completa, en particular la correntometría en el momento de mayor circulación, en fase de sicigia, y por ende con mayor dispersión, no era posible recrear los escenarios de dispersión. El Servicio indicó que por lo anterior, SUBPESCA

requirió reiteradamente que Lago Yelcho SpA presentase una información oceanográfica, en forma de correntometría de al menos 30 días de duración, la cual contiene la información de los momentos en un mes con mayor y menor dinámica de circulación y, por ende, con mayor y menor dispersión, para conocer si había impacto sobre los recursos biológicos del AMERB cercana. Entonces, se concluyó que Lago Yelcho SpA no entregó información oceanográfica suficiente para una modelación precisa de la dispersión, lo cual era de suma relevancia considerando que los Proyectos se emplazarían en un área de alta diversidad marina, representada principalmente por otáridos y mustélidos y que, además, de forma temporal se habría observado el desplazamiento de cetáceos, por lo que no sería posible descartar la generación de alguno de los efectos, características o circunstancia del art. 11 LBGMA.

Añadió la Dirección Ejecutiva del SEA que la Gobernación Marítima de Valdivia se pronunció de similar manera durante el proceso de evaluación de todos los proyectos, señalando que el estudio de velocidad de corrientes presentado mediante la recopilación de mediciones de 30 días en las regiones de Los Lagos, Aysén y Magallanes *«[...] no es una herramienta viable, debido a que citados sectores son de aguas interiores (canales y fiordos) y el proyecto está considerado en costa expuesta»*. Por esta razón, solicitó a Lago Yelcho SpA la realización de las mediciones de las variables oceanográficas in situ, con el fin de confirmar si el depósito de Carbono Total, considerando velocidades de corrientes de sicigia y direcciones hacia el Este, no llega ni se superpone al AMERB cercana al proyecto. Ante la respuesta de Lago Yelcho SpA, dicho organismo concluye que ésta no entregó nuevos antecedentes.

Por lo anterior, la Dirección Ejecutiva del SEA sostuvo que Lago Yelcho SpA confundía los conceptos de área de influencia del proyecto y CPS, pues éste considera que para obtener la resolución de calificación ambiental basta con acreditar el cumplimiento del RAMA respecto a la CPS e INFRA, requeridos para el otorgamiento del PAS N° 116, sin que el SEA pueda establecer nuevas exigencias respecto a correntometrías de 30 días. En ese sentido, sostuvo que si bien para el otorgamiento del PAS N° 116, por disposición expresa del art. 116 del D.S. N° 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente -en adelante «RSEIA»- se debe cumplir sólo con lo dispuesto en el RAMA y en la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de SUBPESCA, ello no implica que el SEA, sobre la base de lo indicado por los organismos sectoriales, no pueda establecer las exigencias necesarias para la determinación del área de influencia, y para el descarte de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19300, en adelante «LBGMA».

Agregó que el área de influencia es crucial para la evaluación ambiental, tal como lo define el art. 2, letra a) LBGMA, y el art. 19, letras b.i, y el art. 18, letra d) RSEIA. En cambio, el art. 20, letra e) del RAMA, indica que la CPS contiene los antecedentes ambientales del área que se solicitado en concesión, tal como se desprende del numeral 8 de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de SUBPESCA, y por tanto, para la CPS se prioriza la zona de concentración de la materia orgánica generada por un proyecto, es decir, se evalúa la peor condición respecto del depósito de biosólidos. En cambio, el área de influencia del proyecto es aquella área donde se podrían generar alguno de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA, de manera que es donde Lago Yelcho SpA debe demostrar la no generación de aquellos, independiente de su concentración.

Entonces, concluyó que para la CPS se evalúa ambientalmente la peor condición de dispersión de los biosólidos generados, con lo que es suficiente modelar en fase de cuadratura, ya que se estarían considerando las menores velocidades de corrientes en relación al promedio; pero para determinar el área de influencia, se debe modelar en fase de sicigia, puesto que se estarían considerando las mayores velocidades de corriente respecto al promedio y, por lo tanto, se obtendría la máxima área de dispersión de biosólidos, independiente de su concentración.

Por último, respecto a las aprobaciones ambientales anteriores en las cuales fue admisible presentar CPS con correntometría de 24 horas, indicó que estas deben efectuarse dependiendo del emplazamiento de cada proyecto, por lo que la Administración no está obligada a resolver de la misma forma todos los casos, y que no aplica tampoco el principio de confianza legítima.

- d) Respecto de la afectación significativa del valor paisajístico indicó que, de acuerdo a lo dispuesto en la letra b) del art. 12 bis LBGMA, es obligación de Lago Yelcho SpA acompañar *«Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o*



*circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental*». Agregó que Lago Yelcho SpA entregó en Anexo 9 de las DIA, el Informe «Análisis del Valor Paisajístico y Turístico», el cual concluyó que la solicitud de concesión no impactará negativamente sobre los destinos y rutas turísticas utilizadas en la XIV Región de Los Ríos.

La Dirección Ejecutiva del SEA indicó que, sin perjuicio de tal conclusión de Lago Yelcho SpA, en los ICSARA N° 1 de los Proyectos, se solicitó ampliar la información presentada en el Anexo 9 de la DIA, realizando un análisis completo desde tierra hacia el mar, y ampliar el catastro de atractivos turísticos naturales y culturales en el área de influencia directa del proyecto, considerando un radio de hasta 3.000 m alrededor del área de concesión. Si bien Lago Yelcho SpA en todas sus Adendas N° 1 adjuntó la información solicitada, el SEA en cada uno de los ICE, así como la COEVA de Los Ríos, estimaron que no se entregó información necesaria para descartar fundadamente la no generación de los efectos, características y circunstancias del art. 11 letra e) LBGMA Lo anterior, por cuanto las modificaciones planteadas por Lago Yelcho SpA al sistema de cultivo presentadas en las Adenda complementarias, contenían una variación significativa del diseño de las estructuras y las redes a utilizar, como asimismo, de la distribución espacial de las balsas jaulas al interior de la concesión solicitada, siendo necesario un nuevo análisis de visibilidad y del valor paisajístico de la zona.

No obstante, reconoce la Dirección Ejecutiva del SEA que los proyectos «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Chanchan, PERT N°210141021», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Piedra Blanco, PERT N°210141023», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Chanchan, PERT N°210141022», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Huezhui, PERT N°210141020», y «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Huezhui, PERT N°210141019», tienen pronunciamiento conforme del SERNATUR; pero destacó que estos eran de fecha previa a la presentación de las Adenda complementarias de tales proyectos, donde se introdujeron las modificaciones al proyecto, por lo cual dicho organismo no contó con los nuevos antecedentes necesarios para analizar la posible afectación al valor paisajístico. Además indicó que los pronunciamientos sectoriales, según el art. 38 de la ley N° 19880, eran facultativos y no vinculantes.

En cambio, para los proyectos «Centro de Engorda de Salmonídeos Oeste de Punta Cárcamo, PERT N°210141011», y «Centro de Engorda de Salmonídeos Noroeste de Punta Loncoyen, PERT N°210141012», el SERNATUR se pronunció inconforme, pues el lugar de emplazamiento correspondería a un sector marino inmediatamente aledaño a la denominada «Ruta del Mar-Circuito Selva Valdiviana» en la ruta T-352, cuya señalética turística fue implementada por la Dirección Nacional de Vialidad y el SERNATUR en enero del año 2013, para dar al trazado valor turístico y paisajístico, el cual logre unir la tradición histórica de los fuertes, las playas, la naturaleza y los bosques milenarios de alerce presentes en la zona costera de la XIV Región de Los Ríos.

## **II. Determinación de las controversias**

**Cuarto.** Que analizadas las alegaciones y defensas de las partes, el Tribunal estima que las controversias son las que se indican a continuación, las que para un adecuado desarrollo de la sentencia, se ordenarán del siguiente modo:

1. Excepción de nulidad de las Resoluciones Reclamadas por incumplimiento del plazo fatal para su dictación.
2. Acreditación del cumplimiento del art. 4 letra e) del RAMA respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces.
3. Acreditación de la correcta determinación de la CPS y del área de influencia, respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento.
4. Cumplimiento del art. 12 bis letra b) LBGMA.

## 1. Excepción de nulidad de las Resoluciones Reclamadas por incumplimiento del plazo fatal para su dictación

**Quinto.** Que, a este respecto, la doctrina nacional ha sostenido que «*la regla general es que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus obligaciones, aun cuando la ley los fije determinadamente y que [...] los actos de ejecución extemporánea de dichas obligaciones son válidos*» (CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2da Edición, Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 391-392).

También se ha sostenido que, en virtud del principio de conservación de los actos administrativos, los vicios e ilegalidades de éste no generan su nulidad en tanto no sean trascendentes, graves y esenciales (BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, 3ra Edición, 2014, Chile).

Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha determinado en relación con dicho principio que la nulidad solo será procedente «*si el vicio es grave y esencial*», y que «*no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados*» (Sentencia de 10 de diciembre de 2014, Rol N° 16.706 2014, c. 16°).

**Sexto.** Que, estos sentenciadores son de la opinión que el incumplimiento del plazo establecido en el art. 20 LBGMA no genera como efecto la nulidad del acto. Esto es así, a juicio de estos sentenciadores, no sólo porque el incumplimiento del plazo no constituye un vicio trascendente, grave y esencial, que acarree la nulidad del acto administrativo impugnado, sino porque este incumplimiento no le ha causado ningún perjuicio al Reclamante. En efecto, de haber sido el caso contrario, Lago Yelcho SpA habría ejercido su derecho a pedir que se certificara que su solicitud no había sido resuelta dentro del plazo legal, conforme lo consagra el art. 65 de la ley N° 19880. Aún más, el abogado del Reclamante, al ser consultado durante su alegato por el Tribunal sobre la razón de no haber ejercido este derecho, este indicó que no quisieron hacerlo a la espera de un pronunciamiento favorable. Esto grafica que el perjuicio alegado no es tal, sino que se cuestiona solamente por ser desfavorable el pronunciamiento y no por inoportuno.

No existiendo nulidad sin perjuicio, y no habiendo solicitado el silencio negativo, teniendo la carga procesal de hacerlo, no se hará lugar a la nulidad promovida, y así se declarará en lo resolutive.

## 2. Acreditación o no del cumplimiento del art. 4 letra e) del RAMA respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces

**Séptimo.** Que, el Tribunal coincide con la Dirección Ejecutiva del SEA en que la exigencia de información adicional hecha en el ICSARA complementario de los Proyectos, algo que no controvierte Lago Yelcho SpA, tuvo como fundamento comprender a cabalidad las características locales del lugar de emplazamiento de los Proyectos; que eran distintas a aquellas en que habitualmente se habían instalado este tipo de estructuras, a saber, ubicadas en lugares de aguas protegidas como bahías, puertos y fiordos (aguas protegidas).

**Octavo.** Que, en ese sentido, estos sentenciadores sostienen que es ajustado a derecho que se exija más evidencia para que la Administración pueda convencerse que se cumple la normativa ambiental aplicable, en el ejercicio de su mandato legal.

Como sostuvo la Dirección Ejecutiva del SEA, dada la sensibilidad del área de emplazamiento de los proyectos y la falta de experiencia previa sobre instalaciones de acuicultura en mar abierto en el sur de Chile, se hizo imprescindible exigir la realización de un levantamiento de las condiciones basales en el área de emplazamiento de los Proyectos para las componentes de viento, altura de ola y corriente, con información levantada *in situ*. Como se indicó, el motivo de dicha solicitud es que las características del sector de emplazamiento de los Proyectos eran distintas a aquellas en que habitualmente se habían instalado este tipo de estructuras, a saber, en aguas protegidas como bahías, puertos y fiordos. Por tanto, a juicio del Tribunal resultaba imprescindible conocer las condiciones basales en el área de emplazamiento de los proyectos, pues dado que éstos se iban a ubicar en mar abierto, las estructuras de cultivo se podrían comportar de manera distinta a las ubicadas en fiordos y canales, por lo que debían calcularse estas variables de manera estricta.

Adicionalmente, la Administración solicitó lícitamente una nueva presentación del proyecto de ingeniería que permita acreditar el cumplimiento del citado art. 4 letra e) del RAMA.

**Noveno.** Que, si bien es cierto que, tal como indica Lago Yelcho SpA en cada Adenda complementaria, el estudio solicitado por la Administración también debía realizarse y presentarse para la evaluación del otorgamiento por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas de la concesión de acuicultura, aquello no obsta al

cumplimiento -durante el procedimiento de evaluación ambiental- de la normativa ambiental aplicable en los términos exigidos en el art. 4 letra e) del RAMA.

**Décimo.** Que, en las Adenda complementarias, Lago Yelcho SpA no sólo no acompañó el medio de prueba que el mismo RAMA exige, sino que acompañó una Memoria de Cálculo de Fondeo, e informes de vientos y olas, poblados con datos para la zona obtenidos de la página web *Windfinder*, en lugar de ser obtenidos con información *in situ* y corroborada de la forma que solicitó el ICSARA complementario.

Por tanto, estos sentenciadores estiman que SUBPESCA no contó con los antecedentes necesarios para haberse convencido de que los Proyectos cumplían con la normativa ambiental aplicable. En particular, el tipo de estructuras de cultivo propuestas era diferente a las utilizadas tradicionalmente por la industria salmonera, razón por la cual la información aportada, tanto en la Memoria de Cálculo de Fondeo como en el Informe de Vientos, Olas y Corrientes, no fue suficiente para asegurar el cumplimiento de condiciones de seguridad frente a condiciones adversas.

**Undécimo.** Que, por tanto, este Tribunal considera que con la debilidad de la evidencia aportada por Lago Yelcho SpA durante la tramitación de los Proyectos, no era posible tener por acreditado el cumplimiento del art. 4 letra e) del RAMA. Esta conclusión se sostiene toda vez que no es posible convencerse aplicando el estándar probatorio de preponderancia de la prueba, que las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo estuvieron diseñados de acuerdo a las condiciones o características geográficas y oceanográficas del sitio donde se pretendía instalar el Proyecto. En ese sentido, el Tribunal concluye que el Director Ejecutivo del SEA actuó conforme a derecho y rechazará esta alegación.

### **3. Acreditación de la correcta determinación de la CPS y del área de influencia, respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento**

**Duodécimo.** Que, con relación a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento de los Proyectos, este Tribunal considera que, de no determinarse adecuadamente un área de influencia de un proyecto, no resultaría confiable la predicción acerca de la afectación o no de los recursos naturales renovables, ni tampoco podría predecirse algún otro de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA.

En esta línea, y tal como afirmó la Dirección Ejecutiva del SEA, su determinación estuvo justificada, y en caso alguno tuvo carácter arbitrario. A juicio de estos sentenciadores el emplazamiento del proyecto era en mar abierto, y los datos utilizados en la modelación correspondían a proyectos emplazados en fiordos y canales —aguas protegidas—, donde las corrientes tienen su origen, principalmente, en mareas y cambios de densidad. Adicionalmente, el área de influencia era sensible no solo por la localización cercana de un AMERB, sino por el fenómeno de surgencia costera.

**Decimotercero.** Que, además, el Tribunal coincide con la Dirección Ejecutiva del SEA en que Lago Yelcho SpA confunde los conceptos de área de influencia del Proyecto y CPS, pues la Reclamante consideró que bastaba con el cumplimiento del RAMA respecto a la CPS e INFA, requeridos para el otorgamiento del PAS N° 116. Esta interpretación resulta absurda, pues le resta competencias al SEA para establecer nuevas exigencias respecto a correntometrías de 30 días, durante la evaluación ambiental. La normativa reconoce la centralidad del área de influencia para la evaluación ambiental, tal como lo define el art. 2, letra a) LBGMA, y los arts. 19, letras b.1, y 18, letra d), del RSEIA.

En tanto, el art. 2°, letra e) del RAMA, indica que la CPS contiene los antecedentes ambientales del área que se haya solicitado en concesión, tal como se desprende del numeral 8 de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de SUBPESCA, y por tanto, para la CPS se prioriza la zona de concentración de la materia orgánica generada por el Proyecto, es decir, se evalúa la peor condición de dispersión de los biosólidos. Este enfoque resulta útil para la autoridad concesionante, mientras que en el marco de la evaluación ambiental, el área de influencia del proyecto se entiende que corresponde a aquella área donde se podrían generar alguno de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA. De este modo, Lago Yelcho SpA, en su evaluación ambiental no solo debía satisfacer los requerimientos de SUBPESCA, sino que en lo principal debió demostrar la no generación de aquellos efectos, características y circunstancias, independiente de su concentración, y por tanto someter a evaluación la condición de dispersión de los biosólidos.

**Decimocuarto.** Que, por tanto, en opinión de este Tribunal es razonable el ejercicio de discrecionalidad del SEA en cuanto a que para la CPS se debió evaluar ambientalmente la peor condición respecto a la dispersión de los biosólidos generados. Para este efecto bastaba con modelar en fase de cuadratura, ya que se estarían considerando las menores velocidades de corrientes en relación al promedio. Sin embargo, para determinar

el área de influencia, se debe modelar en fase de sicigia, puesto que se estarían considerando las mayores velocidades de corriente respecto al promedio y, por lo tanto, se obtendría la máxima área de dispersión de biosólidos, independiente de su concentración.

**Decimoquinto.** Que, este Tribunal considera que, con la debilidad de la evidencia aportada por Lago Yelcho SpA durante la tramitación de los Proyectos no era posible determinar cuál era el área de influencia en relación con el escenario de mayor dispersión de biosólidos. Por tanto, tampoco era posible, en un balance de probabilidades, descartar que no se fuesen a producir los efectos, características y circunstancias del art. 11 LBGMA. En ese sentido, el Tribunal concluye que el Director Ejecutivo ha actuado conforme a derecho y rechazará esta alegación.

#### 4. Cumplimiento del art. 12 bis letra b) LBGMA

**Decimosexto.** Que, a este respecto, el Tribunal tiene presente que la Dirección Ejecutiva del SEA reconoció que respecto de los proyectos «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Chanchan, PERT N°210141021», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Piedra Blanco, PERT N°210141023», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Chanchan, PERT N°210141022», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Huezhui, PERT N°210141020», y «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Huezhui, PERT N°210141019», existía pronunciamiento conforme del SERNATUR; pero que éstos eran de fecha previa a la presentación de la Adenda complementaria de tales proyectos, donde se introduce las modificaciones al proyecto.

La Dirección Ejecutiva del SEA también reconoció que, para los proyectos «Centro de Engorda de Salmonídeos Oeste de Punta Cárcamo, PERT N°210141011», y «Centro de Engorda de Salmonídeos Noroeste de Punta Loncoyen, PERT N°210141012», el SERNATUR se pronunció disconforme.

Además, estuvo conteste en que los pronunciamientos sectoriales competentes, según el art. 38 de la ley N° 19880, eran facultativos y no vinculantes.

**Decimoséptimo.** Que, no obstante lo anterior, dado que los Proyectos fueron modificados durante la evaluación para instalar balsas-jaula sumergibles, su impacto visual teórico disminuiría, y por tanto, para los Proyectos donde el SERNATUR había expresado su pronunciamiento conforme, no existirían motivos para determinar que no se podía conocer el impacto paisajístico de los Proyecto.

En el caso de los Proyectos en que SERNATUR había expresado disconformidad es posible concluir que, como también en ellos se redujo su impacto visual teórico, no existirían motivos para sostener que permanece un impacto paisajístico, o que éste no puede determinarse.

**Decimoctavo.** Que, sin perjuicio de advertir el Tribunal que la Dirección Ejecutiva del SEA ha motivado equivocadamente su decisión, considera que dicho vicio no es suficiente para revertir la decisión de la Administración de mantener la calificación ambientalmente desfavorable de los Proyectos, por los motivos expuestos en las demás controversias analizadas en el presente fallo. En virtud del principio de economía procesal, además, no anulará siquiera parcialmente la decisión de la Administración, ni se le ordenará que las rehaga, por considerarlo inoficioso.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en el arts. 17 N° 5, 10, 18 N°5, 20, 25, 27 y ss., de la Ley N° 20.600; 20 de la Ley N° 19.300; 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de la sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

#### SE RESUELVE:

1. **Rechazar** la excepción de nulidad interpuesta por Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA;
2. **Rechazar** en su totalidad la reclamación, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente fallo.
3. **No condenar en costas** a Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Michael Hantke Domas.

**Rol N° R 56-2017**

Pronunciada por el I. Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sr. Carlos Gutiérrez Zavala, en calidad de Ministro (s) de la Il. Corte de Apelaciones de Valdivia, y Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano, en calidad de Ministro (s) del Primer Tribunal Ambiental.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, a dos de enero de dos mil dieciocho, se anunció por el Estado Diario.

---



# Causa R-57-2017

## “Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA con Servicio de Evaluación Ambiental”

### SÍNTESIS

#### 1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Cultivos Marinos Lago Yelcho Sociedad por Acciones (Empresa).
- Reclamado(s): Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

#### 2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

Lago Yelcho reclamó contra el rechazo de dos proyectos de centros de engorda de salmones, a instalarse cerca de la costa desde Punta Loncoyén hasta Punta Huezhui, Provincia de Valdivia, Región de los Ríos. Sostuvo que: i) las resoluciones se habrían dictado fuera del plazo legal; ii) que se habría cumplido cabalmente las disposiciones del Reglamento Ambiental para la Acuicultura (RAMA); iii) que habría caracterizado correctamente el sitio de emplazamiento; y iv) que sus proyectos no afectarían significativamente el valor paisajístico en el lugar de emplazamiento.

Por los motivos expuestos, concluyó solicitando que el Tribunal anulara las resoluciones y dispusiera la calificación favorable de los proyectos.

En la sentencia, el Tribunal Ambiental consideró que las alegaciones no modificaban lo resuelto en las RCA, y rechazó la reclamación.

#### 3. Controversias

- i. Si el SEA habría dictado las resoluciones de rechazo fuera de plazo.
- ii. Si Lago Yelcho habría cumplido el RAMA, con relación a la pérdida de estructuras y escape de peces de los proyectos.
- iii. Si Lago Yelcho habría cumplido los requisitos legales para obtener el Permiso Ambiental Sectorial para realizar actividades de acuicultura (PAS N° 116).
- iv. Si se hizo una correcta Caracterización Preliminar del Sitio (CPS) y área de influencia, con relación a las variables oceanográficas de la zona de ubicación de los proyectos.
- v. Si los proyectos afectarían o no significativamente el valor paisajístico de la zona de ubicación de los proyectos.

#### 4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre el plazo de dictación de las resoluciones de rechazo, el Tribunal consideró que, habiéndose dictado fuera del plazo de 30 días, no debían ser anuladas.  
  
El Tribunal consideró que este hecho no configuraba la nulidad alegada, porque no era trascendente, grave ni esencial; y que el exceso de 30 días no causó perjuicio a la empresa. Incluso, Lago Yelcho pudo haber pedido que se declarara que había transcurrido el plazo para que el SEA resolviera (silencio administrativo negativo), lo que no hizo.
- ii. Sobre el cumplimiento del RAMA, el Tribunal consideró que no es posible convencerse de que las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo presentados durante la tramitación ambiental estuvieran diseñadas de acuerdo a las condiciones o características

geográficas y oceanográficas del sitio de instalación, por lo que no era posible descartar la pérdida de estructuras y escape de peces.

- iii. Sobre el cumplimiento de los requisitos legales para la obtención del PAS N° 116, el Tribunal concluyó que la Empresa no cumplió con la normativa de la Subsecretaría necesaria para la CPS y la Información Ambiental.

Para arribar a dicha conclusión, el Tribunal sostuvo que el foco y la luminosidad de las filmaciones realizadas por la empresa no permitían un adecuado registro de los bentos (conjunto de organismos que viven en relación con el fondo marino).

- iv. Sobre la CPS y el área de influencia, consideró que Lago Yelcho confundió los conceptos durante la evaluación, siendo competente el SEA para resolver sobre la correcta determinación del área de influencia de los proyectos.

Para la determinación del área de influencia, el Tribunal consideró que Lago Yelcho debió modelar en fase de sicigia (mayores velocidades de corriente respecto al promedio) y no en fase de cuadratura (menores velocidades de corriente respecto al promedio).

- v. Sobre la afectación al valor paisajístico de la zona, el Tribunal sostuvo que los proyectos no afectarían significativamente el valor paisajístico de la zona, porque la Empresa modificó el impacto visual teórico, proponiendo la instalación de balsas-jaula sumergibles.
- vi. Por las consideraciones expuestas, el Tribunal resolvió el rechazo de la reclamación, eximiendo a Lago Yelcho del pago de los gastos del juicio.

## **SENTENCIA**

Valdivia, dos de enero de dos mil dieciocho.

### **VISTOS:**

1. A fs. 1, con fecha 8 de agosto de 2017, CULTIVOS MARINOS LAGO YELCHO SpA, domiciliada para estos efectos en calle Urmeneta 305 oficina 404, comuna de Puerto Montt, X Región de Los Lagos -en adelante la «Reclamante», «Lago Yelcho SpA» o el «Proponente»-, interpuso recurso de reclamación en contra de las Resoluciones Exentas N° 694 y 695 -en adelante «Resoluciones Reclamadas», dictadas con fecha 30 de junio de 2017, por la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, en adelante «Dirección Ejecutiva del SEA» o la «Reclamada». Estas Resoluciones Reclamadas rechazaron los recursos de reclamación presentados previamente por Lago Yelcho SpA en contra de las Resoluciones Exentas N° 106 y 107 en adelante las «RCA»- todas dictadas por la Comisión de Evaluación de la XIV Región de Los Ríos -en adelante «COEVA de Los Ríos»- que calificaron ambientalmente desfavorable las Declaraciones de Impacto Ambiental en adelante «DIA»- de los proyectos —en adelante «Proyectos»—:

- «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Chungungo, PERT N° 210141025»; y
- «Centro de Engorda de Salmonídeos Noreste de Morro Bonifacio, PERT N° 210141026».

### **A. Antecedentes del acto administrativo reclamado**

2. Que, de los antecedentes administrativos presentados en estos autos por la Dirección Ejecutiva del SEA, consta que:
  - a) Con fecha 5 de noviembre de 2015, Lago Yelcho SpA ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental las DIA de los Proyectos.
  - b) Mediante Resoluciones Exentas N° 81, de fecha 10 de noviembre de 2015; y N° 85, de fecha 12 de noviembre de 2015, la COEVA de Los Ríos acogió a trámite las DIA de los Proyectos.
  - c) Con fecha 19 de diciembre de 2016, el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental emitió los Informes Consolidados de Evaluación -en adelante «ICE»- mediante los que recomendó rechazar las DIA de los Proyectos.



- d) Mediante las RCA de fecha 27 de diciembre de 2016, la COEVA de Los Ríos calificó desfavorablemente las DIA de los Proyectos.
- e) Con fecha 1 de febrero de 2017, Lago Yelcho SpA dedujo recursos de reclamación ante el Director Ejecutivo del SEA, los que fueron rechazados por las Resoluciones Reclamadas.

## **B. Antecedentes del proceso de reclamación**

- 3. A fs. 1 y ss., con fecha 8 de agosto de 2017, la Reclamante interpuso recurso de reclamación (art. 20 de la ley N° 19.300 y art. 17 N° 5 de la ley N° 20.600).
- 4. De fs. 18 a fs. 179, consta que Lago Yelcho SpA acompañó documentos.
- 5. A fs. 180, con fecha 9 de agosto de 2017, el Tribunal declaró admisible la reclamación y se ordenó a la Dirección Ejecutiva del SEA que informara. Además, rechazó la solicitud de suspensión del procedimiento judicial y dejó para sentencia definitiva la resolución de la excepción de nulidad opuesta.
- 6. A fs. 189 y ss., con fecha 30 de agosto de 2017, la Dirección Ejecutiva del SEA presentó el informe requerido y acompañó copia autenticada de los expedientes administrativos de reclamación, que rolan de fs. 236 a fs. 440. A fs. 441, la reclamada acompañó copia autenticada de los expedientes administrativos de evaluación, que rolan de fs. 443 a 5982.
- 7. A fs. 5983 el Tribunal resolvió que previo a proveer el escrito de fs. 189 y ss., se debía acompañar al sistema electrónico de causas copia autenticada de los expedientes administrativos completos y debidamente foliados, que sirvieron de base para dictar el acto impugnado, de conformidad a la Ley N° 19.880, bajo apercibimiento de tener por no presentado el informe.
- 8. A fs. 5984, la reclamada presentó escrito indicando que cumplía lo ordenado a fs. 5983, que solicitaba tener por no presentado el escrito de fs. 441, y acompañaba las copias autenticadas de los expedientes administrativos en cuestión, de fs. 5986 a fs. 11733.
- 9. A fs. 11734, el tribunal resolvió tener por cumplido lo ordenado, tener por acompañado las copias autenticadas de los expedientes administrativos los expedientes administrativos, y por no presentado el escrito de fs. 441.
- 10. A fs. 11746, Lago Yelcho SpA solicitó tener por acompañado un informe donde se compara el tratamiento que el SEA ha tenido para aprobar proyectos de acuicultura mar adentro en la IV Región de Coquimbo, con el caso de autos.
- 11. A fs. 11786, con fecha 26 de septiembre de 2017, se ordenó traer autos en relación.
- 12. A fs. 11787, con fecha 10 de octubre de 2017, Lago Yelcho SpA acompañó un informe que acreditaría que el efecto paisajístico causado por los proyectos no es significativo.
- 13. A fs. 11850, con fecha 8 de noviembre de 2017, se fijó audiencia de alegatos para 16 de noviembre de 2017, a las 10:00. Sin embargo, a fs. 11851, Lago Yelcho SpA solicitó suspender la referida audiencia, por estar configurada la causal del art. 165 N° 6 del Código de Procedimiento Civil. El tribunal accedió a la solicitud, a fs. 11855.
- 14. A fs. 11856, con fecha 14 de noviembre de 2017, se fijó audiencia, la que se llevó a efecto el día 28 de noviembre de 2017, a las 10:00, como consta en Acta de instalación de fs. 11863 y certificado de alegatos de fs. 11865.
- 15. A fs. 11866, como medida para mejor resolver, el Tribunal solicitó a la reclamada dentro del plazo de 15 días, los registros visuales presentados dentro del procedimiento de evaluación ambiental y recursivo que dieron lugar a las resoluciones reclamadas en autos.
- 16. A fs. 11868, la reclamada dio cumplimiento a lo ordenado a fs. 11866.
- 17. A fs. 11871, con fecha 27 de diciembre de 2017, la presente causa quedó en acuerdo; y a fs. 11872 se designó redactor al Ministro Sr. Michael Hantke Domas.

**CONSIDERANDO:**

**Primero.** Que, Lago Yelcho SpA solicita al Tribunal ordene al SEA volver a dictar la Resoluciones Reclamadas, esta vez por un reemplazante no inhabilitado del Director Ejecutivo del SEA, o que se califique favorablemente sus siete Proyectos de Centro de Engorda de Salmonídeos que pretende ubicar en diversas localizaciones, todos cercanos a la costa que de sur a norte va desde Punta Loncoyén hasta Punta Huezhui, Provincia de Valdivia, XIV Región de los Ríos, aunque en mar expuesto.

A juicio de Lago Yelcho SpA, las Resoluciones Reclamadas adolecen de varios vicios. Primero, la Dirección Ejecutiva del SEA habría dictado las Resoluciones Reclamadas fuera del plazo fatal dispuesto por la ley. Segundo, que contrario a lo determinado por la Dirección Ejecutiva del SEA, los Proyectos si acreditaron el cumplimiento del Reglamento Ambiental para la Acuicultura -en adelante el «RAMA»- en lo referente a la disposición de módulos y sistemas de fondeo en condiciones de seguridad y caracterización de las variables oceanográficas de los lugares de emplazamientos. Tercero, que el medio de prueba para obtener el PAS N° 116 era idóneo para dicho fin, pues contaba con la calidad fílmica suficiente. Cuarto, que también acreditó el cumplimiento de la normativa ambiental con relación a la no afectación significativa del valor paisajístico. Por último, solicita la condena en costas a la Dirección Ejecutiva del SEA.

Por su parte, la Dirección Ejecutiva del SEA informó que las Resoluciones Reclamadas fueron dictadas en conformidad a la normativa vigente, por lo que solicitó el rechazo de la reclamación. De esta forma, primero, sostuvo que aunque dictó las Resoluciones Reclamadas fuera de plazo, éste término no es fatal. Segundo, que Lago Yelcho SpA no acreditó el cumplimiento del RAMA en lo referente a la disposición de módulos y sistemas de fondeo en condiciones de seguridad y caracterización de las variables oceanográficas de los lugares de emplazamientos, ni determinó adecuadamente el área de influencia. Tercero, que el medio de prueba para obtener el PAS N° 116 no era idóneo para dicho fin, pues no contaba con la calidad fílmica suficiente. Cuarto, que el Proponente tampoco proporcionó información suficiente para descartar la no afectación significativa del valor paisajístico. Solicita además la condena en costas a Lago Yelcho SpA.

**C. Alegaciones de las partes**

**Segundo.** Que Lago Yelcho SpA señaló:

- a) Las Resoluciones Reclamadas fueron dictadas en contravención a lo dispuesto en el art. 20 de la ley N° 19.300, en adelante «LBGMA», esto es, por haber transcurrido más de 30 días del plazo fatal impuesto por la ley para la resolución del recurso de reclamación interpuesto. Indicó que éstas fueron resueltas a los 148 días de presentado el recurso, lo que implicaría una infracción de ley y por lo tanto se solicita la nulidad de las resoluciones. Además, justificó la competencia del Tribunal para conocer de esta clase de excepciones en que a ley no distingue si sólo se pueden efectuar alegaciones de fondo, sino que se permite discutir la legalidad del acto, haciéndolas valer como de previo y especial pronunciamiento.
- b) Respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces, sostuvo que demostró que cumplió con lo previsto en el art. 4 letra e) del RAMA, en lo referente a disponer de módulos y sistemas de fondeo en condiciones de seguridad apropiadas a las características del sector a objeto de prevenir el escape de peces. Esto fue acreditado en Adenda complementaria en que presentó el sistema de cultivo con balsas-jaulas circulares sumergibles, a la que acompañó ficha técnica. En sede de reclamo administrativo, además, acompañó certificado del fabricante en que se acreditó la aptitud de dicho sistema para contener peces en cultivo.

Agregó que el citado artículo indica únicamente que Lago Yelcho SpA debe «Disponer de módulos de cultivo y fondeo que presenten condiciones de seguridad apropiadas a las características geográficas y oceanográficas del sitio concesionado, para prevenir el escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o desprendimiento o pérdida de recursos exóticos en cultivos extensivos [...]». Añadió que el diseño debe prevenir el escape de peces, no implica que éste evite de forma absoluta que no ocurra dicho suceso, pues dada la posibilidad de que ocurran escapes es que existen los planes de contingencia previstos en el art. 5 del RAMA. De esta manera, indicó que la norma exige una resistencia mínima de las instalaciones que asegure razonablemente que no colapsará o escaparán peces, solo en circunstancias extraordinarias.

Añadió que en un caso similar, como sería el del proyecto «Cultivo de dorados Seriola Lalandi, Pert N°205042007», aprobado por Resolución Exenta N° 17 de 2014, de la COEVA de la IV

Región de Coquimbo, en donde existirían a su juicio similares características de emplazamiento, no se hizo una exigencia tan estricta, no justificándose una razón diversa para su situación en particular.

- c) Respecto del medio de prueba para obtener el PAS N°116, sostiene que la denegación de dicho PAS se basa en el incumplimiento de las exigencias de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de la SUBPESCA, especialmente en su numeral 25, que dispone que *“El equipo debe contar con lente gran angular (1200 o más) y con la capacidad de grabar con buena luminosidad (natural o artificial) y foco adecuado”*. Indica que la filmación acompañada en el procedimiento administrativo, excepto en lo relativo al lente gran angular, que es un requisito objetivo, es subjetivo, dependiendo de la persona que percibe con sus sentidos la filmación; pero que las filmaciones adjuntadas al proceso de evaluación ambiental tienen buena luminosidad y foco adecuado, cumpliendo a cabalidad con los requisitos establecidos en dicha normativa.
- d) Respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento del proyecto sostuvo que, de acuerdo al art. 4 letra e) del RAMA, es la Subsecretaría de Pesca -en adelante «SUBPESCA»- quien, con informe del Ministerio del Medio Ambiente, debe establecer la metodología para el levantamiento de información, procesamiento y cálculos del estudio de ingeniería, así como las especificaciones técnicas de las estructuras de cultivo, mediante una resolución que aún no se dicta.

Sin perjuicio de lo anterior, Lago Yelcho SpA señaló que el art. 87 de la Ley General de Pesca y Acuicultura -en adelante «LGPA»- establece que la calificación ambiental del proyecto corresponde a la Caracterización Preliminar del Sitio -en adelante «CPS»-, que es la única que regula, en el ámbito de la acuicultura, los parámetros de determinación de las características del sitio de emplazamiento del proyecto. Sostuvo que el art. 15 del RAMA contiene los elementos de la CPS que deben ser considerados por la SUBPESCA para evaluar ambientalmente un proyecto y otorgar el correspondiente Permiso Ambiental Sectorial -en adelante «PAS»- mientras que el art. 16 del mismo reglamento se remite a la ya citada Res. Ex. N° 3612 de 2009 de la SUBPESCA. En conclusión, adujo que sólo la SUBPESCA define los parámetros para la CPS, no pudiendo el SEA exigirle a los titulares de proyectos de acuicultura parámetros no contemplados en la CPS ni tampoco metodologías que no estén expresamente reguladas para tal instrumento.

Agregó Lago Yelcho SpA que acompañó los antecedentes relacionados con la modelación de aporte de alimentos no consumido y fecas que serían generados por cada uno de los proyectos, por medio del software DEPOMOD, herramienta que ha sido aceptada por la autoridad para evaluar otros proyectos de similar tipología, en otras regiones del país, utilizando solo los datos obtenidos de la CPS, como es la correntometría euleriana de 24 horas en cuadratura, situación que representa el periodo de menor circulación o menores corrientes.

Añadió que la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de la SUBPESCA, establece que se debe realizar la CPS para determinar si el área de sedimentación corresponde a un área erosiva o a un área de depósito. De los resultados obtenidos de la modelación, y acompañados en el procedimiento de evaluación ambiental, se determinó que el aporte de alimentos no consumido y fecas se encontraba bajo los módulos de cultivo en valores aceptables si se comparan con otros proyectos de similar tipología evaluados favorablemente en el SEA.

A pesar de lo anterior, en el Informe Consolidado de Aclaración, Rectificación y Ampliación -en adelante «ICSARA»- N° 1 se habría determinado que se debía descartar todos los datos acompañados en el anexo 11 de las DIAs y realizar un nuevo estudio de corrientes marinas por 30 días. Añadió que tal solicitud se basa en un informe elaborado por el Instituto de Fomento Pesquero respecto de la modelación DEPOMOD, que recomienda contar con el máximo de detalle respecto de las condiciones ambientales, para lo que sería suficiente contar con 30 días de datos hidrográficos. Sostuvo que la exigencia de realizar una correntometría de 30 días en modelación DEPOMOD superó los márgenes que las normas legales y reglamentarias han fijado para la evaluación ambiental de los proyectos de acuicultura. Añadió que los resultados de la modelación obtenidos de la Correntometría Euleriana de 24 horas adjuntado en el anexo 11 de la DIA y que ha sido aceptado para aprobar favorablemente en otras regiones del país proyectos de la misma tipología, son suficientes; y que los resultados del informe complementario de aumento de velocidades fueron obtenidos respecto de proyectos de acuicultura ubicados en canales,

estrechos o zonas de menos movimiento de corrientes marinas, por tanto con una dispersión mucho menor a las de los proyectos propuestos.

Por último, agregó que una vez otorgada la concesión, el titular debe realizar todas las mediciones y estudios oceanográficos necesarios para los cálculos e ingeniería de fondeo e ingeniería de detalle, que determinarán las estructuras definitivas del proyecto. En su opinión, la solicitud y necesidad de dichas mediciones serán pertinentes en la fase de pre-ejecución del proyecto y no en etapa de evaluación ambiental, configurando entonces una exigencia que va más allá de la normativa de evaluación.

- e) Respecto a la posible afectación del valor paisajístico, sostuvo que el único argumento que utilizó la Dirección Ejecutiva del SEA es que no se habrían presentado antecedentes necesarios para justificar que no se generan impactos sobre el valor paisajístico. Sin embargo, de la lectura del Of. Ord. N° 133, de fecha 11 de julio de 2016, del Servicio Nacional de Turismo -en adelante «SERNATUR»- de la XIV Región de Los Ríos, consta que éste organismo se manifestó conforme con los Proyectos. Además, como durante la evaluación el proyecto fue modificado para instalar balsas-jaula sumergibles, su eventual impacto visual disminuyó significativamente. Añade que se realizaron análisis de visibilidad y simulación en 3D para descartar los efectos sobre el valor paisajístico, concluyendo que la distancia desde el polígono a la costa en muchos casos hacía imperceptible las estructuras por un observador.

### **Tercero.**

Que la Dirección Ejecutiva del SEA en su informe, en síntesis, señaló:

- a) Respecto de la excepción de nulidad interpuesta indicó que el plazo regulado en el art. 20 LBGMA no es fatal. Añadió que ante el incumplimiento del plazo legal por parte de la Administración, el particular debe solicitar que se resuelva el procedimiento o la aplicación del silencio administrativo. También sostuvo que la doctrina es conteste en afirmar que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus funciones, siendo válida la ejecución extemporánea, y además que ello concuerda con el principio de conservación del acto, no pudiendo cualquier vicio anular el acto en la medida que no sea de gravedad o trascendencia, siendo por tanto la nulidad un remedio excepcional que procede ante vicios graves y esenciales. Ello no se produce en el incumplimiento del plazo, dado que no tiene carácter de fatal.
- b) Respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces, indicó que el SEA exigió que se acreditara el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, como lo es art. 4 letra e) del RAMA, de la forma que esa misma norma lo exige, pero Lago Yelcho SpA presentó información incompleta, lo que impidió tal comprobación.

Añadió que en cada ICSARA complementario, la autoridad ambiental señaló sobre el Anexo N° 2 de la Adenda N° 1, en lo relativo a las variables ambientales que inciden en el diseño del sistema de fondeo, que los datos utilizados carecen de sustento, pues no se especifica su origen ni representatividad de las características locales del lugar de emplazamiento del proyecto. El motivo de dicha solicitud es que las características del sector de emplazamiento de los Proyectos son distintas a aquellas en que habitualmente se instalan este tipo de estructuras, a saber, en aguas protegidas como bahías, puertos y fiordos; por tanto, resulta imprescindible conocer las condiciones basales en el área de emplazamiento del proyecto para las componentes de viento, altura de ola y corriente, para lo cual solicitó expresamente presentar: i) estudio de viento del área de emplazamiento del proyecto, con datos validados por la estación meteorológica más próxima; ii) estudio de olas que permita determinar el clima de oleaje operacional y oleaje de diseño en el sitio de interés del proyecto, y iii) valor de corrientes, dado que los proyectos se ubicarán en un sitio expuesto, las estructuras de cultivo se comportarán de manera distinta a las ubicadas en fiordos y canales, por lo que deben calcularse las variables de manera estricta. Además, señaló que en cada ICSARA complementario solicitó que Lago Yelcho SpA presentara nuevamente el proyecto de ingeniería que permitiese acreditar el cumplimiento del citado art. 4 letra e) del RAMA.

Al respecto, indicó que Lago Yelcho SpA siempre respondió que el respectivo estudio sería realizado y presentado para su evaluación con posterioridad en el marco del otorgamiento, por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, de la respectiva concesión de acuicultura. Además, indicó que adjuntó en el Anexo 2 de todas las Adendas complementarias, i) respecto del

estudio de vientos, un Informe de Vientos elaborado con datos obtenidos de la web *Windfinder*; ii) respecto del estudio de olas, presentó un informe de olas, utilizando de manera referencial los valores de altura y periodo de la ola registrados durante un mes extraídos de la web *Windfinder*, y reiteró que éste será realizado y presentado en detalle para su evaluación para otorgamiento de la concesión de acuicultura; y iii) no presentó el proyecto de ingeniería solicitado, sino que informó que modificaría las estructuras de cultivo de balsas-jaulas metálicas cuadradas a circulares plásticas sumergibles, afirmando que daría mayor seguridad al personal y protegería las estructuras de cultivo ante condiciones climáticas adversas; que cada una contaría con una malla pecera metálica en función de malla lobera y con ello se minimizaría el ataque y rotura de la malla por parte de mamíferos marinos; y que la Memoria de Cálculo de Fondeo de cada Anexo N° 1 sería complementada con los respectivos estudios oceanográficos, una vez obtenida la concesión de acuicultura.

Dado lo anterior, la Dirección Ejecutiva del SEA indicó que la SUBPESCA señaló que el tipo de estructuras de cultivo propuestas en los Proyectos es diferente a las utilizadas actualmente por la industria salmonera, razón por la cual la información aportada no era suficiente para asegurar el cumplimiento de condiciones de seguridad frente a condiciones adversas; además que los datos de olas y vientos fue obtenida de la web *Windfinder*, que es un servicio de información meteorológica gratuita para quienes practican actividades recreativas relacionadas con el viento, por lo que no es información confiable para determinar el montaje de un centro de cultivo.

Añadió que la SUBPESCA determinó que la Memoria de Cálculo de Fondeo contempló una errada metodología de análisis de las fuerzas ambientales involucradas, a saber viento, olas y corrientes, porque Lago Yelcho SpA no abordó de manera adecuada los estudios pertinentes ni midió los datos oceanográficos in situ; sino que fueron extraídos de una tabla subjetiva como lo es la Escala de *Beaufort* para el caso de vientos y olas, mientras que para el caso de corrientes no se supo la procedencia y calidad de los datos.

En conclusión, desde un punto de vista probatorio, señaló que Lago Yelcho SpA no acreditó el cumplimiento del art. 4, letra e) del RAMA, por lo que no era posible determinar que las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo estuvieran diseñadas de acuerdo a las condiciones o características geográficas y oceanográficas del sitio donde se pretendían instalar.

- c) Respecto del medio de prueba para obtener el PAS N° 116, sostiene que la denegación de dicho PAS se basa en el incumplimiento de las exigencias de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de la SUBPESCA, pues las filmaciones acompañadas no son de buena luminosidad, sea natural o artificial, ni de foco adecuado, lo que fue observado por SUBPESCA en ambos proyectos, y por tanto, al no corregirse adecuadamente la filmación, no se pudo evaluar adecuadamente el impacto, o su ausencia, sobre el componente bentos.
- d) Respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento de los Proyecto, la Dirección Ejecutiva del SEA indicó que existía una confusión por Lago Yelcho SpA entre la CPS y la determinación del área de influencia del Proyecto.

En ese sentido, sostuvo que en el acápite 6.15.6 de las DIA, Lago Yelcho SpA acompañó antecedentes relacionados con la modelación con software DEPOMOD del aporte de alimento no consumido y fecas que generarán los centros de engorda, cuantificando la tasa de Carbono Orgánico Total que se depositaría sobre el sedimento marino, así como también entregó el cálculo de la futura disponibilidad y demanda de oxígeno. Añadió que en el acápite 3.2.1.1 del informe Análisis de Información Geográfica Sectorial y Modelación con DEPOMOD, del Anexo 11 de las DIA, se indicó que los valores de corrientes se determinaron en base al área que cubre las mallas de cultivo y el área del fondo, tratando de cubrir la mayor longitud de la columna de agua, según correntometría realizada, modelado con los datos de corriente obtenidos según directrices de las metodologías de confección de CPS, bajo la aplicación de la Res. Ex. N° 3612 de 2009 de SUBPESCA. Esto es, con un mínimo de 24 horas en periodo de cuadratura, que es el periodo de menor circulación o menores corrientes, lo que para efectos de la modelación determinará el peor escenario de dispersión.

Agregó que Lago Yelcho SpA, en el mismo Anexo 11 de las respectivas DIA, también entregó un informe denominado «Análisis de Velocidad de Corrientes en Fases Mareales de Sicigia respecto a Cuadraturas en Estudios de Corrientes de 30 días, en las regiones de Los Lagos, Aysén y Magallanes. Modelación en DEPOMOD en sicigia», cuyo objetivo era sensibilizar las corrientes de fase lunar de cuadratura para simular escenarios oceanográficos desfavorables, para lo cual determinó el porcentaje de las corrientes en fase de cuadratura que aumentarían en fase de sicigia. La Dirección Ejecutiva del SEA señaló que la metodología de dicho estudio consistió, fundamentalmente, en analizar 11 mediciones de corrientes de 30 días aproximadamente realizados para distintas empresas en las regiones de Los Lagos, de Aysén y de Magallanes, entre los años 2007 y 2014. A partir de éstas, el Proponente realizó cálculos para determinar un factor de ajuste, que cifró en 20%, el que aplicó a los datos de corrientes obtenidos de la medición realizada en la CPS durante cuadratura en el sector Norte de Punta Chungungo, Comuna de Valdivia, XIV Región de los Ríos. Luego de esto, Lago Yelcho SpA realizó una modelación de dispersión con el software DEPOMOD utilizando las velocidades de corrientes de cuadratura aumentadas en el ya señalado 20%, en dirección Este, es decir, hacia el sector en que se emplaza el Área de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos -en adelante «AMERB»- Punta Quemada, cercano al Proyecto, obteniendo como resultado que la depositación de carbono total no llega ni se superpone a ésta.

Añadió la Dirección Ejecutiva del SEA que, en cuanto al área de influencia del proyecto, Lago Yelcho SpA la definió como: *«el área cercana o próxima al área correspondiente a la concesión de acuicultura, con sus respectivas estructuras y sistemas de fondeo mas la superficie comprendida producto de la dispersión de la pluma de aporte de alimento no consumido y fecas de los salmónidos»*.

La Dirección Ejecutiva del SEA afirmó que, a pesar que Lago Yelcho SpA argumentó en el proceso de evaluación ambiental que los Proyectos no generarían los efectos del art. 11 LBGMA, debido a que los resultados de la modelación DEPOMOD del Proponente no proyectaban un área de influencia submareal fuera de los límites de las áreas de emplazamiento de las estructuras, ese servicio no fue convencido de dicha afirmación.

Al respecto, indicó que SUBPESCA señaló que no pudo corroborar lo afirmado por Lago Yelcho SpA, pues éste sustentó su análisis utilizando la modelación DEPOMOD usando sólo información de correntimetría de fase de cuadratura medida durante 24 horas; es decir, en la condición de menor circulación o dispersión. La Dirección Ejecutiva del SEA señaló que en ausencia de información oceanográfica completa, en particular la correntimetría en el momento de mayor circulación, en fase de sicigia, y por ende con mayor dispersión, no era posible recrear los escenarios de dispersión. El Servicio indicó que por lo anterior, SUBPESCA requirió reiteradamente que Lago Yelcho SpA presentase una información oceanográfica, en forma de correntimetría de al menos 30 días de duración, la cual contiene la información de los momentos en un mes con mayor y menor dinámica de circulación y, por ende, con mayor y menor dispersión, para conocer si había impacto sobre los recursos biológicos del AMERB cercana. Entonces, se concluyó que Lago Yelcho SpA no entregó información oceanográfica suficiente para una modelación precisa de la dispersión, lo cual era de suma relevancia considerando que los Proyectos se emplazarían en un área de alta diversidad marina, representada principalmente por otáridos y mustélidos y que, además, de forma temporal se habría observado el desplazamiento de cetáceos, por lo que no sería posible descartar la generación de alguno de los efectos, características o circunstancia del art. 11 LBGMA.

Añadió la Dirección Ejecutiva del SEA que la Gobernación Marítima de Valdivia se pronunció de similar manera durante el proceso de evaluación de todos los proyectos, señalando que el estudio de velocidad de corrientes presentado mediante la recopilación de mediciones de 30 días en las regiones de Los Lagos, Aysén y Magallanes *«[...] no es una herramienta viable, debido a que citados sectores son de aguas interiores (canales y fiordos) y el proyecto está considerado en costa expuesta»*. Por esta razón, solicitó a Lago Yelcho SpA la realización de las mediciones de las variables oceanográficas in situ, con el fin de confirmar si el depósito de Carbono Total, considerando velocidades de corrientes de sicigia y direcciones hacia el Este, no llega ni se superpone al AMERB cercana al proyecto. Ante la respuesta de Lago Yelcho SpA, dicho organismo concluye que ésta no entregó nuevos antecedentes.



Por lo anterior, la Dirección Ejecutiva del SEA sostuvo que Lago Yelcho SpA confundía los conceptos de área de influencia del proyecto y CPS, pues éste considera que para obtener la resolución de calificación ambiental basta con acreditar el cumplimiento del RAMA respecto a la CPS e INFA, requeridos para el otorgamiento del PAS N° 116, sin que el SEA pueda establecer nuevas exigencias respecto a correntometrías de 30 días. En ese sentido, sostuvo que si bien para el otorgamiento del PAS N° 116, por disposición expresa del art. 116 del D.S. N° 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente -en adelante «RSEIA»- se debe cumplir sólo con lo dispuesto en el RAMA y en la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de SUBPESCA, ello no implica que el SEA, sobre la base de lo indicado por los organismos sectoriales, no pueda establecer las exigencias necesarias para la determinación del área de influencia, y para el descarte de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19300, en adelante «LBGMA».

Agregó que el área de influencia es crucial para la evaluación ambiental, tal como lo define el art. 2, letra a) LBGMA, y el art. 19, letras b.1, y el art. 18, letra d) RSEIA. En cambio, el art. 2°, letra e) del RAMA, indica que la CPS contiene los antecedentes ambientales del área que se solicitado en concesión, tal como se desprende del numeral 8 de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de SUBPESCA, y por tanto, para la CPS se prioriza la zona de concentración de la materia orgánica generada por un proyecto, es decir, se evalúa la peor condición respecto del depósito de biosólidos. En cambio, el área de influencia del proyecto es aquella área donde se podrían generar alguno de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA, de manera que es donde Lago Yelcho SpA debe demostrar la no generación de aquellos, independiente de su concentración.

Entonces, concluyó que para la CPS se evalúa ambientalmente la peor condición de dispersión de los biosólidos generados, con lo que es suficiente modelar en fase de cuadratura, ya que se estarían considerando las menores velocidades de corrientes en relación al promedio; pero para determinar el área de influencia, se debe modelar en fase de sicigia, puesto que se estarían considerando las mayores velocidades de corriente respecto al promedio y, por lo tanto, se obtendría la máxima área de dispersión de biosólidos, independiente de su concentración.

Por último, respecto a las aprobaciones ambientales anteriores en las cuales fue admisible presentar CPS con correntometría de 24 horas, indicó que estas deben efectuarse dependiendo del emplazamiento de cada proyecto, por lo que la Administración no está obligada a resolver de la misma forma todos los casos, y que no aplica tampoco el principio de confianza legítima.

- e) Respecto de la afectación significativa del valor paisajístico indicó que, de acuerdo a lo dispuesto en la letra b) del art. 12 bis LBGMA, es obligación de Lago Yelcho SpA acompañar «*Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental*». Agregó que Lago Yelcho SpA entregó en Anexo 9 de las DIA, el Informe «Análisis del Valor Paisajístico y Turístico», el cual concluyó que la solicitud de concesión no impactará negativamente sobre los destinos y rutas turísticas utilizadas en la XIV Región de Los Ríos.

La Dirección Ejecutiva del SEA indicó que, sin perjuicio de tal conclusión de Lago Yelcho SpA, en los ICSARA N° 1 de los Proyectos, se solicitó ampliar la información presentada en el Anexo 9 de la DIA, realizando un análisis completo desde tierra hacia el mar, y ampliar el catastro de atractivos turísticos naturales y culturales en el área de influencia directa del proyecto, considerando un radio de hasta 3.000 m alrededor del área de concesión. Si bien Lago Yelcho SpA en todas sus Adendas N° 1 adjuntó la información solicitada, el SEA en cada uno de los ICE, así como la COEVA de Los Ríos, estimaron que no se entregó información necesaria para descartar fundadamente la no generación de los efectos, características y circunstancias del art. 11 letra e) LBGMA. Lo anterior, por cuanto las modificaciones planteadas por Lago Yelcho SpA al sistema de cultivo presentadas en las Adenda complementarias, contenían una variación significativa del diseño de las estructuras y las redes a utilizar, como asimismo, de la distribución espacial de las balsas jaulas al interior de la concesión solicitada, siendo necesario un nuevo análisis de visibilidad y del valor paisajístico de la zona.

No obstante, reconoce la Dirección Ejecutiva del SEA que los proyectos «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Chungungo, PERT N° 210141025», éste tiene pronunciamiento

conforme del SERNATUR; pero destacó que era de fecha previa a la presentación de las Adenda complementarias de los proyectos, donde se introdujeron las modificaciones al proyecto, por lo cual dicho organismo no contó con los nuevos antecedentes necesarios para analizar la posible afectación al valor paisajístico. Además indicó que los pronunciamientos sectoriales, según el art. 38 de la ley N° 19.880, eran facultativos y no vinculantes.

En cambio, para el proyecto «Centro de Engorda de Salmonídeos Noreste de Morro Bonifacio, PERT N° 210141026», el SERNATUR se pronunció inconforme, pues el lugar de emplazamiento correspondería a un sector marino inmediatamente aledaño a la denominada «Ruta del Mar-Circuito Selva Valdiviana» en la ruta T-352, cuya señalética turística fue implementada por la Dirección Nacional de Vialidad y el SERNATUR en enero del año 2013, para dar al trazado valor turístico y paisajístico, el cual logre unir la tradición histórica de los fuertes, las playas, la naturaleza y los bosques milenarios de alerce presentes en la zona costera de la XIV Región de Los Ríos.

## II. Determinación de las controversias

**Cuarto.** Que, analizadas las alegaciones y defensas de las partes, el Tribunal estima que las controversias son las que se indican a continuación, las que para un adecuado desarrollo de la sentencia, se ordenarán del siguiente modo:

1. Excepción de nulidad de las Resoluciones Reclamadas por incumplimiento del plazo fatal para su dictación.
2. Acreditación del cumplimiento del art. 4 letra e) del RAMA respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces.
3. Acreditación del cumplimiento del numeral 25 de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de la SUBPESCA, a efectos de obtener el PAS N° 116.
4. Acreditación de la correcta determinación de la CPS y del área de influencia, respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento.
5. Cumplimiento del art. 12 bis letra b) LBGMA.

### 1. Excepción de nulidad de las Resoluciones Reclamadas por incumplimiento del plazo fatal para su dictación

**Quinto.** Que, a este respecto, la doctrina nacional ha sostenido que «*la regla general es que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus obligaciones, aun cuando la ley los fije determinadamente y que [...] los actos de ejecución extemporánea de dichas obligaciones son válidos*» (CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2da Edición, Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 391-392).

También se ha sostenido que, en virtud del principio de conservación de los actos administrativos, los vicios e ilegalidades de éste no generan su nulidad en tanto no sean trascendentes, graves y esenciales (BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, 3ra Edición, 2014, Chile).

Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha determinado en relación con dicho principio que la nulidad solo será procedente «*si el vicio es grave y esencial*», y que «*no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados*» (Sentencia de 10 de diciembre de 2014, Rol N° 16.706 2014, c. 16°).

**Sexto.** Que, estos sentenciadores son de la opinión que el incumplimiento del plazo establecido en el art. 20 LBGMA no genera como efecto la nulidad del acto. Esto es así, a juicio de estos sentenciadores, no sólo porque el incumplimiento del plazo no constituye un vicio trascendente, grave y esencial, que acarree la nulidad del acto administrativo impugnado, sino porque este incumplimiento no le ha causado ningún perjuicio al Reclamante. En efecto, de haber sido el caso contrario, Lago Yelcho SpA habría ejercido su derecho a pedir que se certificara que su solicitud no había sido resuelta dentro del plazo legal, conforme lo consagra el art. 65 de la ley N° 19.880. Aún más, el abogado del Reclamante, al ser consultado durante su alegato por el Tribunal sobre la razón de no haber ejercido este derecho, este indicó que no quisieron hacerlo a la espera de un pronunciamiento



favorable. Esto grafica que el perjuicio alegado no es tal, sino que se cuestiona solamente por ser desfavorable el pronunciamiento y no por inoportuno.

No existiendo nulidad sin perjuicio, y no habiendo solicitado el silencio negativo, teniendo la carga procesal de hacerlo, no se hará lugar a la nulidad promovida, y así se declarará en lo resolutivo.

## **2. Acreditación o no del cumplimiento del art. 4 letra e) del RAMA respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces**

**Séptimo.** Que, el Tribunal coincide con la Dirección Ejecutiva del SEA en que la exigencia de información adicional hecha en el ICSARA complementario de los Proyectos, algo que no controvierte Lago Yelcho SpA, tuvo como fundamento comprender a cabalidad las características locales del lugar de emplazamiento de los Proyectos; que eran distintas a aquellas en que habitualmente se habían instalado este tipo de estructuras, a saber, ubicadas en lugares de aguas protegidas como bahías, puertos y fiordos (aguas protegidas).

**Octavo.** Que, en ese sentido, estos sentenciadores sostienen que es ajustado a derecho que se exija más evidencia para que la Administración pueda convencerse que se cumple la normativa ambiental aplicable, en el ejercicio de su mandato legal.

Como sostuvo la Dirección Ejecutiva del SEA, dada la sensibilidad del área de emplazamiento de los proyectos y la falta de experiencia previa sobre instalaciones de acuicultura en mar abierto en el sur de Chile, se hizo imprescindible exigir la realización de un levantamiento de las condiciones basales en el área de emplazamiento de los Proyectos para las componentes de viento, altura de ola y corriente, con información levantada *in situ*. Como se indicó, el motivo de dicha solicitud es que las características del sector de emplazamiento de los Proyectos eran distintas a aquellas en que habitualmente se habían instalado este tipo de estructuras, a saber, en aguas protegidas como bahías, puertos y fiordos. Por tanto, a juicio del Tribunal resultaba imprescindible conocer las condiciones basales en el área de emplazamiento de los proyectos, pues dado que éstos se iban a ubicar en mar abierto, las estructuras de cultivo se podrían comportar de manera distinta a las ubicadas en fiordos y canales, por lo que debían calcularse estas variables de manera estricta.

Adicionalmente, la Administración solicitó lícitamente una nueva presentación del proyecto de ingeniería que permita acreditar el cumplimiento del citado art. 4 letra e) del RAMA.

**Noveno.** Que, si bien es cierto que, tal como indica Lago Yelcho SpA en cada Adenda complementaria, el estudio solicitado por la Administración también debía realizarse y presentarse para la evaluación del otorgamiento por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas de la concesión de acuicultura, aquello no obsta al cumplimiento -durante el procedimiento de evaluación ambiental- de la normativa ambiental aplicable en los términos exigidos en el art. 4 letra e) del RAMA.

**Décimo.** Que, en las Adenda complementarias, Lago Yelcho SpA no sólo no acompañó el medio de prueba que el mismo RAMA exige, sino que acompañó una Memoria de Cálculo de Fondeo, e informes de vientos y olas, poblados con datos para la zona obtenidos de la página web *Windfinder*, en lugar de ser obtenidos con información *in situ* y corroborada de la forma que solicitó el ICSARA complementario.

Por tanto, estos sentenciadores estiman que SUBPESCA no contó con los antecedentes necesarios para haberse convencido de que los Proyectos cumplían con la normativa ambiental aplicable. En particular, el tipo de estructuras de cultivo propuestas era diferente a las utilizadas tradicionalmente por la industria salmonera, razón por la cual la información aportada, tanto en la Memoria de Cálculo de Fondeo como en el Informe de Vientos, Olas y Corrientes, no fue suficiente para asegurar el cumplimiento de condiciones de seguridad frente a condiciones adversas.

**Undécimo.** Que, por tanto, este Tribunal considera que con la debilidad de la evidencia aportada por Lago Yelcho SpA durante la tramitación de los Proyectos, no era posible tener por acreditado el cumplimiento del art. 4 letra e) del RAMA. Esta conclusión se sostiene toda vez que no es posible convencerse aplicando el estándar probatorio de preponderancia de la prueba, que las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo estuvieron diseñados de acuerdo a las condiciones o características geográficas y oceanográficas del sitio donde

se pretendía instalar el Proyecto. En ese sentido, el Tribunal concluye que el Director Ejecutivo del SEA actuó conforme a derecho y rechazará esta alegación.

### **3. Acreditación del cumplimiento del numeral 25 de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de la SUBPESCA, a afectos de obtener el PAS N° 116.**

**Duodécimo.** Que, a fs. 11866, como medida para mejor resolver, el Tribunal solicitó a la reclamada dentro del plazo de 15 días, los registros visuales presentados dentro del procedimiento de evaluación ambiental y recursivo que dieron lugar a las resoluciones reclamadas en autos, lo que fue cumplido a fs. 11868. Realizada la observación de los videos por el Tribunal, es evidente que incumplen con lo señalado en el numeral 25 de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de la SUBPESCA. En efecto, la filmación acompañada en el procedimiento administrativo carece de buena luminosidad y foco adecuado, por lo tanto coincide con lo observado por SUBPESCA en ambos proyectos, y por tanto, al no corregirse adecuadamente la filmación, no se pudo evaluar adecuadamente el impacto, o su ausencia, sobre el componente bentos. En ese sentido, el Tribunal concluye que el Director Ejecutivo del SEA actuó conforme a derecho y rechazará esta alegación.

### **4. Acreditación de la correcta determinación de la CPS y del área de influencia, respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento**

**Decimotercero.** Que, con relación a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento de los Proyectos, este Tribunal considera que, de no determinarse adecuadamente un área de influencia de un proyecto, no resultaría confiable la predicción acerca de la afectación o no de los recursos naturales renovables, ni tampoco podría predecirse algún otro de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA.

En esta línea, y tal como afirmó la Dirección Ejecutiva del SEA, su determinación estuvo justificada, y en caso alguno tuvo carácter arbitrario. A juicio de estos sentenciadores el emplazamiento del proyecto era en mar abierto, y los datos utilizados en la modelación correspondían a proyectos emplazados en fiordos y canales —aguas protegidas—, donde las corrientes tienen su origen, principalmente, en mareas y cambios de densidad. Adicionalmente, el área de influencia era sensible no solo por la localización cercana de un AMERB, sino por el fenómeno de surgencia costera.

**Decimocuarto.** Que, además, el Tribunal coincide con la Dirección Ejecutiva del SEA en que Lago Yelcho SpA confunde los conceptos de área de influencia del Proyecto y CPS, pues la Reclamante consideró que bastaba con el cumplimiento del RAMA respecto a la CPS e INFA, requeridos para el otorgamiento del PAS N° 116. Esta interpretación resulta absurda, pues le resta competencias al SEA para establecer nuevas exigencias respecto a correntometrías de 30 días, durante la evaluación ambiental.

La normativa reconoce la centralidad del área de influencia para la evaluación ambiental, tal como lo define el art 2, letra a) LBGMA, y los arts. 19, letras b.1, y 18, letra d), del RSEIA.

En tanto, el art. 2°, letra e) del RAMA, indica que la CPS contiene los antecedentes ambientales del área que se haya solicitado en concesión, tal como se desprende del numeral 8 de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de SUBPESCA, y por tanto, para la CPS se prioriza la zona de concentración de la materia orgánica generada por el Proyecto, es decir, se evalúa la peor condición de dispersión de los biosólidos. Este enfoque resulta útil para la autoridad concesionante, mientras que en el marco de la evaluación ambiental, el área de influencia del proyecto se entiende que corresponde a aquella área donde se podrían generar alguno de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA. De este modo, Lago Yelcho SpA, en su evaluación ambiental no solo debía satisfacer los requerimientos de SUBPESCA, sino que en lo principal debió demostrar la no generación de aquellos efectos, características y circunstancias, independiente de su concentración, y por tanto someter a evaluación la condición de dispersión de los biosólidos.

**Decimoquinto.** Que, por tanto, en opinión de este Tribunal es razonable el ejercicio de discrecionalidad del SEA en cuanto a que para la CPS se debió evaluar ambientalmente la peor condición respecto a la dispersión de los biosólidos generados. Para este efecto bastaba con modelar en fase de cuadratura, ya que se estarían considerando las menores velocidades de corrientes en relación al promedio. Sin embargo, para determinar el área de influencia, se debe modelar en fase de sicigia, puesto que se estarían considerando las mayores velocidades de corriente respecto al promedio y, por lo tanto, se obtendría la máxima área de dispersión de biosólidos, independiente de su concentración.

**Decimosexto.** Que, este Tribunal considera que, con la debilidad de la evidencia aportada por Lago Yelcho SpA durante la tramitación de los Proyectos no era posible determinar cuál era el área de influencia en relación con

el escenario de mayor dispersión de biosólidos. Por tanto, tampoco era posible, en un balance de probabilidades, descartar que no se fuesen a producir los efectos, características y circunstancias del art. 11 LBGMA. En ese sentido, el Tribunal concluye que el Director Ejecutivo ha actuado conforme a derecho y rechazará esta alegación.

#### **4. Cumplimiento del art. 12 bis letra b) LBGMA**

**Decimoséptimo.** Que, a este respecto, el Tribunal tiene presente que la Dirección Ejecutiva del SEA reconoció que respecto del proyecto «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Chungungo, PERT N° 210141025», existía pronunciamiento conforme del SERNATUR; pero que éstos eran de fecha previa a la presentación de la Adenda complementaria de tales proyectos, donde se introduce las modificaciones al proyecto.

La Dirección Ejecutiva del SEA también reconoció que, para el proyecto En cambio, para el proyecto «Centro de Engorda de Salmonídeos Noreste de Morro Bonifacio, PERT N° 210141026», el SERNATUR se pronunció disconforme.

Además, estuvo conteste en que los pronunciamientos sectoriales competentes, según el art. 38 de la ley N° 19.880, eran facultativos y no vinculantes.

**Decimoctavo.** Que, no obstante lo anterior, dado que los Proyectos fueron modificados durante la evaluación para instalar balsas-jaula sumergibles, su impacto visual teórico disminuiría, y por tanto, para el Proyecto donde el SERNATUR había expresado su pronunciamiento conforme, no existirían motivos para determinar que no se podía conocer el impacto paisajístico de los Proyecto.

En el caso del Proyecto en que SERNATUR había expresado disconformidad es posible concluir que, como también en ellos se redujo su impacto visual teórico, no existirían motivos para sostener que permanece un impacto paisajístico, o que éste no puede determinarse.

**Decimonoveno.** Que, sin perjuicio de advertir el Tribunal que la Dirección Ejecutiva del SEA ha motivado equivocadamente su decisión, considera que dicho vicio no es suficiente para revertir la decisión de la Administración de mantener la calificación ambientalmente desfavorable de los Proyectos, por los motivos expuestos en las demás controversias analizadas en el presente fallo. En virtud del principio de economía procesal, además, no anulará siquiera parcialmente la decisión de la Administración, ni se le ordenará que las rehaga, por considerarlo inoficioso.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en el arts. 17 N° 5, 10, 18 N°5, 20, 25, 27 y ss., de la Ley N°20.600; 20 de la Ley N° 19.300; 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de la sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

#### **SE RESUELVE:**

1. **Rechazar** la excepción de nulidad interpuesta por Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA;
2. **Rechazar** en su totalidad la reclamación, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente fallo.
3. **No condenar en costas** a Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Michael Hantke Domas.

#### **Rol N° R 57-2017**

Pronunciada por el I. Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sr. Carlos Gutiérrez Zavala, en calidad de Ministro (s) de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, y Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano, en calidad de Ministro (s) del Primer Tribunal Ambiental.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, a dos de enero de dos mil dieciocho, se anunció por el Estado Diario.

---



# Causa R-42-2016

## “Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén y otros con Comité de Ministros”

### SÍNTESIS

#### 1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén (CODESA); Corporación Pro Defensa de la Flora y Fauna (CODEFF); y Sr. Hugo Díaz Márquez.
- Reclamado(s): Comité de Ministros (Comité).

#### 2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

CODESA, CODEFF y el Sr. Díaz reclamaron contra la RCA favorable del proyecto “Central Hidroeléctrica Cuervo”, comuna de Aysén. Sostuvieron que el Comité actuó ilegalmente al rechazar sus reclamos, porque durante la evaluación ambiental la autoridad a nivel regional no consideró sus observaciones sobre la aplicación del principio precautorio con relación a la sismicidad, factor de cambio climático, y compensación de bosques y humedales.

Por los argumentos expuestos, pidieron que el Tribunal Ambiental dejara sin efecto la calificación favorable y, en su reemplazo, calificara desfavorablemente el proyecto.

El Tribunal acogió parcialmente la reclamación, anuló la RCA y ordenó reabrir la evaluación para que el Comité estudie si la compensación de bosques y humedales cumplía con la normativa, o bien acogiese los reclamos interpuestos.

#### 3. Controversias

- i. Respecto a la sismicidad, si existió o no riesgo añadido por el proyecto; y si debió o no aplicarse el principio precautorio a propósito de la sismicidad inducida.
- ii. Si se consideró el factor de cambio climático y si se compensó adecuadamente los impactos del proyecto con relación a la pérdida de bosques y humedales.

#### 4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre la sismicidad:
  1. El proyecto no añadía riesgo de sismicidad en el sector, pues la zona en que se pretendía construir era naturalmente sísmica. No correspondía aplicar el principio precautorio, sino una correcta evaluación del plan de contingencia del proyecto frente a escenarios de sismicidad.
- ii. Sobre el cambio climático:
 

Que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental no obliga a la autoridad a evaluar los impactos en atención a criterios de manejo del cambio climático, por lo que el Tribunal no puede formularle un reproche. Su eventual incorporación es materia de reforma en el seno del poder legislativo.
- iii. Sobre la compensación por pérdida de bosques y humedales:

1. Las medidas compensatorias adoptadas fueron insuficientes, porque el Tribunal no pudo determinar -de manera cualitativa ni cuantitativa- que los bosques y humedales a compensar eran equivalentes.
  2. La compensación de bosques, si bien se abordó en términos de hectáreas, no resolvió si la productividad ambiental de cada hectárea era similar, lo que debió realizarse para establecer si los ecosistemas, funciones y servicios ecosistémicos del bosque a reemplazar, evitaban o no una pérdida neta.
  3. Las medidas compensatorias propuestas para la pérdida de 2450 hectáreas de humedales no se ajustó al principio de adicionalidad (que implica que los beneficios de la compensación sean causados por acciones de compensación y no por otros factores), puesto que no hubo evidencia de que estuviese en peligro el humedal propuesto para compensar por aquellos que serían inundados.
- iv. Sobre la solicitud de revocación de la RCA:
- Ordenó que se resolviera si la empresa pudo justificar la equivalencia entre el ecosistema a inundar y el ecosistema propuesto para compensar; o en su defecto, se acojan los recursos.

## **SENTENCIA**

Valdivia, cuatro de enero de dos mil dieciocho.

### **VISTOS:**

- 1°. El 20 de septiembre de 2016, a fs. 1 y ss., los abogados Sres. Diego Lillo Goffreri, RUT N° 15.341.783-0, y Nelson Pérez Aravena, RUT N° 15.429.576-3, en representación de la **CORPORACIÓN PRIVADA PARA EL DESARROLLO DE AYSÉN** (en adelante «CODESA»), RUT N° 71.943.000-7, domiciliada en calle Riquelme N° 48, comuna de Coyhaique, representada por el Sr. Patricio Segura Ortiz, chileno, periodista, RUT N° 12.014.274-7; la **CORPORACIÓN PRO DEFENSA DE LA FLORA Y FAUNA** (en adelante «CODEFF»), RUT N° 71.238.600-2, domiciliada en calle Ernesto Reyes N° 035, comuna de Providencia, Santiago, representada por el Sr. Peter Hartmann Samhaber, chileno, arquitecto, RUT N° 7.021.808-9; y del Sr. **HUGO DÍAZ MÁRQUEZ**, RUT N° 8.482.027-K, domiciliado en calle Chacabuco N° 310, comuna de Puerto Aysén (todos en adelante los «Reclamantes»), interpusieron ante este Tribunal reclamación conforme a los arts. 20 y 29 de la Ley N° 19.300, en relación con el art. 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 0914 (en adelante la «Resolución Reclamada»), de 5 de agosto de 2016, dictada por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante «Director Ejecutivo del SEA» o el «Reclamado»), que ejecutó el acuerdo N° 01/2016, de 18 de enero de 2016, adoptado por el Comité de Ministros (en adelante el «Comité») referido en el art. 20 de la Ley N° 19.300.

La Resolución Reclamada resolvió las reclamaciones administrativas interpuestas por los Reclamantes, fundadas en la falta de consideración de las observaciones ciudadanas, contra la Resolución Exenta N° 180, de 16 de septiembre de 2013 (en adelante la «RCA»), dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén, que calificó ambientalmente favorable el proyecto «Central Hidroeléctrica Cuervo» (en adelante el «Proyecto»), cuya titularidad corresponde a la empresa Energía Austral Spa (en adelante el «Titular»).

- 2°. Los Reclamantes argumentaron que ellos formularon observaciones durante la etapa de participación ciudadana de la evaluación ambiental del Proyecto. En síntesis, sostuvieron que se debió rechazar el Proyecto, ya que estiman que su evaluación no se hizo cargo de forma efectiva de los impactos que generaría, relativos no sólo a la línea de base geológica y sísmológica, sino que respecto al derecho a la integridad física y psíquica de aquellas personas que habitan en las cercanías de la zona donde se pretende emplazar el Proyecto, así como también respecto de la ausencia de consideración del cambio climático en la evaluación del proyecto, la insuficiencia de las medidas de compensación de humedales y bosques, la infracción del Convenio para la Diversidad Biológica y la Ley de Caza, la falta de evaluación íntegra del proyecto por fraccionamiento del mismo, al no incluir la evaluación de la línea de transmisión y, por

último, la existencia de impactos no evaluados producidos por la medida de mitigación de construcción de extensión del camino X-528.

- 3°. En su presentación, los Reclamantes solicitaron que el Tribunal deje sin efecto la ‘resolución reclamada, y que en definitiva, revoque la calificación ambiental favorable del Proyecto.

#### **A. Antecedentes del acto administrativo reclamado**

- 4°. De los antecedentes administrativos acompañados en estos autos por el reclamado, a fs. 262 y ss., consta que:

- a) El 13 de agosto de 2009, los Sres. Alberto Quiñones Moraga y Cristián Núñez Riveros, en su calidad de representantes legales del Titular, ingresaron al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante «SEIA») el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante «EIA») del Proyecto.
- b) El 20 de agosto de 2009, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la XI Región admitió a trámite el EIA del Proyecto.
- c) El 28 de diciembre de 2011, el SEA regional emitió el Informe Consolidado de Evaluación (en adelante «ICE») del Proyecto, que fue remitido a los diversos organismos de la Administración del Estado con competencia en materia ambiental mediante Ordinario N° 1600, de la misma fecha, con la finalidad que dichos organismos emitieran sus pronunciamientos respectivos.
- d) El 9 de enero de 2012, el Sr. Rodrigo De Los Reyes Recabarren, abogado, en representación de 14 personas presentó ante la Il. Corte de Apelaciones de Coyhaique acción de protección en contra del Director Regional del SEA y la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén (en adelante «COEVA de Aysén»). Argumentó que la autoridad ambiental convocó a una sesión para calificar ambientalmente el Proyecto, vulnerando las garantías constitucionales de derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas.
- e) El 16 de febrero de 2012, la Il. Corte de Apelaciones de Coyhaique decidió rechazar el fondo del recurso de protección. Dicha sentencia fue apelada para ante la Excm. Corte Suprema de Justicia.
- f) El 8 de mayo de 2012, la COEVA de Aysén dictó la Resolución Exenta N° 187/2012, mediante la cual calificó ambientalmente favorable el Proyecto.
- g) El 11 de mayo de 2012, la Excm. Corte Suprema de Justicia hizo lugar al recurso de apelación, acogió el recurso de protección, dispuso la nulidad del citado ICE y ordenó la elaboración de un nuevo Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (en adelante «ICSARA») en relación con un estudio de suelos indicado por el Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante «Sernageomin»).
- h) El 5 de junio de 2012, mediante Resolución Exenta N° 206, la COEVA de Aysén ordenó retrotraer el procedimiento administrativo de evaluación ambiental del Proyecto a la etapa de elaborar un ICSARA N° 5, con la finalidad que el Titular realizara el estudio exigido por el Sernageomin, conforme a lo ordenado por la Excm. Corte Suprema de Justicia.
- i) El 26 de agosto de 2013, se realizaron cuatro presentaciones ante el SEA regional, solicitándose en idénticos términos la apertura de una nueva etapa de participación ciudadana para efectos de formular observaciones respecto del Proyecto; dichas solicitudes fueron rechazadas por la COEVA de Aysén mediante la Resolución Exenta N° 171/2013, de 29 de agosto de 2013.
- j) El 29 de agosto de 2013, el SEA regional dictó un nuevo ICE respecto al ETA del Proyecto.
- k) El 16 de septiembre de 2013, la COEVA de Aysén dictó la RCA del Proyecto.
- l) Mediante presentaciones de 18 de octubre de 2013, los Reclamantes interpusieron ante el Comité reclamaciones administrativas en contra de la RCA que calificó ambientalmente favorable el Proyecto, conforme a lo dispuesto en el art. 29 de la Ley N° 19.300.
- m) El 8 de octubre, 27 de octubre y el 11 de noviembre, todos del año 2014, el Director Ejecutivo del SEA dictó, respectivamente, las Resoluciones Exentas N° 0891/2014, N° 1000/2014 y 1124/2014,

por las que admitió a trámite las reclamaciones administrativas interpuestas por el Sr. Hugo Díaz Márquez, CODEFF y CODESA, respectivamente.

- n) El 28 de julio de 2015, el Director Ejecutivo del SEA ofició a los diversos Organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental solicitando que estos emitieran sus pronunciamientos dentro del ámbito de sus competencias, con el objeto de resolver las reclamaciones administrativas.
- o) El 16 de diciembre de 2015, por Memorándum N° 035/15, el Director Regional del SEA remitió informe al Director Ejecutivo del SEA en el marco de las reclamaciones administrativas ya referidas.
- p) El 18 de enero de 2016, el Comité adoptó el Acuerdo N° 01/2016, resolviendo rechazar la reclamación administrativa interpuesta por el Sr. Hugo Díaz Márquez, y acogiendo parcialmente las reclamaciones presentadas por CODEFF y CODESA, todas en relación con la RCA que calificó ambientalmente el Proyecto.
- q) El 5 de agosto de 2016, el Director Ejecutivo del SEA dictó la Resolución reclamada, que ejecutó el referido Acuerdo.

## **B. Antecedentes del proceso de reclamación**

5°. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella, en autos consta lo siguiente:

- a) A fs. 1 y ss., el 20 de septiembre de 2016, los Reclamantes interpusieron ante este Tribunal reclamación en contra de la Resolución Reclamada. Junto con la reclamación, se acompañaron los siguientes documentos:
  - i) Copias autorizadas de escrituras públicas de mandato judicial y administrativo constituidas por los Reclamantes;
  - ii) Artículo titulado «*Submarine earthquake rupture, active faulting and volcanism along the major Liquiñe-Ofqui fault zone and implications for seismic hazard assessment in the Patagonian Andes*», elaborado por Gabriel Vargas y otros, publicado en la revista «*Andean Geology*» del año 2013;
  - iii) Artículo titulado «*Seismo-tectonic structure of the Aysén Region, Southern Chile, inferred from the 2007 MW-6.2 Aysén earthquake sequence*», elaborado por Hans Agurto y otros, publicado en la revista «*Geophysical Journal International*» del año 2012; y
  - iv) Artículo denominado «*Seismicity distribution in the vicinity of the Chile triple junction, Aysén Región, Southern Chile*», elaborado por Hans Agurto-Detzel y otros, publicado en la revista «*Journal of South American Earth Sciences*», del año 2014.
- b) A fs. 168, el 21 de septiembre de 2016, se admitió a trámite la reclamación, solicitando el Tribunal informe al Reclamado de conformidad al art. 29 de la Ley N° 20.600.
- c) A fs. 172 y ss., el 5 de octubre de 2016, compareció en estos autos el Director Ejecutivo del SEA, solicitando ampliación de plazo para evacuar el informe respectivo, además, confirió patrocinio y poder; este Tribunal acogió la solicitud de ampliación de plazo, y tuvo presente el patrocinio y poder conferidos, a fs. 177.
- d) A fs. 178 y ss., el 6 de octubre de 2016, compareció el Sr. José Luis Fuenzalida Rodríguez, abogado, en representación del Titular, solicitando se le reconozca a este la calidad de tercero coadyuvante; a fs. 184, y atendido que el Director Ejecutivo del SEA aún no evacuaba el informe requerido, este Tribunal resolvió esperar el cumplimiento de dicha diligencia para proveer la solicitud referida precedentemente.
- e) A fs. 185 y ss., el 12 de octubre de 2016, el Director Ejecutivo del SEA evacuó el informe respectivo y acompañó copia autenticada del expediente administrativo de evaluación



ambiental que dio lugar a la RCA del Proyecto y del expediente administrativo de reclamación que dio lugar a la Resolución Reclamada.

- f) A fs. 32033, el 21 de octubre de 2016, este Tribunal tuvo por evacuado el informe requerido, y por acompañados los documentos. Además, respecto a la presentación de fs. 178 y ss., se tuvo como tercero coadyuvante al Titular.
- g) A fs. 32035 y ss., el 28 de octubre de 2016, compareció en estos autos la Sra. María Josefina Correa Pérez, abogada, en representación de doña María Fernanda Salinas Urzúa y de doña María Belén Gallardo Quintanilla, presentando opinión experta en calidad de *Amicus Curiae*, solicitando que la misma sea considerada en la sentencia definitiva; a fs. 32097, este Tribunal resolvió tenerla por presentada.
- h) A fs. 32098 y ss., el 18 de noviembre de 2016, se decretó autos en relación, fijándose la realización de la audiencia de alegatos para el día miércoles 14 de diciembre del año 2016, a las 09:00 hrs.
- i) A fs. 32100 y ss., el 7 de diciembre de 2016, el Titular realizó presentación ante este Tribunal, mediante la cual formuló diversas alegaciones tendientes a que sean consideradas por el Tribunal al dictar sentencia definitiva, solicitando el rechazo en todas sus partes de la reclamación; lo que el Tribunal tuvo presente, a fs. 32287.
- j) A fs. 32317 y ss., el 9 de diciembre de 2016, compareció el Sr. Ezio Costa Cordella, abogado, en representación de don Cristián Correa Guzmán, solicitando se le reconociera a éste la calidad de tercero coadyuvante respecto a los Reclamantes; a fs. 32465, previo a proveer dicha presentación, el Tribunal ordenó aclarar el petitorio del escrito en el sentido de definir la parte a quién se pretende coadyuvar; a lo que se dio cumplimiento mediante presentación de fs. 32466.
- k) A fs. 32456, rola certificación emanada del Secretario Abogado de este Tribunal, que da cuenta de la causal de implicancia que afecta al Ministro Sr. Michael Hantke Domas, conforme a lo establecido en la letra a) del art. 9° de la Ley N° 20.600.
- l) A fs. 32495 y ss., el 14 de diciembre de 2016, este Tribunal dio lugar a la solicitud de fs. 32317 y ss., aceptando al Sr. Cristián Correa Guzmán en calidad de tercero coadyuvante de los Reclamantes.
- m) A fs. 32497, rola Acta de Instalación de este Tribunal para efectos de la audiencia de alegatos decretada a fs. 32098, la que tuvo lugar el 14 de diciembre de 2016, como se certifica a fs. 32498, quedando la causa en estudio, como consta a fs. 32499.
- n) A fs. 32500, el 17 de enero de 2017, conforme a lo establecido en el art. 29 de la LTA, el Tribunal decretó las siguientes medidas para mejor resolver:
  - i) Citó a audiencia pública, con el objeto de recibir antecedentes y opiniones técnicas de los estudios incorporados al procedimiento de evaluación de impacto ambiental del Proyecto;
  - ii) Decretó la inspección personal del Tribunal, a desarrollarse en la zona de emplazamiento del Proyecto, ubicado en la comuna de Aysén; y
  - iii) Ordenó traer a la vista, desde el sitio web del SEA, el expediente electrónico que dio lugar a la RCA.
- o) Mediante resolución complementaria de fs. 32511, se determinó que la audiencia pública se efectuaría en dependencias de este Tribunal, el día jueves 30 de marzo del presente año; además, se fijó la realización de la inspección personal del Tribunal para el día lunes 20 de marzo de 2017.
- p) A fs. 32526 y ss., rola Acta de inspección personal del Tribunal, la que da cuenta del cumplimiento de dicha diligencia, efectuada en la zona de emplazamiento del Proyecto, conforme a lo dispuesto a fs. 32500.
- q) A fs. 32543 y ss., rola Acta de audiencia pública, la que se desarrolló en dependencias de este Tribunal. Dicha Acta da cuenta de las declaraciones que realizaron los expertos técnicos que participaron en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del Proyecto.

- r) Mediante presentaciones que rolan a fs. 32603, 32642, y 32702, todas de 5 de abril de 2017, el Director Ejecutivo del SEA, los Reclamantes, y el Titular, respectivamente, formularon observaciones respecto a las declaraciones efectuadas por los expertos técnicos durante el desarrollo de la audiencia pública decretada a fs. 32500. El Tribunal resolvió tener presente dichas observaciones a fs. 33750.
- s) El 3 de mayo de 2017, el Tribunal recibió el Oficio N° 134, remitido por el Departamento de Criminalística de Carabineros de Chile (sección Coyhaique), que contiene informe pericial fotográfico levantado a raíz de la inspección personal del Tribunal; esta Magistratura resolvió incorporar a sus antecedentes el Oficio referido, a fs. 33775.
- t) A fs. 33776 y ss., el 5 de mayo de 2017, el Titular solicitó tener por acompañados los siguientes documentos: (i) Ord. N° E-11056, de 10 de abril de 2017, de la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región de Aysén; y, (ii) Carta emitida por el Titular, de 27 de abril de 2017, recibida en dicha Secretaría el 2 de mayo de 2017. En subsidio, propuso como medida para mejor resolver, tener por acompañados los documentos ya referidos; resolviendo este Tribunal rechazar tanto la petición principal como la petición subsidiaria, a fs. 33780.
- u) A fs. 33781 y 33782, el 8 de agosto de 2017, la causa quedó en acuerdo y se designó ministro redactor.

## CONSIDERANDO:

**Primero.** Que los Reclamantes recurrieron en contra de una resolución del Director Ejecutivo del SEA, que rechazó las reclamaciones administrativas interpuestas, fundadas en la falta de consideración de las observaciones ciudadanas en la RCA del Proyecto Central Hidroeléctrica Cuervo, que pretende emplazarse en la comuna de Aysén.

En concepto de los Reclamantes, la Resolución Reclamada adolecería de varios vicios. Primero, que en relación con los aspectos sismológicos del Proyecto, ha decidido erróneamente aplicar solamente el principio preventivo, cuando debió aplicar también el principio precautorio. Segundo, que omitió una evaluación de la percepción del riesgo y de afectación a los sistemas de vida. Tercero, que la determinación fáctica respecto de las compensaciones de bosques y humedales no consideró el factor de cambio climático y fueron además insuficientes desde un punto de vista ecosistémico. Cuarto, que hay infracción del Convenio para la Diversidad Biológica y el art. 9° de la Ley de Caza, respecto de la afectación de las especies Ranita de Darwin, Puye y Huillín. Quinto, que existió fraccionamiento de la línea de transmisión que debe considerar el Proyecto para su viabilidad. Sexto, que hubo impactos no evaluados por la medida de mitigación de construcción de extensión del camino X-528. Los Reclamantes solicitaron la Resolución Reclamada se deje sin efecto y, en definitiva, se revoque la calificación ambiental favorable del Proyecto.

Por su parte, el Director Ejecutivo del SEA informó que la Resolución Reclamada fue dictada de conformidad a la normativa vigente, por lo que solicitó que se rechazare la reclamación, con costas. Primero, señaló que, en relación con los aspectos sismológicos del Proyecto, ha decidido correctamente por tratarse de una zona naturalmente sísmica, y que aplicó tanto el principio preventivo, cuando el principio precautorio. Segundo, que a nivel legal y reglamentario no se exige una evaluación de la percepción del riesgo y de afectación a los sistemas de vida. Tercero, que la determinación fáctica respecto de las compensaciones de bosques y humedales solo considera impactos locales, por tanto no es obligatorio considerar el factor de cambio climático, y que de todas formas las compensaciones fueron suficientes. Cuarto, que no existe infracción del Convenio para la Diversidad Biológica ni al art. 9° de la Ley de Caza, respecto de la afectación de las especies Ranita de Darwin, Puye y Huillín. Quinto, que no existió fraccionamiento de la línea de transmisión que debe considerar el Proyecto para su viabilidad. Sexto, que no hubo impactos no evaluados por la medida de mitigación de construcción de extensión del camino X-528. La Reclamada solicitó que se confirmará la legalidad de la Resolución Reclamada.

## I. Argumentos de las partes

**Segundo.** Que, respecto de las alegaciones que se refieren a la determinación fáctica de la Administración, se está ante una controversia probatoria, que ataca los motivos del acto administrativo. Donde el Comité de Ministros ha considerado que existe suficiente evidencia para descartar impactos o aceptar medidas de mitigación, compensación o reparación, los Reclamantes creen que tal evidencia es insuficiente y, por tanto, que el Proyecto debió ser rechazado. Esto inevitablemente reconduce al estándar de prueba que debe tener la Administración

para dar por acreditado un hecho, esto es, si racionalmente puede aceptarse que una hipótesis de los hechos es verdadera. Una hipótesis de los hechos se debe constituir en motivo de una decisión administrativa o judicial porque supera un estándar de probabilidad, y por tanto se tendrá por verdadera, aun cuando finalmente no lo sea. El valor de confianza asociado a la probabilidad de que una hipótesis fáctica sea cierta se determina a través de las reglas de la sana crítica, pues asumimos que dicho estándar es esencialmente idéntico a la apreciación en conciencia que contiene el art. 35 de la LBPA y el resultado será contrastado contra el estándar de prueba.

**Tercero.** Que, desde luego lo óptimo es que no se cometan errores en la determinación fáctica, pero si esto ocurre, es necesario indagar sobre la preferencia social entre falsos positivos y negativos. En el procedimiento administrativo, el estándar aplicable en materia penal está generalmente descartado, es decir lo determinación de hecho no debe hacerse más allá de toda duda razonable. En materia ambiental esto es notorio, pues el art. 25 quinquies de la LBGMA se refiere expresamente a errores predictivos en la evaluación ambiental, evidenciadas a través del plan de seguimiento. Por su parte, la aplicación del principio preventivo permite descartar cualquier determinación de hecho que sea inferior a la probabilidad preponderante. Por tanto, se aplicará un estándar de prueba que comenzará en la preponderancia de la prueba (estándar normal), y puede llegar a ser el de prueba clara y convincente (estándar intermedio), es decir, que se necesite superar un valor de confianza intermedio entre preponderancia de la prueba (estándar normal) y más allá de toda duda razonable (estándar exigente).

**Cuarto.** Que, con estas consideraciones, para las controversias que contienen cuestionamientos a la determinación fáctica de la Administración, se analizará la evidencia del expediente administrativo y judicial, y se establecerá en qué grado comparte la determinación fáctica de la Administración, reconociendo que ésta goza de una razonable discrecionalidad al respecto. Si no se ha discutido la norma jurídica aplicada a esa determinación fáctica, confirmará la decisión de la Administración; pero si se ha discutido, se revisará en consecuencia. Por último, en las alegaciones donde no se cuestiona la determinación fáctica de la Administración, sino la norma jurídica aplicada, también se revisará en consecuencia.

## **II. Determinación de las controversias**

### **1. Determinaciones respecto de la sismicidad**

**Quinto.** Que, los Reclamantes señalan que la zona de emplazamiento tiene un riesgo natural, debido a su situación geológica y sísmica, y que la ejecución del Proyecto añadirá riesgo a través de la sismicidad inducida. Agrega que ese nuevo riesgo debe manejarse con un enfoque de precaución y no de prevención, indicando que se crea una situación de riesgo y probabilidad, no una de riesgo e incertidumbre, y que tampoco hay diferencias entre sismicidad inducida y activada. Añaden que la Administración llega a conclusiones cuestionables acerca de la sismicidad inducida o activada, y que la decisión se tomó en base a un informe incompleto de Sernageomin.

#### **a) Determinación fáctica sobre existencia o no de riesgo añadido por el Proyecto**

**Sexto.** Que, los Reclamantes señalan que la Resolución reclamada descarta todas las situaciones de riesgo observadas por ellos, pues concluye que el Proyecto no añade riesgo al naturalmente existente. En su opinión, como el Proyecto está ubicado sobre la Zona de Falla Liquiñe-Ofqui (en adelante “ZFLO”), existe un riesgo natural en el escenario sin proyecto, pero el proyecto provocará nuevas situaciones de riesgo, como: (i) rotura de represa y la consecuente descarga en el fiordo, (ii) desborde del espejo de agua por el portezuelo del Río Tabo, o que pase por ahí una avalancha piroclástica, (iii) rotura de los incineradores de elementos tóxicos cerca de la falla Meullín, ubicados a distancias mal calculadas por malinterpretar el art. 48 letra a) del DS N° 148/2003 MINSAL, Reglamento Sanitario sobre manejo de residuos peligrosos, y (iv) sismicidad inducida, en particular porque no se ha estudiado cómo influirá el proyecto en la frecuencia e intensidad de los sismos durante su vida útil, así como las consecuencias geológicas asociadas a la mayor cantidad de vibraciones a las que estaría expuesta el área de influencia, susceptible de remociones en masa. Cabe señalar desde ya que los Reclamantes se centran sólo en el punto (iv) sismicidad inducida, y respecto de las demás no hacen mayor elaboración, sino a título meramente ilustrativo, por tanto el Tribunal no se pronunciará sobre ellas.

**Séptimo.** Que, los Reclamantes, centrados exclusivamente en la situación de riesgo de sismicidad inducida, alegan que la Resolución reclamada contiene conclusiones contradictorias. Esto se debería a que diferencia entre

sismicidad inducida y sismicidad activada, cuando en la PAC se solicitó evaluar el nexo causal entre el embalse y la ocurrencia de sismos, y se respondió que no es esperable ni sismicidad inducida, ni activada.

En ese sentido, afirma que se aceptaron las consideraciones técnicas del titular, de distinguir entre ambos tipos de sismicidad antropogénica, en el considerando 19.9.6.3., con la finalidad de concluir que al tratarse de sismicidad activada, hay poca información científica sobre el tema, lo que le permite descartar la existencia de riesgos.

**Octavo.** Que, no obstante, los Reclamantes consideran que incluso de tratarse de sismicidad activada, se está en un escenario de incertidumbre y por tanto aplica el principio de precaución en vez del de prevención. En ese sentido, consideran que la resolución es contradictoria al señalar que ante un vacío de información, que produce el escenario de incertidumbre, la decisión es descartar la existencia de riesgos. Agrega que para descartar la posibilidad de sismicidad inducida, el considerando 19.9.6.2. de la Resolución reclamada considera los siguientes factores: (i) efecto del peso del agua en las tensiones internas del suelo; (ii) efectos de la presión de poros en la zona de falla; (iii) efectos corrosión o dilución química en la falla; (iv) condición sísmica de la zona; (v) velocidad de llenado; y (vi) consideraciones de diseño de la presa; pero reitera que esto es un error porque no hay certidumbre sobre el fenómeno físico, por lo que no son requisitos, sino apenas factores. Añaden además que para la decisión no se consideró el documento «Submarine earthquake rupture, active faulting and volcanism along the major Liquiñe-Ofqui fault zone and implications for seismic hazard assessment in the Patagonian Andes», elaborado por Gabriel Vargas y otros, publicado en la revista «Andean Geology» del año 2013.

Noveno. Que, la Reclamada refuta esta alegación, reafirmando que debe descartarse la sismicidad activada como consecuencia directa del Proyecto, en cuanto éste se encuentra en una zona naturalmente sísmica, y que el Proyecto se ha diseñado habida consideración de los factores técnicos correspondientes: (i) efecto del peso del agua en las tensiones internas del suelo; (ii) efectos de la presión de poros en la zona de falla; (iii) efectos corrosión o dilución química en la falla; (iv) condición sísmica de la zona; (v) velocidad de llenado; y (vi) consideraciones de diseño de la presa. Agrega que todos aspectos fueron considerados en la evaluación ambiental, conforme a los antecedentes técnicos descritos por el Titular.

**Décimo.** Que, respecto del (i) efecto del peso del agua en las tensiones internas del suelo, la Reclamada afirma que la sismicidad inducida sólo se ha observado en presas de gran altura, con nivel de sobrecarga de agua de más de 100 m., cuando en el caso del proyecto el aumento de nivel por efecto del embalse es de alrededor de 40 m., por lo cual no se dan las condiciones para que se produzca sismicidad inducida. Añade que en caso de erupciones volcánicas del Cay y Maca que pudiesen generar volumen de material para rebalsar el pretil del embalse, se determinó que no cambiaba la conclusión, porque en el peor escenario eruptivo el aumento máximo de nivel medio del embalse será inferior a 1 m.; por tanto resultaría improbable que el flujo lahárico logre elevar suficientemente el nivel de las aguas de éste para originar un flujo hacia el río Tabo a través del sector del Portezuelo, el cual tiene su cota más baja a 543 m.s.n.m., por lo tanto, tiene una holgura de 16 m sobre el nivel de embalse alzado por el lahar. Por tanto descarta que produzca algún desencadenante de sismicidad, o que se desborde la represa por el sector Portezuelo. Sin embargo, los Reclamantes se oponen a dicha conclusión, indicando que en realidad esta explicación aplica para el factor (vi) consideraciones de diseño de la presa, pero no para éste factor. En ese sentido, agrega que este factor está mal calculado pues solo considera la altura de la presa, y no todo el volumen que existirá, que reúne los volúmenes existentes más el que se generará con la inundación, y por tanto la columna de agua será de 200 m. Este error resultaría en que la altura de la presa no bastaría para determinar el peso del agua sobre las tensiones naturales del suelo, pues el aumento de dichas tensiones no es lineal, sino exponencial.

**Undécimo.** Que, respecto de los (ii) efectos de la presión de poros en la zona de falla, la Reclamada afirma que determinó que este fenómeno es poco probable que ocurra en el lugar de emplazamiento del Proyecto debido a que, a diferencia de la gran mayoría de los casos estudiados, el embalse se emplazará sobre dos lagos existentes. Estos lagos se formaron una vez finalizada la última glaciación en la zona, ocurrida hace aproximadamente 14.600 años, por lo que ha existido un tiempo considerable en el cual el agua almacenada en estos lagos puede haber infiltrado a través de las estructuras geológicas. De este modo, el efecto del proyecto consistirá en el aumento de la cota de agua en 40 m. por sobre la cota media de los lagos existentes, en vez de realizar el llenado de un embalse seco, o sin un volumen de agua inicial. Por tanto descarta que produzca algún desencadenante de sismicidad. Al respecto, los Reclamantes no hicieron ninguna alegación, y por tanto están contestes en esta determinación.

**Duodécimo.** Que, respecto de los (iii) efectos de corrosión o dilución química en la falla, la Reclamada determinó que le aplica la misma explicación del número (ii), estimándose poco probable su ocurrencia en el

lugar de emplazamiento del Proyecto. Por tanto descarta que produzca algún desencadenante de sismicidad. Al respecto, los Reclamantes no hicieron ninguna alegación, y por tanto están contestes en esta determinación.

**Decimotercero.** Que, respecto de las (iv) **condiciones sísmicas de la zona de falla**, la Reclamada determinó que este factor se encuentra debidamente abordado por el Titular, ya que los estudios de sismicidad asociados a la ZFLO han sido considerados en el diseño del Proyecto. Por tanto descarta que produzca algún efecto. Sin embargo, los Reclamantes objetan dicha conclusión, indicando que de la información aportada por el Titular y de acuerdo a los registros de la época en que se manifestó el enjambre sísmico de 2007, la aceleración horizontal máxima esperada, asociada al sismo de mayor magnitud que se proyecta en la zona, es de 0,56g, decreciente a 6 km de la fuente a 0,4g, señalando además que sería menor a la sismicidad regional. Pero advierte que el estudio indica que la medida de aceleraciones se realizó en la Estación Sismológica de Coyhaique, esto es, a más de 80 km. del área de influencia directa del embalse; y añade que desde el punto de vista físico, la relación entre distancia y magnitud de un sismo es inversamente proporcional, por lo cual es necesario realizar un ajuste de atenuación al resultado obtenido. Los Reclamantes reconocen que tal atenuación es aplicada por el Titular, y destaca que éste indica que la aceleración máxima esperada es una estimación poco precisa, por lo que no se puede elaborar un modelo de atenuación exacto.

**Decimocuarto.** Que, respecto de la (v) **velocidad de llenado**, la Reclamada determinó que dada la gran superficie ocupada por los lagos Meullín y Yulton, y considerando el caudal medio afluente a éstos (100 metros cúbicos por segundo), el peralte del nivel de los lagos hasta formar el embalse será un proceso extremadamente lento, que tardará aproximadamente 17 meses en condiciones de hidrología media. Por tanto descarta que produzca algún efecto. Al respecto, los Reclamantes no hicieron ninguna alegación, y por tanto están contestes en esta determinación.

**Decimoquinto.** Que, respecto de las (vi) **consideraciones de diseño de la presa**, la Reclamada determinó que el proyecto deberá presentar la solicitud de construcción de las obras el art. 294 del Código de Aguas, denominadas «Obras Hidráulicas Mayores», que corresponde al Permiso Ambiental Sectorial del artículo 101 del D.S. N° 95 de 2002 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia -en adelante «PAS 101»-; y añade que de acuerdo al art. 295 del citado código, la Dirección General de Aguas -en adelante «DGA»- otorgará la autorización una vez aprobado el proyecto definitivo y siempre que haya comprobado que la obra no afectará la seguridad de terceros ni producirá la contaminación de las aguas. Pero advierte que, para efectos del art. 295 recién citado, los aspectos relacionados con el diseño de la presa deberán abordarse al tramitar la autorización sectorial que otorgue la DGA, añadiendo que dicho servicio ya se pronunció en el SEIA en relación a los aspectos ambientales, velando por la seguridad de terceros y no contaminación de las aguas, por lo que este factor se encuentra debidamente abordado por el Titular. Por tanto descarta que produzca algún efecto. Al respecto, los Reclamantes no hicieron ninguna alegación, y por tanto están contestes en esta determinación.

**Decimosexto.** Que, en relación a éste último punto, la Reclamada también señaló que se analizó la seguridad de las obras ante eventos sísmicos, para lo que el diseño del Proyecto Decimoquinto. Que, respecto de las (vi) consideraciones de diseño de la presa, la Reclamada determinó que el proyecto deberá presentar la solicitud de construcción de las obras el estudio la ZFLO. Tras esto, el Titular indicó los métodos constructivos considerados dada la zona de emplazamiento del Proyecto. Respecto de las obras asociadas al Sistema de Aducción, el Titular señaló que el trazado del túnel se ha diseñado privilegiando atravesar las fallas geológicas identificadas, en forma perpendicular, con el objeto de minimizar riesgos en las zonas tectónicas, y adoptando en las intersecciones las precauciones pertinentes en cuanto a fortificaciones. Respecto de la localización del Sistema de Generación Eléctrica, señaló que se ubicará en el sector que cuenta con la roca más sana del sector, alejada de las fallas geológicas mayores en su entorno cercano, dando así seguridad para el diseño y construcción de las obras subterráneas; y que el macizo rocoso atravesado por el túnel bajo el valle del río Cuervo, sería de regular a buena calidad. Respecto del peligro de licuefacción, señaló que se determinó como alto para todos los materiales potencialmente licuables, dado que la probabilidad de ocurrencia de sismos asociados a fallas potencialmente activas es alta.

**Decimoséptimo.** Que, la Reclamada agregó que en el marco del SEIA, el Sernageomin revisó los nuevos antecedentes aportados por el Titular, mediante el Ord. N° 1643, de 1 de septiembre de 2015, y estimó que los antecedentes técnicos proporcionados eran aptos para definir la seguridad de las presas, concluyendo que para el estudio de estabilidad de las presas se consideró una aceleración horizontal de 0,53g. Este valor utilizado se considera aceptable para el diseño de estabilidad del proyecto, considerando que el sismo ocurrido en Aysén el 21 de abril del 2007 (Mw 6,2, prof 6km), desencadenó remociones en masa de diferentes tipos y volúmenes, y un posterior tsunami causado por las masas de roca que cayeron al mar, generó aceleraciones

horizontales máximas de 0,388g. Por lo anterior, la Reclamada expone que durante la evaluación ambiental del Proyecto se consideró una magnitud de sismicidad adecuada en el diseño de las obras, así como un plan de alerta temprana y contingencia, con el objeto de enfrentar dichos sismos. Sin embargo, los Reclamantes indican que tal determinación es incorrecta, porque el estudio se basa en modelar el sismo de mayor intensidad y menos periodo de retorno, pero no considera los efectos acumulativos que puedan tener sismos inducidos que alcancen una menor intensidad, pero una mayor frecuencia, precisamente porque rechaza de antemano la posibilidad de ocurrencia del fenómeno. Agrega que la sismicidad antropológica, sea inducida o activada, produce una mayor actividad sísmica y, por tanto, una mayor exposición al riesgo, siendo la magnitud sólo un factor adicional para medir el riesgo, pero no es el riesgo en sí mismo. Agregan que siempre se ha abordado tanto las observaciones y las reclamaciones respecto a este tema, como si apuntaran a indagar sobre la mayor magnitud de un sismo generado por el embalse, cuando en realidad se apunta al aporte que hace el embalse a la ocurrencia de más sismos en la zona y cómo ello influye en la calidad de vida de las personas expuestas al fenómeno, dado que su percepción del riesgo sísmico es mayor por haber sido víctimas recientes de una situación sin mayores precedentes en la zona, como fue el enjambre sísmico de 2007.

**Decimoctavo.** Que, la Reclamada también agregó que en el marco del SEIA, la DGA intervino, y entre otros aspectos, se pronunció favorablemente sobre el PAS 101. Para su otorgamiento, la DGA debe velar porque las obras cuya construcción es sometida a su autorización no afecten la seguridad de terceros ni genere contaminación de las aguas. Para lo anterior, la DGA formuló observaciones al Titular, requirió información adicional que motivó la presentación de una serie de antecedentes técnicos complementarios respecto de las presas, e impuso condiciones que se plasmaron en la RCA, con la finalidad de resguardar la seguridad de terceros aplicando desde entonces su mandato legal, no obstante que legalmente puede dar cumplimiento a ello con posterioridad, cuando efectivamente se solicite el PAS 101 ante el órgano sectorial.

**Decimonoveno.** Que, sobre éste último aspecto, la Reclamada sostuvo que el pronunciamiento de la DGA en el SEIA consideró aspectos técnicos que podían evaluarse al solicitar el mencionado PAS, pero que esto se justifica en el orden de coherencia lógica de tramitación del PAS 101, puesto que para la aprobación del permiso de obras hidráulicas mayores, se requiere contar con una RCA aprobada, conforme lo señala el Manual de Recursos Hídricos de la DGA, del año 2008, y el D.S. N° 50 de 2015, del MOP, Reglamento de Obras Mayores. Por esto, es ineficiente que la DGA no considere los aspectos técnicos básicos para garantizar la seguridad de terceros y contaminación de las aguas, pues con posterioridad deberá aprobar las mismas obras, que requieren de una RCA favorable previa. De manera que, existe una doble revisión, en que la DGA evaluará el otorgamiento sectorial del permiso antes referido, revisando una vez más y con mayor detalle cada uno de los antecedentes técnicos de las obras contenidos en la solicitud de autorización de obras mayores, cuyo contenido mínimo se encuentra establecido en el Reglamento de Obras Mayores. Agrega que el PAS 101 es uno de carácter mixto, por lo que la DGA no podrá rechazarlo por motivos ambientales, pero si puede hacerlo por aspectos técnicos en caso de advertir incumplimiento normativo al citado reglamento o se afecte la seguridad de terceros. Por eso considera que ese doble control es útil ya que el pronunciamiento en el SETA no es vinculante respecto de los detalles técnicos de las obras que pudiese considerar vulnerables más adelante, a lo que se añade que en la tramitación de dicho permiso existe un periodo de oposición que permite intervenir a los interesados. Agrega también que la DGA debe recibir las obras una vez construidas, y que en la solicitud de recepción de obras, el Titular éste debe acompañar el listado extenso de antecedentes requeridos en el Reglamento de Obras Mayores, que entre otros, incluye fotografías del periodo constructivo, a fin de acreditar las obras han sido ejecutadas conforme a la resolución respectiva, y sólo en dicho caso otorgará la recepción que permita iniciar la operación del Proyecto.

**Vigésimo.** Que, la Reclamante agregó que efectivamente no se consideró el documento «Submarine earthquake rupture, active faulting and volcanism along the major Liqueñe-Ofqui fault zone and implications for seismic hazard assessment in the Patagonian Andes», elaborado por Gabriel Vargas y otros, publicado en la revista «Andean Geology» del año 2013, por parte de Sernageomin, aunque si lo fue por el SEA y por el Comité de Ministros, aunque en cualquier caso, aun teniendo ese informe, no se cambiaría la decisión de pronunciamiento favorable emitido por Sernageomin. Sin embargo, los Reclamantes, aunque mantienen que no se consideró dicho estudio por el Sernageomin, reconocen que lo que éste acusa es una situación geológica de alto cuidado que obliga a la autoridad a tomar medidas de precaución y prevención, y que las conclusiones numéricas entre estos estudios y los ofrecidos por el titular en la evaluación de su proyecto, no difieren en demasía; pero indican que desde el punto de vista del impacto social y de gestión del riesgo, los primeros arrojan resultados menos optimistas que los segundos, cuya finalidad es descartar todo riesgo.

**Vigésimo primero.** Que, el Tribunal observa que todas las partes están contestes en que el proyecto se emplaza en una zona naturalmente sísmica; y que la cota máxima normal del embalse proyectado, que uniría los



lagos Meullín y Yulton, subiría 40m. por encima de la cota promedio actual de ambos lagos. Pero discrepan ligeramente en las definiciones de sismicidad activada e inducida, y en sus alcances dentro del SEIA, aunque para efectos de los Reclamantes, es indiferente si se trata de sismicidad activada o inducida, pues señala que en ambas influye la actividad humana, aun cuando buena parte de su argumento se basa en que la sismicidad inducida debió tratarse bajo el principio precautorio.

**Vigésimo segundo.** Que, la activación sísmica es el incremento relativo en el número de terremotos o de energía en cualquier área de una región activa sísmicamente, dentro de un cierto intervalo de tiempo, en comparación con observaciones de largo plazo en la misma región (Sobolev, 2011). Por su parte, la sismicidad antropogénica es cualquier evento sísmico respecto del cual puede mostrarse razonablemente que la actividad humana es su causa o su mayor influencia, y pueden subdividirse en sismicidad activada e inducida. La sismicidad activada corresponde a un evento que habría ocurrido de cualquier manera debido a las condiciones de tensión del área, por lo que la actividad humana únicamente ha adelantado la ocurrencia del evento sísmico. La sismicidad inducida corresponde a un evento que no había ocurrido debido a las condiciones de tensión del área, por lo que sin actividad humana nunca hubiera ocurrido (Klose, 2013).

**Vigésimo tercero.** Que, por otra parte, la sismicidad antropogénica de tipo inducida se cree que ocurre de dos maneras, una por el aumento del peso de la columna de agua a medida que es más alta, aumentando las tensiones internas del suelo, y otra porque el agua se filtra en el suelo y subsuelo cambiando la presión de fluido en los poros y fisuras, o por corrosión o dilución química, factores que fueron analizados en el SEIA.

Se añade a esto que existe consenso en que otro factor contributivo a la sismicidad antropogénica -sin ser un factor antropogénico- es el régimen de esfuerzos existente en la zona donde se situará el embalse, y que es uno de los objetivos principales de los estudios geológicos y geofísicos previos a la construcción del embalse y que siempre deben considerarse al margen de que éste cause o no sismicidad inducida (Herraiz y Lindo, 1996), factor que fue analizado también el SEIA. Además, en el caso de la sismicidad activada, si bien los eventos sísmicos pueden ocurrir por alguna de las maneras anteriores, y con el factor basal expresado antes, en buena medida estos son indistinguibles de los causados naturalmente, por lo que el factor basal es predominante.

**Vigésimo cuarto.** Que, lo anterior se ilustra claramente cuando los Reclamantes han llamado la atención sobre los riesgos de la sismicidad inducida, refiriéndose al terremoto en la zona de la represa de Koyna, en India, en 1967, pero omiten señalar que la zona donde está ubicada dicha represa era considerada asísmica, es decir, no se observaba activación sísmica ni quiescencia sísmica, por lo que muy probablemente se trató de sismicidad inducida. Pero la ZFLO es muy distinta, tiene actividad sísmica tectónica y volcánica, y por tanto, se debe necesariamente descartar la sismicidad inducida, y como resulta indistinguible la sismicidad activada de la sismicidad natural, es necesario hacerse cargo del riesgo de ambas a través del diseño de ingeniería.

**Vigésimo quinto.** Que, por estar emplazado el proyecto en un área naturalmente sísmica, y aun cuando pueda señalarse que el Proyecto podría producir sismicidad activada -escenario donde los eventos sísmicos pueden adelantar su ocurrencia natural-, esta determinación llevaría inmediatamente a decidir si se trata de un impacto del proyecto o si es una eventual situación de riesgo. En ese sentido, dado que la causa basal de la sismicidad activada es la condición natural del suelo, y que la sismicidad activada provoca una anticipación del evento sísmico, sin que pueda predecirse el adelantamiento temporal ni discriminarse en que parte contribuyó la represa en dicho adelantamiento temporal, no queda sino concluir que el fenómeno tiene mayoritariamente una base natural, y por tanto es una situación de riesgo con la que debe convivir necesariamente el proyecto. Cualquiera de los dos razonamientos, sea que se considere que son indistinguibles o que apenas aumenta la frecuencia, la determinación es idéntica a la alcanzada por el Comité de Ministros, es un riesgo y no impacto, y en cualquier caso se debe diferenciar entre dos tipos de riesgos: (i) el causado por fenómenos naturales y (ii) el causado por contingencias o accidentes, es decir, por el funcionamiento anómalo de un proyecto, y como se señaló por el Comité de Ministros, ambos tipos de riesgos deben ser abordados dentro del SEIA con las medidas de «prevención de riesgos y control de accidentes».

Por tanto, el Tribunal es del parecer que, tal como concluyó el Comité de Ministros, se trata de riesgos causados por fenómenos naturales, y por tanto deben ser abordados dentro del proceso de evaluación no como impactos ambientales, sino que como riesgos.

**Vigésimo sexto.** Que, no obstante, es necesario determinar si se ha hecho correctamente «una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo», como lo exige el art. 12, letra g) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -en adelante «RSEIA»-, habida cuenta que «para tales efectos, se contrastarán cada uno de los elementos del medio



*ambiente descritos, caracterizados y analizados en la línea de base con sus potenciales transformaciones derivadas de la ejecución o modificación del proyecto o actividad, considerando las fases de construcción, operación y cierre o abandono, si las hubiere*». Por tal razón, en el SEIA fue necesario determinar si el proyecto generaba o no sismicidad inducida, y según la respuesta también debió determinarse si se trata de un impacto del proyecto o si es una eventual situación de riesgo.

Por las razones expuestas en el considerando anterior, se reafirmó que el proyecto no provocaba un impacto ambiental en forma de sismicidad inducida o activada, pero sí debía hacerse cargo seriamente del riesgo causado por fenómenos naturales al que estará inevitablemente expuesto. Por ser una zona con actividad sísmica tectónica y volcánica, debe considerarse que el diseño de ingeniería del Proyecto debe abordar ese riesgo, modelando los eventos esperables más extremos. Del examen del expediente administrativo, y sin que los Reclamantes lo contradigan, se modelaron dichos escenarios y se comprometió el diseño correspondiente, siendo éste aprobado por los organismos sectoriales, por la Comisión de Evaluación y por el Comité de Ministros.

**Vigésimo séptimo.** Que refuerza lo anterior el hecho que los Reclamantes ataquen la omisión de consideración por el SERNAGEOMIN del documento «Submarine earthquake rupture, active faulting and volcanism along the major Liquiñe-Ofqui fault zone and implications for seismic hazard assessment in the Patagonian Andes», elaborado por Gabriel Vargas y otros, publicado en la revista «Andean Geology» del año 2013; pero reconozcan que las conclusiones numéricas entre estos estudios y los ofrecidos por el Titular en la evaluación de su Proyecto no difieren en demasía; aunque les preocupa el impacto social y de gestión del riesgo en la población aledaña, porque estima que el citado estudio arroja resultados menos optimistas que los desarrollados por la empresa. Sin embargo, omiten los Reclamantes que el citado estudio fue apoyado por el tercero coadyuvante y Titular del Proyecto, Energía Austral, como reconocen los autores a fs. 137, y que sus conclusiones no difieren de las que presentó la empresa durante la evaluación ambiental. Además, dado el carácter mixto del PAS 101, la DGA tendrá la oportunidad de examinar con detalle la propuesta más específica para la construcción de las obras de la represa, por lo que en esa etapa se podrán exigir las adecuaciones necesarias al proyecto, que eventualmente pueden hacer que el proyecto deba evaluar ambientalmente las adecuaciones.

**Vigésimo octavo.** Que, también se tiene en cuenta que se examinó adecuadamente todos los factores que en una represa pueden dar lugar a sismicidad antropogénica, como (i) efecto del peso del agua en las tensiones internas del suelo; (ii) efectos de la presión de poros en la zona de falla; (iii) efectos corrosión o dilución química en la falla; (iv) condición sísmica de la zona; (v) velocidad de llenado; y (vi) consideraciones de diseño de la presa. Pero la Reclamante únicamente planteó aprehensiones respecto de los factores (i) efecto del peso del agua en las tensiones internas del suelo, y (iv) condiciones sísmicas de la zona de falla, en lo fundamental exigiendo mayores grados de certidumbre y exactitud. No obstante, estas aprehensiones fueron debidamente despejadas durante la evaluación ambiental y ante el Comité de Ministros, sin perjuicio que, como muchos aspectos de la sismología, los mecanismos de la sismicidad antropogénica aún no se conocen bien y es imposible predecir con exactitud qué tipo de represas inducirá más o menos actividad sísmica o la intensidad de la misma. Pero si existe consenso que esta sismicidad activada ocurre en represas con niveles de sobrecarga de más de 100 metros, mientras que el proyecto tendrá solo un nivel de sobrecarga de agua de alrededor de 40 metros; y por otro lado, no cabe duda que las condiciones sísmicas de la zona se modelaron con la mejor información disponible, y se advirtió sobre las limitaciones del modelo. A lo anterior se añade que respecto del factor (iv) los Reclamantes han exigido un modelo exacto, lo que en materia sismológica es imposible. En resumen, los Reclamantes consideran que para descartar los impactos ambientales o los riesgos, o para que se calibren adecuadamente, y para que además se manejen adecuadamente, es necesario demostrar todo lo anterior más allá de toda duda razonable, precisamente porque exigen exactitud. Lo aplicación de dicho estándar ya ha sido descartado, y el Tribunal considera que con la información disponible y la modelación realizada, existe un grado de confianza que supera tanto el estándar normal como el intermedio.

**Vigésimo noveno.** Que, además, como han reconocido los Reclamantes, su verdadera preocupación es por la eventual sismicidad inducida y cómo ello influye en la calidad de vida de las personas expuestas al fenómeno, dado que su percepción del riesgo sísmico sería mayor por haber sido víctimas recientes de una situación sin mayores precedentes en la zona, como fue el enjambre sísmico de 2007. Pero habiéndose descartado que el

Proyecto cause sismicidad inducida o activada, por las razones expuestas, éste capítulo de la reclamación será rechazado.

## **b) Aplicación o no de los principios preventivo y precautorio**

**Trigésimo.** Que, respecto del riesgo de sismicidad inducida, los Reclamantes consideran debe aplicarse el principio precautorio y no el preventivo. Añade que el SEIA responde al principio preventivo, que muestra a la Administración cuáles serán los efectos de un proyecto y le permite verificar que cumple con la normativa ambiental y sectorial; pero también le permite conocer tanto los riesgos como las incertidumbres de ese proyecto, y el titular debe hacerse cargo de ambos y la Administración debe evaluar teniéndolos presente. Añade que esta diferenciación entre riesgo e incertidumbre es la que permite pasar hacia el principio precautorio, que tiene por objetivo que la autoridad prevenga la ocurrencia de situaciones que provoquen daños graves e irreversibles por medio de medidas eficaces por sus costos. En ese sentido, indica que la sismicidad inducida, siendo un riesgo pues se tiene certeza sobre la probabilidad de ocurrencia del mismo, debiera ser abordado aplicando ambos principios.

**Trigésimo primero.** Que, la Reclamada sostuvo que los Reclamantes confunden en diferentes ocasiones su premisa de sismicidad inducida, considerándola en algunos casos como impacto ambiental, en otros como riesgo, y también como un factor que causa un impacto en el medio humano. Acotan que determinar la naturaleza jurídica de la «sismicidad inducida o activada» es de relevancia para considerar el tratamiento que se le ha debido dar en la evaluación ambiental, explicando luego las diferencias entre impacto ambiental y riesgo, señalando que mientras el primero se aborda por medio de medidas de mitigación, compensación y reparación en caso de EIA, y por medio de medidas de manejo en caso de DIA, el segundo se aborda por medio de prevención de riesgos y control de accidentes. Agrega que, habiéndose determinado que es una situación de riesgo, la Comisión de Evaluación y el Director Ejecutivo, conforme corresponda, en la calificación ambiental, así como el Comité de Ministros en la instancia recursiva, deberán velar además por la idoneidad de las medidas de prevención de riesgos y control de accidentes.

**Trigésimo segundo.** Que, respecto del principio precautorio, añadió la Reclamada que el Comité de Ministros determinó que éste «opera en casos de una amenaza potencial, ante la incertidumbre científica, en los cuales la autoridad ambiental debe tener una actuación anticipada, de manera de precaver el daño ambiental futuro», e indica que el principio precautorio se puede interpretar de forma estricta o de forma equilibrada. Una interpretación estricta resulta que ante la más mínima duda no se puede aprobar un proyecto, lo que conlleva irrespetar el principio de proporcionalidad en su aplicación y denegar un trato equitativo. Una interpretación equilibrada resulta en que ante la incertidumbre científica sobre los efectos de un determinado proyecto se deben adoptar medidas de control de riesgos inciertos, pero no puede suponer de antemano la prohibición de toda actividad que entrañe ese riesgo incierto. En cambio, respecto del principio preventivo, el Comité de Ministros señaló que «supone que se adopten medidas de protección del medio ambiente antes de que se produzca un perjuicio a éste, siempre que se constate científicamente la existencia de un peligro real de deterioro ambiental y la necesidad de medidas para evitarlo, siendo preferente a la reparación de daños ambientales; a su vez, el principio precautorio viene a reforzar el principio anterior, superando algunas de sus limitaciones, toda vez que excluye la necesidad de que exista plena certeza científica sobre el riesgo que supone para el medio ambiente un determinado fenómeno, actividad o producto, y por consiguiente, se aplican medidas efectivas para actuar en aras de la reducción de eventuales riesgos ambientales».

**Trigésimo tercero.** Que, la Reclamada señaló que la sismicidad activada, dada su base fundamentalmente natural, hace que se descarte la aplicación del principio precautorio, y que se aplique el principio preventivo, toda vez que se tiene certeza de la existencia de futuros sismos y de la sismicidad activada, a pesar que no se pueda determinar cuantitativamente; pero añade que esto no obsta a descartar este riesgo de sismicidad activada para el Proyecto, considerando la aplicación de los seis factores para el diseño del mismo, y además teniendo presente que la zona de emplazamiento del mismo tiene el carácter de sísmica, lo cual ha llevado a considerar la situación de sismo como un riesgo que no se genera como consecuencia directa del Proyecto. Añade que se ha dado debido cumplimiento al principio preventivo e igualmente al principio precautorio, por haberse adoptado medidas de control y prevención de riesgos.

**Trigésimo cuarto.** Que, para afirmar lo anterior, la Reclamada indicó que se descarta el efecto de sismicidad inducida y activada como una consecuencia directa del Proyecto, pero se reconoce la sismicidad de la zona, como una situación de riesgo, por lo cual se han adoptado las medidas preventivas correspondientes. Estas en consisten en un Plan de Monitoreo y Alerta Temprana (PMAT), sin perjuicio de las condiciones de diseño

del Proyecto acordes a las condiciones particulares del terreno y riesgo de sismicidad, de manera de abordar la preocupación de los recurrentes. No obstante añade que, respecto del control del riesgo natural al que está expuesto el Proyecto, el SEA no es el órgano encargado de la gestión de riesgos asociados a fenómenos naturales, lo cual es coherente con la distinción entre gestión ambiental y de riesgos, correspondiéndole la primera función al SEA, a pesar que ha intervenido en la implementación del PMAT, al que el Comité de Ministros agregó nuevas condiciones, minimizando los efectos del riesgo (amenaza) y reduciendo su exposición (vulnerabilidad).

**Trigésimo quinto.** Que, el SEIA está diseñado para que, en caso de EIA: (i) se determine y justifique el área de influencia del proyecto o actividad, (ii) se determine y justifique la línea de base para determinar el estado del medio ambiente «sin proyecto o actividad», (iii) se identifiquen y predigan los impactos ambientales «con proyecto o actividad», sean directos o indirectos, y siempre derivadas de la ejecución o modificación del proyecto o actividad para cada una de sus fases, (iv) respecto de los impactos que se identifiquen y predigan como significativos, se describan pormenorizadamente aquellos efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA que obligan a elaborar el EIA, (v) respecto de los impactos que se identifiquen y predigan como no significativos, se demuestre la inexistencia de efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA, (vi) respecto de los impactos que se identifiquen y predigan como significativos, se presente un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación, (vii) respecto de las contingencias que pueda sufrir el proyecto o los riesgos a que esté sometido, se presente un Plan de Prevención de Contingencias y de Emergencias, (viii) para monitorear el cumplimiento de las predicciones de impactos significativos, se presente un Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales relevantes, y (ix) para planificar el cumplimiento de la normativa ambiental, se presente un Plan de Cumplimiento Normativo. Si bien todos son elementos cruciales, es evidente que existen diferencias entre los impactos ambientales, los riesgos y las contingencias en el sentido técnico reglamentario.

**Trigésimo sexto.** Que, el art. 2 letra e) del RSEIA define impacto ambiental como la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada, y que serán significativos cuando generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias del art. II de la LBGMA. El art. 8 letra f) del RSEIA indica también que los impactos sobre el suelo, agua, aire o los recursos naturales, se generan principalmente debido a las acciones o a la ubicación de las partes y obras del proyecto o actividad, a la extracción, explotación o uso de recursos naturales renovables para satisfacer las necesidades del proyecto o actividad o a sus emisiones, efluentes o residuos. Es decir, los impactos ambientales se producen como resultado del desarrollo programado del proyecto o actividad. A modo ejemplar, en un proyecto como el de autos, un impacto ambiental es la destrucción de bosque nativo porque fatalmente se debe inundar un área para formar la represa; pero la destrucción de bosque nativo en caso de ruina del dique por un terremoto catastrófico no es un impacto ambiental en el sentido técnico reglamentario, y por tanto, no debe evaluarse cuáles son las afectaciones que estos pueden causar, y mucho menos pueden plantearse medidas de mitigación, compensación o reparación. Lo anterior no obsta a que el diseño del dique deba considerar obligatoriamente la resistencia a estos tipos de terremotos, para disminuir al máximo posible el riesgo de ruina del dique, pero en ningún caso obliga a modelar los impactos ambientales que produciría la ruina del mismo. La identificación de impactos ambientales en el sentido técnico reglamentario permite aplicar el principio preventivo.

**Trigésimo séptimo.** Que, en cambio, riesgo y contingencia son diferentes en el sentido técnico reglamentario. El art. 102 del RSEIA indica que el Plan de Prevención de Contingencias y de Emergencias es necesario si: (i) de la descripción del proyecto o actividad se deducen eventuales situaciones de riesgo al medio ambiente, o si (ii) de las características de su lugar de emplazamiento, se deducen eventuales situaciones de riesgo al medio ambiente. El riesgo, si bien no está definido ni en la LBGMA ni en el RSEIA, es la probabilidad de que ocurra algo multiplicado por el costo o beneficio de su ocurrencia, aunque desde luego, en materia ambiental se limita al costo, a los efectos negativos. El riesgo puede ser natural, como los que existen en lugar de emplazamiento, o puede ser antrópico. La contingencia es la materialización del hecho identificado como riesgoso. Por eso, el art. 103 del RSEIA establece que el Plan de Prevención de Contingencias, *“deberá identificar las situaciones de riesgo o contingencia que puedan afectar el medio ambiente o la población”*, y además debe *“describir las acciones o medidas a implementar para evitar que éstas se produzcan o minimizar la probabilidad de ocurrencia”*.

**Trigésimo octavo.** Que, tratándose de riesgos naturales como el que se ha identificado, que es la actividad sísmica basal, es imposible evitar o minimizar la probabilidad de ocurrencia de la misma. Es más, se tiene absoluta certeza de que ocurrirán terremotos, pero no existe la menor idea de cuándo ocurrirán, además que en el estado actual de la ciencia es imposible predecirlos. Si en aplicación del principio precautorio se prohíbe toda actividad constructiva que se emplace en zonas de falla o zonas aledañas, mientras se hacen los estudios científicos para disminuir la incertidumbre sobre el momento de ocurrencia de los sismos, nuestro país estaría

destinado permanentemente a la inmovilidad. El riesgo natural al que está expuesto el proyecto se ha abordado debidamente a través de los estudios de ingeniería, los que además deberán ser sometidos a una segunda aprobación sectorial. El Plan de Emergencia que exige el art. 104 del RSEIA, indica adecuadamente las mejores medidas que puede adoptar razonablemente el proyecto no para controlar el hecho que causa la emergencia, pues no se puede controlar un sismo, sino para minimizar sus efectos sobre la población, al establecer en sistema de monitoreo de la actividad sísmica y volcánica, para mantener informada a la población, y de ser necesario, instar su evacuación. Por tanto, se rechazará en este aspecto la reclamación.

### **c) Falta de evaluación de percepción del riesgo y afectación a los sistemas de vida**

**Trigésimo noveno.** Que, añaden los Reclamantes que la existencia o no de ordenamiento territorial es irrelevante para que el SEIA ejecute su rol: aprobar o rechazar un proyecto velando por la protección del medioambiente. Dicho ordenamiento facilitaría la tarea, pero ello no quiere decir que el rol del SEIA se limite a la aprobación de proyectos, olvidando el rol estatal de promotor del bien común. Resienten que en la tramitación del proyecto existiesen 5 adendas y una sola etapa de participación ciudadana, lo que evidenciaría el absoluto desequilibrio entre cómo el sistema aborda el interés privado del proponente y el interés colectivo y difuso de la comunidad que soporta las cargas del proyecto.

**Cuadragésimo.** Que, los Reclamantes agregan que, en el presente caso hay antecedentes científicos que dan cuenta del riesgo de hacer el proyecto sobre una falla geológica activa, relacionada con un sismo que hace menos de 10 años provocó la muerte de 10 personas, y además con riesgo de erupciones volcánicas. Indican que en sus intervenciones en el procedimiento administrativo advirtieron la necesidad de evaluar la percepción del riesgo de una comunidad dañada recientemente por un episodio de prolongada exposición a sismos asociados a la ZFLO y sin embargo, la autoridad administrativa los desconoce.

**Cuadragésimo primero.** Que, los Reclamantes añaden que no se evalúa el impacto del riesgo sobre la salud de las personas y los sistemas de vida locales, en particular en Puerto Aysén y Puerto Chacabuco por la generación de un riesgo incontrolable para dichas comunidades. Agregan que es tan evidente lo anterior, que la alteración a los sistemas de vida locales se pueden verificar hoy, aún lejos de su ejecución material. Recuerdan que el proyecto se emplaza sobre la ZFLO, que el año 2007 se registró un enjambre sísmico, y que en la historia sismológica de la región no había registro de un fenómeno así, por lo que la información disponible para hacer estudios y proyecciones adecuadas es limitada. Añaden que el fenómeno provocó un tsunami en el fiordo de Aysén por desprendimiento de masa, provocando la muerte de 10 personas en el borde costero de Puerto Aysén, y esto tuvo importantes consecuencias negativas en su salud mental, desarrollando trastorno de estrés postraumático, con consecuencias psicológicas en el corto, mediano y largo plazo. En ese sentido, afirman que la LBGMA al referirse a la afectación a la salud de las personas en el art. 11 letra a) aparentemente excluye a la salud mental de las causales de ingreso por EIA, al igual que el RSEIA, que se circunscribe a describir los efectos sobre la salud por concurrencia de efluentes, emisiones o residuos y su calidad o cantidad. Pero argumentan que la salud mental respecto de un fenómeno compartido colectivamente por un grupo de personas, debe ser comprendida como uno de los factores que determinan los sistemas de vida a que se refiere el art. 11 letra c) de la LBGMA, pues la ley debe ser interpretada de forma coherente con el objetivo de proteger y concretar las garantías constitucionales que le concurren a dichos grupos, los que además estarían garantizados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce el derecho a la salud en su art. 12, estableciendo que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental». Por tal motivo, sostienen que la garantía del art. 19 N° 1 de la Constitución; el derecho a la vida y la integridad física y psíquica debe ser entendido como un derecho humano y por lo mismo, ha de ser interpretado de forma armónica con las normas internacionales que versan sobre el tema, las cuáles pueden y deber ser aplicadas de forma directa por los órganos del Estado, incluyendo en esta noción tanto a la Administración como a los Tribunales de Justicia. Por eso, de ese modo, la garantía del art. 19 N° 8 no puede ser interpretado de forma aislada del art. 19 N° 1, pues mientras la segunda consagra el derecho a la vida e integridad física y psíquica, la primera establece las condiciones del ambiente donde esa vida se desarrolla. Un medio ambiente «adecuado», en el sentido que ha sido largamente interpretada la garantía del art. 19 N° 8 por la doctrina y la jurisprudencia, es aquel en que el derecho a la vida puede desenvolverse de forma normal, sin que se afecte la integridad física y psíquica de quienes comparten un entorno determinado.

**Cuadragésimo segundo.** Que, en línea con lo anterior, los Reclamantes afirman que la introducción de un riesgo adicional previamente inexistente que se percibe por el colectivo como una amenaza permanente, como muestra el alto número de observaciones ciudadanas sobre el tema, entre ellas las formuladas por ellos, constituye una alteración significativa en los sistemas de vida locales, en tanto obliga a la comunidad a soportar

una carga ambiental no considerada que afecta directa y sustancialmente su calidad de vida, cuestión que nunca fue considerada ni evaluada.

**Cuadragésimo tercero.** Que, en contraposición a lo anterior, la Reclamada reitera que ha determinado que el riesgo de sismicidad en el área de emplazamiento del Proyecto, se debe a una condición geológica del terreno, por tanto natural, y que el SEA no es el órgano encargado de la gestión de riesgos asociados a fenómenos naturales. Sin embargo, ha intervenido moderadamente en la implementación del PMAT, al que el Comité de Ministros agregó nuevas condiciones, minimizando los efectos del riesgo y reduciendo su exposición.

**Cuadragésimo cuarto.** Que, en relación con el riesgo y el ordenamiento territorial, la Reclamada contesta que los Reclamantes sugieren que el SEA usurpe las competencia de planificación territorial, violando los arts. 6 y 7 de la Constitución, por cuanto se pide rechazar un proyecto por el sólo hecho de encontrarse localizado sobre una falla geológica activa. Añade que, no existiendo impedimentos de orden ambiental y de acuerdo a la extensa normativa existente en la materia, la autoridad ambiental no puede rechazar un proyecto únicamente por encontrarse en una zona sísmica, ya que como es notorio, en los valles de los ríos Cuervo, Marta y Tabo, no hay áreas urbanas sujetas al Plan Regulador Comunal de Aysén. Agrega que no existiendo regulación del uso del suelo en dicha área, no existe prohibición de construir el Proyecto, sin perjuicio de que se requiere el otorgamiento previo del denominado PAS 96 (cambio de uso de suelo), establecido en el antiguo RSEIA, actualmente PAS 160 del RSEIA, otorgado por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda Urbanismo de la Región de Aysén, la cual, no podrá rechazarse por motivos de contenido ambiental cuando se cuenta con RCA, sin perjuicio que deba pronunciarse acerca de la verificación de los demás requisitos legales. Añade que todo lo anterior es sin perjuicio que el Proyecto no presenta inconvenientes, desde el punto de vista técnico y ambiental, para emplazarse sobre una falla geológica, toda vez que el riesgo sísmico ha sido considerado en la evaluación ambiental y se han adoptado las medidas de control y prevención de riesgos como se ha señalado anteriormente.

**Cuadragésimo quinto.** Que, la Reclamada controvierte las aseveraciones de los Reclamantes en relación a que el Proyecto genera los efectos del art. 11 letra a) y e) de la LBGMA, reiterando que no los produce, no sólo en cuanto se descarta la inducción sísmica y activada, sino que, además, porque no corresponde al SEIA hacerse cargo de estos supuestos impactos. En lo referido al art. 11 letra a) de la LBGMA, sostiene que se trata de riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de afluentes, emisiones o residuos, concluyendo que es evidente que el supuesto riesgo psicológico por inducción sísmica o activada no se ajusta a ninguno de los supuestos de la norma. En cuanto al art. 11 letra e) de la LBGMA, sostiene que el antiguo RSEIA desarrolló los supuestos en que existe alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en las dimensiones geográfica, demográfica, antropológica, socio-económica, o bienestar social básico; concluyendo que es evidente que el supuesto riesgo psicológico por inducción sísmica o activada no se ajusta a ninguno de los supuestos de la norma.

**Cuadragésimo sexto.** Que, efectivamente, como señala la Reclamada, si no existe una prohibición en el ordenamiento territorial para emplazar un proyecto, éste no puede ser rechazado bajo ese motivo. Esto no obsta a que por otros motivos sea rechazado. En cuanto a la falta de evaluación de la percepción de riesgo y la afectación a los sistemas de vida, la afectación a la salud psíquica de la población está excluida. El art. 11 letra a) de la LBGMA indica claramente que se trata de identificar el riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de afluentes, emisiones o residuos, y efectivamente es evidente que la aducida afectación a la salud humana en el plano psicológico no se ajusta a ninguno de los supuestos de la norma. El art. 11 letra e) de la LBGMA, tal como se ha desarrollado en el RSEIA, tampoco incluye como indicador de afectación significativa de sistemas de vida y costumbres la afectación generalizada de la salud humana en el plano psicológico. Como en su acepción técnica reglamentaria se descarta la evaluación de aspectos de la salud psíquica y psicológica, sino que están perfectamente limitados a los riesgos provocados por la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuo, es decir, a los riesgos fisiológicos y fisiopatológicos. Si bien es deseable tener un ordenamiento territorial para una mejor evaluación ambiental, o que se incluya en la evaluación ambiental los aspectos psíquicos y psicológicos, ni el Tribunal ni el SEA ni el Comité de Ministros pueden invadir las

funciones propias de nuestro poder legislativo ni del ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución. Por tanto, se rechazará la reclamación en este aspecto.

## **2. Determinaciones respecto de la ausencia de consideración del factor cambio climático e insuficiencia de las compensaciones de humedales y bosque**

### **a) Ausencia de consideración del factor cambio climático**

**Cuadragésimo séptimo.** Que, los Reclamantes sostienen que existe una creciente preocupación por el cambio climático y sus efectos negativos, y por consiguiente, existe preocupación por la protección efectiva de los recursos biológicos e hídricos a nivel internacional, formando parte importante de dicha preocupación la protección de los humedales, que son reservas hídricas indiscutibles para la humanidad y centros de conservación natural de la biodiversidad de flora y fauna existente, y los bosques, que además de ser conformadores de ecosistemas únicos, son sumideros de CO<sub>2</sub> importantes del planeta, siendo su conservación vital para hacer frente al cambio climático.

**Cuadragésimo octavo.** Que, los Reclamantes añaden que tanto humedales como bosques, no solo constituyen un hábitat que debe ser protegido, sino que son fundamentales para mitigar los efectos del cambio climático. Añade que, en el caso de los humedales, están protegido por la Convención Ramsar, de la que Chile es parte desde 1981. Añade que el Proyecto inundará extensas zonas que califican en la definición de humedal que da dicha convención, y que las partes declaran el deseo de «impedir ahora y en el futuro las progresivas intrusiones en y pérdida de humedales» y de «que la conservación de los humedales y de su flora y fauna pueden asegurarse armonizando políticas nacionales previsoras con una acción internacional coordinada». Añade que en la Conferencia de las Partes del Convenio de 2015, se aprobó el Cuarto Plan Estratégico Ramsar 2016-2024, que reconoce que «los humedales son el ecosistema con la tasa más alta de pérdida y degradación», y en la que se declara «que todos los humedales, incluida la red de sitios Ramsar, tendrán una relevancia directa para el logro de cualesquiera Objetivos de Desarrollo Sostenible», y que se interconecta con la Conferencia de Río+20, en el que se afirma que el agua es un elemento básico del desarrollo sostenible y se reconoce la función clave que los humedales desempeñan en el mantenimiento de la cantidad y la calidad del agua, y con la Convención para la Biodiversidad, en tanto los humedales son promotores de la conservación de esta última. Añade que, en el plan aprobado en dicha conferencia, se indica que el uso racional de los humedales se define como «el mantenimiento de sus características ecológicas, logrado mediante la implementación de enfoques por ecosistemas, dentro del contexto del desarrollo sostenible».

**Cuadragésimo noveno.** Que, los Reclamantes agregan que los humedales han de ser vistos desde dos perspectivas: 1) por su alta vulnerabilidad frente al cambio climático, debido a que las condiciones climáticas pueden causar estragos en los ecosistemas que se mantienen en ella y 2) su carácter mitigador del cambio climático y de los episodios meteorológicos extremos, en particular porque «los humedales, según el concepto promulgado en Ramsar (2000), sirven de sumidero al 40% (Ramsar, 2000) del carbono que se genera en el planeta». Agregan que los bosques cumplen las más importantes funciones en contra del cambio climático, pues: a) contribuyen a contrarrestar 1/5 de las emisiones de carbono actuales, b) reaccionan sensiblemente a los cambios del clima, y c) tienen el potencial de absorber carbono en su biomasa, suelos y productos, y almacenarlo, en principio en forma perpetua. Que, en ese sentido, indican que el aporte que pueden realizar bosques y humedales en la lucha contra el cambio climático es evidente, siendo necesario proteger la biodiversidad existente, en la línea de los compromisos internacionales que Chile ha adquirido, y de la misma Estrategia Nacional Para el Cambio Climático y Recursos Vegetacionales.

**Quincuagésimo.** Que, en ese sentido, los Reclamantes indicaron que la Resolución Reclamada se dedica a reproducir lo señalado por el titular respecto de las emisiones de CO<sub>2</sub>, sin atender realmente a la observación realizada por los reclamantes, esto es, la adecuación del balance de emisiones de CO<sub>2</sub> del Proyecto. Así, discrepan de la determinación del Comité de Ministros, pues ésta confirma que se inundarán humedales «fuente» de CO<sub>2</sub>, cuyas emisiones en la situación sin proyecto serían compensadas naturalmente con el bosque nativo presente. Indica que tal conclusión va contra las máximas de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados, pues es imposible afirmar que al inundar 2450 ha de humedales y 4978 ha de bosques se mantendrán las condiciones de emisiones en equilibrio, y que por lo tanto, no afectará al medioambiente. Añade que el Titular indicó 8 de 11 humedales serán completamente inundados, los que incluyen zonas de turberas, de praderas y bosques. Lo anterior, que desde el punto de vista del cambio climático se pretende plantear como un beneficio para el medioambiente, significa la pérdida de alrededor de 2400 ha de territorio que sirve como sumidero de carbono, sumado a las 4978 ha de bosques, aun cuando el Ministerio de Medio Ambiente ha indicado que



las turberas, a pesar de cubrir cerca del 3% de la superficie terrestre del planeta, almacenan el 30% de todo el carbono.

**Quincuagésimo primero.** Que, la Reclamante alertó que, si el reservorio de carbono presente en la biomasa vegetal se inunda, se produce metanogénesis y se convierte en una fuente de gases invernadero, principalmente metano, el que tiene un potencial 23 veces mayor de efectos negativos para el calentamiento global que el CO<sub>2</sub>, por lo que es preocupante respecto de los humedales Portezuelo, Meullín, Barrientos y Turbera Macá. Por esto concluyó que es absurdo decidir que para efectos del cambio climático una represa generará más beneficios que la existencia de los humedales mismos, y aunque el Titular reconozca que el embalse producirá CO<sub>2</sub>, que será compensado con un plan de reforestación, no existiría tal compensación, pues se inundarán bosques y humedales con cientos de años de interacción ecosistémica y que el plan de reforestación implica plantar árboles que deben esperar cientos de años para crecer y generar condiciones similares a las destruidas.

**Quincuagésimo segundo.** Que, en el presente punto, a través de la abogada María Josefina Correa Pérez, se presentó un informe en calidad de *Amicus Curiae* de la Dra. (c) María Belén Gallardo Quintanilla, denominado «Central Hidroeléctrica Cuervo: Impacto en Humedales, Almacenamiento de Carbono y Efecto Invernadero» (fs. 32042). En dicho informe se enfatiza en las consecuencias ecológicas que se derivan de la instalación de una represa, en particular la relación entre humedales y el almacenamiento de carbono, resaltando la importancia que adquiere en el contexto de una central hidroeléctrica la medición de los gases con efecto invernadero, concluyendo que *«los resultados indican que los humedales pueden ser a la vez fuentes y sumideros de carbono, dependiendo de su edad, operación, y el límite de las condiciones ambientales, tales como la ubicación y el clima. Por lo que es tremendamente importante considerar estos factores cuando se realizan estimaciones de captura de carbono, que en el caso del proyecto Central Cuervo no se evaluaron»*, y que *«una revisión histórica realizada a las turberas del sur de Sudamérica encontró que las turberas han sido eficientes sumideros de carbono, con una densidad de carbono en el suelo media de 168 kg C m<sup>2</sup> ± 101 (Loisel & Yu 2013). Pero el reservorio de carbono presente en la biomasa vegetal si se llega a inundar de manera artificial, como es el caso al instalar una represa, estos humedales pasarían de ser un sumidero a ser una fuente de gases invernadero, principalmente metano, gas con un potencial 23 veces mayor de calentamiento global al compararlo con el CO<sub>2</sub>»*.

**Quincuagésimo tercero.** Que, por otra parte, la Reclamada sostuvo que los Reclamantes introducen el tema del cambio climático, que a su juicio, nada tiene que ver con la verdadera discusión, que sería la suficiencia de las medidas de compensación, **e inmediatamente previene que en el SEIA no se hacen análisis de materias referidas al cambio climático, sino que se evalúan en concreto los impactos ambientales de un proyecto.** No obstante, respecto de las alegaciones referidas a las emisiones de CO<sub>2</sub>, responde que la materia ha sido tratada en la evaluación ambiental aun cuando dichas emisiones no constituyen impactos significativos. En ese sentido, indica que el EIA en el acápite 7.5.1 presenta un programa de reforestación para compensar la superficie de bosque que será intervenida por la inundación y construcción de obras e instalaciones, contemplado en el PAS 102 del antiguo RSEIA. En la Adenda 1, señala que si bien Chile ha suscrito el Protocolo de Kioto, el mismo no incluye metas de reducción de gases de efecto invernadero para Chile, éstos no se encontrarían regulados por la normativa vigente, aunque presentó un balance de emisiones de CO<sub>2</sub>, indicó la similitud de la situación con y sin proyecto, indicó que los humedales del área de influencia son «fuentes» de CO<sub>2</sub>, y d) indicó que cumple con el PAS 102 para compensar bosque intervenido, sea por inundación y construcción, y con esta compensación, lograría equilibrar la situación base de CO<sub>2</sub> en el ambiente.

**Quincuagésimo cuarto.** Que, prosigue la Reclamada, el análisis técnico indicó que respecto de las emisiones de CO<sub>2</sub>, el proponente inunda humedales «fuente», es decir, generadores de CO<sub>2</sub>, las cuales son compensadas naturalmente con el bosque nativo existente; pero como un área considerable de dicho bosque será destruido para la represa, ésta serán compensadas a través del PAS 102, mejorando levemente la condición base respecto a las emisiones de CO<sub>2</sub>, por lo que la compensación de bosque nativo cumple una doble función; concluyendo el Comité de Ministros que la pérdida de acumulación de carbono ha sido correctamente evaluada en el SEIA, pues el cálculo de emisiones sin proyecto, en la Línea de Base, indica 22.772 ton CO<sub>2</sub> eq por año, y con proyecto indica 17.217 ton CO<sub>2</sub> eq por año, más el potencial de emisiones que puede desplazar la operación del Proyecto, que indica 1.605.555 ton CO<sub>2</sub> eq por año, concluyendo la Reclamada que *«por dicha razón es posible indicar que el Proponente inundará humedales que son del tipo “fuente”, es decir, generadores de CO<sub>2</sub>, cuyas emisiones en la situación sin proyecto son compensadas naturalmente con el bosque nativo presente»*. A lo anterior añade



que para el otorgamiento del PAS 102, consta en el expediente administrativo que la compensación de bosque nativo se ha evaluado correctamente.

**Quincuagésimo quinto.** Que, el Tribunal advierte que la Reclamada se contradice al señalar que en el marco del SETA no se consideran aspectos de cambio climático, cuando en la evaluación de éste mismo proyecto es un aspecto discutido y respecto del cual se proponen medidas de mitigación, que ciertamente tienen una doble función, pues buscan reponer una superficie forestal equivalente a la que se afectará y, de paso, se aborda el balance de emisiones de carbono. Por otra parte, la Reclamada también se equivoca respecto del objetivo del comentario y posterior reclamo, pues cree que se trata de si la compensación es suficiente, cuando eso es una simplificación de lo solicitado. Lo que atacan los Reclamantes es la determinación del carácter de «fuente» que se le da a todos los humedales a ser inundados y destruidos, cuando ellos consideran e intentan demostrar que presumiblemente tienen el carácter de «sumidero», a lo que se agrega que al inundarse los humedales se transformarían en «fuente».

**Quincuagésimo sexto.** Que, efectivamente como señala la Reclamada, el SETA está diseñado para identificar, evaluar y -si corresponde- mitigar, compensar o reparar impactos ambientales significativos que se producen dentro del área de influencia del proyecto. En ese sentido, la evaluación ambiental de la Ley N° 19.300 está concebida únicamente en el ámbito local. Desde luego es deseable que la Administración tenga en cuenta los efectos positivos y negativos que puede provocar un proyecto en el manejo del cambio climático, pero la Ley actual no obliga a tenerlo en cuenta. Lo anterior no es obstáculo para que un proponente exponga a la Administración los impactos positivos y negativos, siempre como forma de influir en la aprobación: un plus del proyecto es que efectivamente mejora la condición base de emisiones de CO<sub>2</sub>. Y aun cuando dicha mejora puede ser marginal, desafortunadamente la legislación vigente no lo contempla. Ni el Tribunal ni el SEA ni el Comité de Ministros pueden invadir las funciones propias de nuestro poder legislativo ni del ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, siendo impropio sustituir dicha actividad por vía interpretativa. Por tanto, se rechazará la reclamación en este aspecto.

## **b) Insuficiencia en las compensaciones de bosques y humedales**

**Quincuagésimo séptimo.** Que, los Reclamantes sostuvieron que no se está dando completo cumplimiento a la obligación de compensar los efectos adversos del proyecto en relación a la pérdida de bosques. Subrayan que la Corporación Nacional Forestal (en adelante «CONAF») emitió pronunciamiento con observaciones al ICE del proyecto, Ordinario N° 83-EA/2013, señalando textualmente: *«Se reitera que la medida propuesta MCA - 01, “Reforestación de bosques Intervenidos por el Proyecto”, corresponde al cumplimiento a la legislación vigente y no constituyen medidas tendientes a disminuir efectos adversos»*. Esto revela que mediante el cumplimiento de una obligación legal sectorial, se pretende omitir el cumplimiento de un requisito necesario para la obtención de la RCA. Dicha observación CONAF la hizo desde la presentación del EIA, siendo su primer pronunciamiento al respecto: *«Plan de medidas de mitigación, reparación y/o compensación En relación a la información contenida en este capítulo del EIA, el titular deberá: 1.1 Aclarar la correspondencia entre los impactos generados por la pérdida de bosque y las medidas de mitigación, reparación y/o compensación señaladas por el mismo. Lo anterior se solicita dado que las medidas MRA-04 y MCA-01 corresponden sólo al cumplimiento a la legislación vigente y el ofrecimiento de un área silvestre protegida de propiedad privada corresponde a una medida de mitigación de paisaje, en circunstancias que constituye un área residual a la intervención generada por el proyecto»*.

**Quincuagésimo octavo.** Que, añade que la cita anterior muestra que desde la presentación del EIA hasta la aprobación del ICE, CONAF hizo ver el déficit del proyecto en esta materia, y pese a ello no fue subsanado por el titular, y tampoco reprochado por la autoridad administrativa. En específico, para obtener el antiguo PAS 102, reconoce que el titular cumplió con la compensación numérica exigida, reforestando una superficie mayor a la que se destruirá, pero sin verificar otros aspectos ambientales, como que la compensación sea en términos equivalentes de biodiversidad y ecosistemas, suelo y sus interacciones, puesto que su objeto protegido no es ni el bosque ni el árbol, sino que el medio ambiente. Agrega enfáticamente que al destruir un bosque nativo mediante la inundación, desde el punto de vista ambiental no basta con plantar árboles de la misma especie en una superficie igual a la inundada, debido a que la existencia de un bosque nativo implica mucho más que la existencia de un conjunto de árboles: implica ecosistemas completos y biodiversidad específica relacionada con la existencia de dicho bosque. Añade que no se compensa lo dañado de forma ecológicamente equivalente, puesto que debe generar las condiciones para que los ecosistemas perdidos se regeneren. Bajo la lógica anterior,

concluye que la observación de CONAF al ICE debió haber sido debidamente considerada por el Comité de Ministros.

**Quincuagésimo noveno.** Que, la Reclamada sostuvo que de acuerdo al antiguo RSEIA, las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, y que dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad. Añade que en la Adenda N°1, el proponente completó información agregando que la superficie total afecta es de 4980,53 ha; no obstante, la superficie efectivamente a intervenir será de 4513,04 ha, de las cuales 4334,68 ha corresponden al área cubierta con bosque nativo que será inundada, y que el programa de reforestación de 4980,53 ha contempla la plantación y establecimiento de diversas especies forestales nativas pertenecientes a los tipos forestales Coigüe de Magallanes, Siempre-verde, Lengua y Ciprés de la Guaitecas, cuya calendarización de actividades se extiende desde el 2014 hasta el 2024; mientras que en la Adenda 2, precisa las especies en los predios de reforestación y las prospecciones arqueológicas en los sectores de reforestación, aclarando las inquietudes existentes a ese momento de la evaluación ambiental. Por esto, considera que el otorgamiento del PAS 102 se ajusta a derecho en cuanto se cumplen los presupuestos para ser concedido, pero además, indica que si el objeto de protección del PAS es coincidente con lo que se pretende con la medida de compensación, no resulta razonable ni proporcionado exigir medidas adicionales a las requeridas reglamentariamente. Añade que el requisito de otorgamiento del PAS 102 no puede ser más que la medida de compensación, y para su otorgamiento se requiere reforestar una superficie igual, a lo menos, a la cortada o explotada, o producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado; por lo que el Comité de Ministros, al analizar el punto en cuestión, resuelve que en el Plan de Medidas de Compensación se presenta la medida MCA-01: «Reforestación de Bosques Intervenidos por el Proyecto (Plan de Manejo Forestal)», ha sido abordado correctamente, con un detallado análisis a la afectación del bosque nativo, siendo procedente la aplicación del PAS del artículo 102 del RSEIA, el cual ha sido otorgado y por ende, estimar adecuada la medida de compensación respectiva.

**Sexagésimo.** Que, el proyecto en cuestión ingresó al SEIA por medio de un EIA, pues como mismo reconoció su proponente, presenta, en acuerdo al art. 6 del antiguo RSEIA, los siguientes efectos, características o circunstancias: intervención de vegetación nativa (art. 6, letra k), intervención de fauna silvestre, específicamente hábitat relacionado a los mismos (art. 6, letra l), intervención de fauna en categoría de conservación (art.6, letra m), intervención de humedales por ascenso de los niveles de agua (art. 6, letra n2), intervención de lagos y lagunas en que se generen fluctuaciones de nivel (art. 6, letra n5), y efecto sobre la diversidad biológica presente en el área de influencia (art. 6, letra p). Por tanto, cada uno de estos efectos tienen que tener medidas de mitigación, compensación o reparación específica, todas con una finalidad protectora de índole medioambiental, y no meramente sectorial.

**Sexagésimo primero.** Que, el art. 102 del antiguo RSEIA establecía que en el permiso para corta o explotación de bosque nativo, en cualquier tipo de terrenos, o plantaciones ubicadas en terrenos de aptitud preferentemente forestal, a que se refiere el art. 21 del DL No 701, de 1974, cuya corta o explotación sea necesaria para la ejecución de cualquier proyecto o actividad, con excepción de los proyectos a que se refiere el art. 3 letra m.1., *«los requisitos para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento, serán los que se señalan en el presente artículo»*, y esto no es más que tanto en EIA como en DIA, *«se deberá considerar la reforestación de una superficie igual, a lo menos, a la cortada o explotada»*. Se trata entonces, hasta ahora, de una compensación únicamente aritmética, que como debe realizarse por igual tanto en EIA como DIA, evidentemente no responde a la lógica de la compensación en caso de impactos significativos, pues los proyectos que ingresan por DIA no tienen estos impactos y por tanto no tienen que compensarlos. No obstante, para obtener el PAS 102 se debe compensar siempre. Siendo así, la compensación en el caso de existencia de impactos significativos debe tener como mínimo ese mismo objetivo, que no es más que mantener la situación base de superficie forestada; pero como el impacto significativo lo es desde un punto ambiental, pues no basta con la mera conservación de la superficie forestada, como bien argumenta la Reclamante, sino que en la medida de lo posible se replique el ecosistema que se proyecta destruir.

**Sexagésimo segundo.** Que, en el presente caso, la Reclamada ha sostenido que el único requisito del PAS 102 no puede ser más que la medida de compensación, y para su otorgamiento se requiere reforestar una superficie igual, a lo menos, a la cortada o explotada, o producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado. Este tribunal discrepa en parte con esa afirmación, como recién se señaló efectivamente el único requisito para el PAS 102 es reforestar una superficie igual, a lo menos, a la cortada o explotada; pero el objetivo de la medida de compensación frente a un impacto significativo es producir o generar un efecto positivo

alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado. La compensación del PAS 102 y la compensación de impactos significativos son esencialmente distintas, como ya se explicó. Entonces, cabe indagar si la medida MCA-01: «Reforestación de Bosques Intervenidos por el Proyecto (Plan de Manejo Forestal)» es suficiente para producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado; y en particular se debe indagar si es efectivamente equivalente. Sin embargo, la RCA no contiene la medida MCA-01 dentro de las medidas de compensación de impactos significativos, sino que como señala la Resolución Reclamada, en su considerando 19.5.14.1., que la medida MCA-01 se encuentra en el marco del cumplimiento del PAS del art. 102 del RSEIA, y que está contenida en el capítulo VII, Plan de Medidas de Compensación. Indagado dicho capítulo, no se inserta dicha medida MCA-01, ni tampoco lo está en ese capítulo del EIA.

**Sexagésimo tercero.** Que, en relación a la insuficiencia en la compensación de humedales, los Reclamantes sostuvieron que hay dos premisas claras respecto de los humedales: (i) que conforman ecosistemas insustituibles y son vitales en la protección de la naturaleza y el combate contra el cambio climático y (ii) que la noción de «compensar» implica, en este caso, generar las mismas condiciones existentes en los humedales que van a ser destruidos. En su opinión, la compensación de humedales no puede realizarse bajo la figura de protección de humedales existentes, que es como lo interpreta el SEA. Añaden que dicha interpretación atenta contra el objetivo mismo de la LBGMA y va en contra de la protección del medioambiente, pues sólo en la medida en que no se pueda mitigar, ni reparar, se debe compensar, lo que de acuerdo a la norma transcrita implica generar un efecto positivo equivalente; y en este caso la pérdida total de los ecosistemas por inundación, se compensa generando condiciones equivalentes en otra área, no protegiendo ecosistemas ya existentes, reafirmando que destruir un área y proteger un área equivalente, se traduce en la pérdida de área. En ese sentido, hace referencia a la Guía para la Compensación de Biodiversidad en el SEIA, que establece la regla de pérdida de biodiversidad cero, indicando que LBGMA exige a la compensación generar un efecto positivo alternativo y a la vez equivalente, lo que implica una pérdida neta cero. Concluye que la compensación mediante el Plan de Compensación de Humedales, dista de ser coherente con lo que exige la LBGMA y la señalada guía, lo que se agrava porque el área que se ofrece proteger como compensación es un área intervenida, utilizada para el pastoreo de ganado, al extremo que incluye medidas de mejoramiento ambiental, tales como la eliminación del ganado doméstico del área y control de visones.

**Sexagésimo cuarto.** Que, los Reclamantes agregan que el SAG, mediante el ORD. N° 0816 de 5 de octubre de 2009, observó el Plan de Medidas de Mitigación presentado, indicando que: «2.3 Para considerar que los predios en donde se va desarrollar el plan de compensación de humedales sean adecuados tengan la oportunidad de desarrollar la misma actividad que se perderá en el área de impacto es requisito levantar una línea de base de estos lugares» (...) 3.11 Respecto al plan de medidas de compensación de humedales, que consiste en proteger otro humedal, no se presentan los antecedentes que permitirán evaluar si la medida de compensación es adecuada para hacerse cargo del impacto por la pérdida de 2.450 ha de humedales, tales como: caracterización de la condición natural de dicho ecosistema, evaluación de los efectos favorables que conllevaría la implementación de las medidas que propone el titular para proteger y/o mejorar sus aptitudes para el desarrollo de vida silvestre y biodiversidad, tales como: eliminación de ganado doméstico, control de visones». Pese a que SAG no vuelve a reiterar sus observaciones, lo cierto es que no existe una mejoría real por parte del titular respecto a la medida de compensación, quién en las siguientes adendas esboza una línea de base del área específica, que ni siquiera contempla la existencia de fauna, como queda en evidencia en la RCA del proyecto.

**Sexagésimo quinto.** Que, los Reclamantes añadieron que las superficies para compensación, más del 50% no corresponde a terrenos del titular, quedando condicionada la protección de dichos territorios a la obtención de los terrenos y los permisos correspondientes, generándose inseguridad sobre la medida; y que la respuesta del Comité de Ministros, en cuanto el incumplirla generará infracciones sancionables por la SMA, no se corresponde con un estándar de protección del medioambiente adecuado, pues el medioambiente no se recupera con sanciones administrativas.

**Sexagésimo sexto.** Que, los Reclamantes también sostuvieron que las superficies para compensación, junto a la Medida de Mitigación MMI-04 de hacer una Declaración de Área Silvestre Protegida de Propiedad Privada, que se señala en conjunto con el Plan de Compensación de Humedales, no sirve para mitigar los impactos del proyecto sobre los humedales y su valor paisajístico, pues tiene el carácter de «propuesta de conservación turística», que no implica el mismo nivel de conservación ecosistémica que un área sin intervención humana, o

con intervención mínima. Además, si bien se tratan de cerca de 6400 ha, no incorpora en su interior la existencia de humedales, por lo que mal podría mitigar el impacto producido en los mismos.

**Sexagésimo séptimo.** Que, por último, los Reclamantes sostuvieron que de aceptarse la compensación y mitigación con las superficies de conservación, Chile incumpliría sus obligaciones internacionales que surgen de la Convención Ramsar, pues ésta entrega mandatos directos para la protección de los humedales existentes, estén o no en la lista, como señalan sus arts. 3° y 4°. Además, sostienen que se incumplirían los principios y mandatos generales de la LBGMA, y del art. 19 N° 8 de la misma Constitución Política, en cuanto establece el deber del Estado de velar porque no se vulnere el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación y la conservación de la naturaleza, para lo cual deben aplicar los principios preventivo y precautorio.

**Sexagésimo octavo.** Que, además en la presentación de la opinión de *Amicus Curiae*, se introdujo el informe «Consecuencias ecológicas de la Construcción y Operación del Proyecto Central Hidroeléctrica Cuervo, Región de Aysén», de la Dra. María Fernanda Salinas Urzúa. En dicho informe, se indican las características del área en que se emplazará el proyecto a partir de la información disponible en el Estudio de Impacto Ambiental, la que se considera un área sin intervención antrópica, y las consecuencias negativas de su intervención respecto de la biodiversidad. Indica que a propósito de plantas vasculares, que «en términos comparativos (...) la biodiversidad de especies de plantas vasculares del área de estudio es muy alta para la región. Además, el área del estudio registra 12 (3,6%) especies de plantas vasculares endémicas para Chile». Respecto de la riqueza de la flora biológica, afirma que «en el estudio no se hace referencia al número de especies registradas para la Región. En el área de estudio se registraron 156 especies (que corresponde a un 49,51 del total descrito para la región de Los Lagos, a modo de referencia), de las cuales, 68 (43,31) corresponden a especies endémicas para Chile».

**Sexagésimo noveno.** Que, añade también la autora que «existe abundante literatura científica que señala a las represas como una de las principales amenazas para la diversidad de peces de agua dulce a nivel global (Vórósmarty et al., 2010), ya que no sólo conllevan la pérdida de especies nativos, sino que favorecen la invasión de especies exóticas, que suelen establecerse en aguas degradadas o modificadas (Poff et al., 2007)», y concluye que la construcción del proyecto afectaría directamente a la especie *Galaxia platei*, en tanto (a) «favorecería la colonización de especies exóticas, en perjuicio (Campos et. Al, 1998) de la única especie presente en el sistema, *G. platei*, y afectaría el único sistema de grandes lagos conocidos que no han sido invadidos por especies salmonídeas»; (b) «impediría la migración y conectividad con la red hídrica de *G. platei*, afectando negativamente el flujo de individuos y su consecuente flujo génico»; (c) «Eliminaría los hábitats requeridos para la reproducción de *G. platei*, que contempla plantas acuáticas o algas filamentosas»; (d) «Podría disminuir la comparablemente alta diversidad genética poblacional de *G. platei* presente en el sistema prístino lacustre Yulton-Meullin-Quetro como consecuencia de la invasión de especies exóticas de salmonídeos, que podrían ser responsables de la escasa diversidad genética en el Lago Elizalde».

**Septuagésimo.** Que, agregó también la autora que los humedales tienen singularidad ecológica, pues en el área de influencia del proyecto existe un total de 11 humedales que cubren un total de 2.849,8 ha, equivalentes al 3,2% de la totalidad del área estudiada, los cuales albergan la mayor parte de las especies que habitan en el área de estudio, destacando que «del total de las 171 especies de flora vascular presentes en los 11 humedales estudiados, sólo dos (...) se encuentran presentes en todos los humedales», mientras que «70 especies, es decir, un 40,91 del total de la flora de los humedales, fueron identificadas exclusivamente en un uno de los humedales», por lo que concluye que esto «demuestra un elevado grado de singularidad y diferenciación de cada uno de estos humedales», y que «esto significa que los humedales presentes en el área de estudio son singulares en su composición de especies, y que las especies que componen los humedales tienen requerimientos de hábitat, regeneración o dispersión altamente específicos, y cuentan con patrones de distribución altamente restringidos en el espacio».

**Septuagésimo primero.** Que, añade también la autora que hay problemas con los tipos vegetacionales que se observan en el área de estudio y la representación que estos encuentran en el SNASPE de la XI Región. Destaca la ausencia del Matorral Arborescente de Chapel (*Escallonia virgata*) en las unidades del SNASPE, no obstante tratarse de una «tipo vegetacional único a nivel nacional, descrito exclusivamente para la XI Región».

**Septuagésimo segundo.** Que, finalmente, la autora identifica las especies en alguna categoría de conservación y sus hábitats, en relación con el emplazamiento del proyecto, para lo cual se centra en las «Plantas vasculares», «Plantas no vasculares», «Líquenes», «Anfibios», «Aves», «Mamíferos» y «Peces», y la afectación de las mismas a partir del Proyecto. Indica que respecto de las «plantas vasculares», se establece que «cinco de las 24 especies señaladas, *Grammitis magellanica*, *Hymenophyllum secundum*, *Hymenophyllum tortuosum*, *Serpyllopsis caespitosa* y *Pilgerodendron uviferum* corresponden a especies relativamente frecuentes en el área de estudio,

*presentándose cada una de ellas en más del 20% de los inventarlos (ver Cuadro 5.12-91). Las cuatro primeras corresponden a especies de helechos epífitos principalmente de *N. betuloides* (EIA Línea Base Componente Biótico 5B-148), y por lo tanto, presentan requerimientos específicos de sustrato, luminosidad y humedad para que ocurra el establecimiento de estas especies, y su existencia es dependiente del bosque como hábitat».*

**Septuagésimo tercero.** Que, por su parte, la Reclamada añadió que, de acuerdo al antiguo RSEIA, las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, y que dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad. En ese sentido, afirmó que la idoneidad de la compensación de humedales fue debidamente abordada en el SEIA, pues consta que el proponente en Adenda 1 caracterizó el área a ser compensada producto del llenado del embalse, en Adendas 2 y 3 especificó a qué impactos se hacía cargo tanto el Área Silvestre Protegida de Propiedad Privada (ASPPP) y el plan de compensación de humedales, lo que fue precisado, realizando una línea de base que considera abundancia, tipos de especies, categorías de conservación, entre otros. Por tanto, consideró que la supuesta falta de información que preocupa a los recurrentes ha sido aportada durante el proceso de evaluación, y que los Reclamantes variaron la discusión en la sede jurisdiccional, pues en la etapa recursiva administrativa manifestó preocupación por falta de información y sin embargo ante la judicatura manifestaron la insuficiencia del plan de compensación.

**Septuagésimo cuarto.** Que, en ese sentido, la Reclamada indicó que el SAG, mediante el Ord. N° 4033, de 13 de agosto de 2015, expuso sobre la presente materia reclamada, que el Proponente ha comprometido la medida de compensación MCA-02: «Plan de Compensación de Humedales», cuyo objetivo es generar un efecto positivo alternativo en base a la protección de otras áreas con condiciones de humedal, localizadas fuera del área de influencia del Proyecto, lo cual se encuentra en el EIA, Adenda N° 1, Adenda N° 2, Adenda N° 3 y RCA; por tanto, el Comité de Ministros estimó la medida de compensación «Plan de Compensación de Humedales» fue descrita y caracterizada durante el proceso de evaluación, realizándose una Línea de Base del área a compensar versus la impactada, dejando establecido además que respecto su implementación será desarrollada durante la etapa de construcción del Proyecto, a través de la ejecución de acciones de protección específicas.

**Septuagésimo quinto.** Que, aunque no existe una definición legal de compensación ambiental, existe una definición reglamentaria en el Reglamento del SEIA, cuyo art. 100 indica que *«las medidas de compensación ambiental tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado que no sea posible mitigar o reparar. Dichas medidas incluirán entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función».*

**Septuagésimo sexto.** Que, internacionalmente una de las definiciones más aceptadas es aquella del Programa de Negocios y Compensaciones por Pérdida de Biodiversidad (Business and Biodiversity Offsets Programme, BBOP por sus siglas en inglés), es consistente con la definición reglamentaria, indicando que *«la compensación de la biodiversidad es una medida cuantificable de conservación debido a la compensación residual de impactos ambientales adversos de proyectos o planes de desarrollo luego que se han tomado las medidas de mitigación y reparación adecuadas»* (BBOP, Biodiversity Offset Design Handbook, 2012, p. 1).

**Septuagésimo séptimo.** La Guía para la Compensación de Biodiversidad en el SEIA, elaborada por el SEA y el Ministerio del Medio Ambiente define compensación de biodiversidad apropiada (CBA) como la *«obtención de resultados medibles de conservación de biodiversidad y una pérdida neta cero de biodiversidad, la cual postula la necesidad de una equivalencia entre la biodiversidad impactada por la implementación del proyecto y la biodiversidad compensada. Lo anterior requiere la implementación de acciones diseñadas para compensar los efectos adversos significativos sobre la biodiversidad resultantes del desarrollo de un proyecto, que son residuales luego de haber tomado medidas de mitigación y reparación apropiadas».*

**Septuagésimo octavo.** Que es posible reconocer dos tipos de compensación: i) restauración ambiental, la cual considera el mejoramiento, aumento, restauración o establecimiento de biodiversidad, y ii) la protección ambiental, la cual considera mecanismos de compensación por medio de evitar la pérdida de biodiversidad, esto es la protección de la biodiversidad de amenazas futuras, tales como pastoreo, sobreexplotación, deforestación, etc. Lo que existe en nuestra legislación es una definición general del concepto de compensación ambiental la cual no excluye la protección ambiental en la forma definida en el punto anterior, por lo que no se aceptará la posición de los Reclamantes en el sentido de que esta no es una forma válida de compensación ambiental. A mayor abundamiento, la Guía para Compensación de Biodiversidad en el SEIA considera como mecanismos de



compensación aquellos que tienen por objeto conservar la biodiversidad preexistente en la medida en que esta esté amenazada, condición de amenaza que debe ser demostrada en el procedimiento de evaluación ambiental.

**Septuagésimo noveno.** Que, sin embargo, para que la compensación ambiental cumpla su propósito, y por tanto sea lícita su aprobación, requiere cumplir un conjunto de principios, a los cuales este Tribunal adhiere, estos son: a) **el principio de límites a la compensación**, por medio del cual se reconoce que no todo puede ser compensado, tales como especies en extinción, y por lo tanto aplica cuando las pérdidas son de un valor tan alto, que ningún mecanismo de compensación puede justificar la pérdida; b) **el principio de adicionalidad**, el cual sostiene que los beneficios de la compensación sea causado por acciones de compensación y no por otros factores, en otras palabras, los beneficios de la compensación no habrían ocurrido en el status quo y sin una medida de intervención específica; y c) **el principio de la equivalencia** el cual requiere un balance justo entre pérdidas y beneficios. Esto requiere medidas cuantitativas de las pérdidas y ganancias de biodiversidad (Guía para la compensación de biodiversidad en el SEIA, p. 19; Independent Report on Biodiversity Offsets, IUCN, ICMN, p. 16-20). En concordancia con las mejores prácticas internacionales en materia de compensación ambiental, la Guía para la compensación de biodiversidad en el SEIA utiliza estos principios como estándares para determinar la compensación de biodiversidad apropiada, y por tanto, lícita.

**Octogésimo.** Que en relación al principio de adicionalidad se establece en la Guía que «se refiere a la ganancia de biodiversidad que se obtiene en el escenario con compensación, en comparación al escenario sin compensación. Esto implica comprobar que la ganancia en biodiversidad producida por la medida de compensación no se habría producido en ausencia de la medida, así como verificar que la implementación de la medida de compensación no provoca impactos adversos, tales como el desplazamiento de actividades que generan pérdida de biodiversidad hacia otros sectores», y que «una medida de compensación que tiene por objeto conservar la biodiversidad preexistente solo será adicional en el caso que esta haya estado amenazada, lo cual deberá ser demostrado» (Guía para la compensación de biodiversidad en el SEIA, p. 20).

**Octogésimo primero.** Que en relación al Principio de límites a la compensación, la Guía plantea que «*Existen límites para lo que pueda ser compensado, lo que ocurre cuando la compensación de un impacto no cumple con el requisito de equivalencia. Los límites para la compensación de biodiversidad están influenciados por las condiciones de irremplazabilidad y vulnerabilidad. Por ejemplo la irremplazabilidad se relaciona con la existencia o no de opciones de lugares donde puede implementar la medida de compensación cumpliendo los requisitos (BBOP, 2012a; Pressley et al., 1994). Por su parte la vulnerabilidad se entiende como la probabilidad de pérdida de biodiversidad dada las amenazas actuales o inminentes. El método más reconocido y utilizado para determinar vulnerabilidad es la clasificación de especies según su estado de conservación. Otra perspectiva para definir los límites para la compensación se asocia a la pérdida de servicios ecosistémicos como por ejemplo aquellos asociados a un valor cultural de la biodiversidad otorgado por comunidades locales (FCS, 2009) incluyendo los pueblos indígenas*» (Guía para la compensación de biodiversidad en el SEIA, p. 20).

**Octogésimo segundo.** Que, en particular, en relación al principio de equivalencia pareciera haber diferencias entre el alcance del principio en las mejores prácticas internacionales de compensación y el alcance que éste tiene en la Guía, la cual en relación al principio de equivalencia sostiene que «*La equivalencia plantea que el balance de pérdidas y ganancias represente una compensación justa. Esto requiere medidas cuantitativas de pérdidas y ganancias de biodiversidad y el exceso de ganancias sobre pérdidas. Esto considera compensación componente por componente, o una evaluación general de pérdidas y beneficios ecosistémicos*» (Independent Report on Biodiversity Offsets, IUCN, ICMN, p. 17). Por lo tanto pareciera existir una versión fuerte del principio de equivalencia en la cual debe compensarse componente por componente, ecosistema por ecosistema, etc.; y una versión débil en la cual el sitio a compensar debe implicar beneficios mayores a la pérdida debido al ecosistema a intervenir.

**Octogésimo tercero.** Que en este punto, la LBGMA en su art. 16 inciso final establece que «*El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y haciéndose cargo de los efectos, características circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario será rechazado*». En ese sentido, este Tribunal no restringirá la interpretación del principio de equivalencia a su versión fuerte, pero si controlará que existe una clara muestra de que los beneficios de la compensación superan sus pérdidas.

**Octogésimo cuarto.** Que, de acuerdo a la prueba que existe en el expediente administrativo, este Tribunal considera que no existe un quebrantamiento al principio de límites a la compensación ya que no aparece que el

ecosistema del área que será inundada y sus funciones, ni los bienes y servicios que provee, sean vulnerables o irremplazables.

**Octogésimo quinto.** Que, en relación al principio de aditividad, en el procedimiento administrativo no se presenta evidencia de que esté en peligro el humedal propuesto para compensar por aquellos que serán inundados, y por lo tanto es imposible determinar si se cumple con dicho principio; por tanto, existe riesgo de que la compensación corresponda a una pérdida neta, pues los beneficios del humedal propuesto podrían no compensar por la pérdida del humedal a inundar.

**Octogésimo sexto.** Que, en relación al principio de equivalencia, el Titular no ha sido capaz de determinar ni de una manera cualitativa ni cuantitativa que los bosques o humedales a ser compensados sean equivalentes. En el caso de la compensación de bosques si bien existe una compensación en términos de hectáreas, no se conoce si la productividad ambiental de cada hectárea es similar, y por lo tanto debe demostrarse si los ecosistemas, funciones y servicios ecosistémicos del bosque a remplazar implican el evitar una pérdida neta.

**Octogésimo séptimo.** Que, en relación a la compensación de humedales, la compensación no cumple con el principio de aditividad y por lo tanto de aceptarse este compromiso de conservación de un humedal existente el cual no se ha probado que esté en peligro, lo que ocurrirá es que se producirá una pérdida neta de humedales con lo cual se viola también el principio de equivalencia, por lo que se acogerá la reclamación en lo referido a la insuficiencia en las compensaciones de bosques y humedales.

**Octogésimo octavo.** Que, siendo así, el Tribunal estima que es innecesario pronunciarse acerca de la alegada infracción del Convenio para la Diversidad Biológica y la Ley de Caza, la alegada falta de evaluación íntegra del proyecto por fraccionamiento del mismo, ni a la alegada existencia de impactos no evaluados producidos por la medida de mitigación de construcción de extensión del camino X-528.

Por estas consideraciones, y **TENIENDO PRESENTE** además, lo dispuesto en los arts. 17 N°6, 18 N°5, 19, 25 y ss., de la Ley N° 20.600; 20 y 29 de la Ley N° 19.300; 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de la sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes

### **SE RESUELVE:**

1. **Acoger** la reclamación interpuesta sólo respecto de la materia relativa a compensación de bosques y humedales;
2. **Anular** la Resolución Reclamada;
3. **Ordenar** al Comité de Ministros, reabrir el procedimiento recursivo, y tomar las medidas probatorias que estime pertinente a fin de estudiar si la compensación de bosques y humedales propuesta por el Titular, permite justificar la equivalencia entre el ecosistema a inundar y el ecosistema propuesto para compensar; o en su defecto, que acoja los recursos administrativos interpuestos;
4. **No se condena** en costas a los litigantes, por estimarse que tuvieron motivo plausible para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Roberto Pastén Carrasco.

### **Rol N° R 42-2017**

Pronunciada por el I. Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Roberto Pastén Carrasco, Sr. Pablo Miranda Nigro, y Sr. Juan Ignacio Correa Rosado. No firman los Ministros Sr. Roberto Pastén Carrasco y Sr. Pablo Miranda Nigro, por haber cesado en sus cargos.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, a cuatro de enero de dos mil dieciocho, se anunció por el Estado Diario.

---





# Causa R-53-2017

## “Ricardo Durán Mococaín con Superintendencia del Medio Ambiente”

### SÍNTESIS

#### 1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Sr. Ricardo Durán Mococaín (Sr. Mococaín).
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)

#### 2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

El Sr. Mococaín representó a cerca de un millar de vecinos de la comuna de Coronel, Región del Biobío, quienes reclamaron contra el “Complejo Termoeléctrico Coronel” -”Termoeléctrica”-. Sostuvieron que la SMA debía tramitar sus denuncias y no archivarlas por falta de mérito, porque: i) la evaluación ambiental fue defectuosa, porque las emisiones de gases y mediciones de ruido no fueron válidas; y ii) Colbún eludió el SEIA, porque el equipamiento y capacidad de generación de energía la Termoeléctrica eran distintos a lo autorizado en la RCA.

Por los argumentos señalados, el Tribunal debía acoger su reclamo, anular la resolución de archivo y ordenar una investigación por todos los hechos denunciados.

En la sentencia, el Tribunal acogió parcialmente la reclamación, anuló la resolución que archivó las denuncias y ordenó a la SMA el inicio de un procedimiento sancionador contra la empresa, por una posible infracción de la RCA y elusión del SEIA. Además, ordenó a la empresa que la Termoeléctrica no genere energía eléctrica por sobre los 350 MW brutos, mientras se tramite el procedimiento sancionado.

#### 3. Controversias

- i. Si los equipos instalados en la Termoeléctrica serían diferentes a los autorizados en la RCA del proyecto.
- ii. Si la evaluación de emisiones de la Termoeléctrica no sería válida.
- iii. Si se habría eludido el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) al conectarse la Termoeléctrica al Sistema Interconectado Central (SIC) por la Subestación Charrúa, en lugar del punto autorizado por la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N° 176/2017, que era la Subestación Hualpén.
- iv. Si la utilización de diésel para la operación de la Termoeléctrica fue o no sometida al SEIA.
- v. Si la Termoeléctrica captaría agua de mar sin Permiso Ambiental Sectorial (PAS).
- vi. Si las estimaciones de ruido del proyecto no serían válidas.

#### 4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. En cuanto a si los equipos instalados serían diferentes a los autorizados en la RCA del proyecto, el Tribunal consideró que los informes de fiscalización elaborados por la SMA daban cuenta que la Termoeléctrica operaba con una turbina de vapor, generador eléctrico y transformador de poder para generar 370 Megawatts (MW) de potencia nominal, superior a la capacidad autorizada en la RCA, que permitía un máximo de 350 MW de potencia nominal por unidad.

- ii. Sobre la validez de las emisiones de la Termoeléctrica, consideró que aunque la SMA no tiene atribuciones en su ley orgánica para perseguir este tipo de irregularidades, sí pudo iniciar una investigación por posible elusión al SEIA, por la sobredimensión de la chimenea de evacuación de dichas emisiones.
  - iii. Sobre si se habría eludido el SEIA por variar la conexión al SIC desde la Subestación Hualpén a la Subestación Charrúa, consideró que no existió elusión, porque la empresa sí sometió a evaluación ambiental dicha modificación.
  - iv. Respecto a que el consumo de diésel no habría sido sometido al SEIA, el Tribunal consideró que las cantidades de litros informadas por la SMA no superó la cantidad establecida en la RCA.
  - v. Respecto a la denuncia por posible captación de agua de mar sin permiso, la ley no exige PAS. Además, la empresa obtuvo una concesión marítima para la obra de descarga -otorgada por la Subsecretaría de Pesca-, además del PAS N° 73 (descargas al mar).
  - vi. Sobre la validez de las estimaciones de ruido, consideró que la SMA no tiene atribuciones en su ley orgánica para perseguir este tipo de irregularidades. Esto podría representar un defecto en la evaluación ambiental, pero no una infracción.
  - vii. Considerando los aspectos expuestos anteriormente, el Tribunal acogió parcialmente la reclamación, ordenando a la SMA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa por posible infracción y elusión al SEIA en la operación de la Termoeléctrica.
- Además, le ordenó no generar energía por sobre los 350 MW, mientras dure dicho procedimiento.

## **SENTENCIA**

Valdivia, veintidós de enero de dos mil dieciocho.

### **VISTOS:**

1. A fs. 1, con fecha 15 de junio de 2017, el Sr. **RICARDO ANDRÉS DURÁN MOCOCAÍN**, abogado, en representación de un total de 998 personas naturales -en adelante los «Reclamantes»-, todos domiciliados para estos efectos en calle Ongolmo N° 588, oficina 12, ciudad y comuna de Concepción, interpuso reclamación conforme a lo dispuesto en el art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 («LTA») y art. 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente («LOSMA»), en contra de la Resolución Exenta N° 489, de 25 de mayo de 2017, en adelante la «Resolución Reclamada», dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante «SMA», «Superintendencia», o simplemente «Reclamada».

### **A. Antecedentes del acto administrativo reclamado**

2. El día 3 de septiembre de 2015, la SMA recibió una denuncia presentada por el Sr. Ricardo Andrés Durán Mococaín, en representación de 1194 personas, en contra de Colbún S.A. y su proyecto «Complejo Termoeléctrico Coronel», que hasta ahora ha construido sólo la Central Termoeléctrica Santa María («CTSM»). Este fue calificado ambientalmente favorable mediante la Resolución Exenta N° 176, de 12 de julio de 2007 («RCA»), de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Biobío («COREMA Biobío»).
3. Posteriormente, el 10 de septiembre de 2015, el Sr. Durán Mococaín, en representación de 144 personas, presentó una nueva denuncia en contra de Colbún S.A., señalando nuevos hechos.
4. La SMA por su parte, con fecha 30 de octubre de 2015, informó a los denunciantes, a través del ORD. DSC N° 2247, el inicio de una investigación por los hechos denunciados.
5. Por otro lado, el 10 de septiembre de 2015, el Sr. Durán Mococaín, en representación de 105 nuevos denunciantes, solicitó a la SMA hacerlos parte de la denuncia presentada con fecha 3 de septiembre de 2015.
6. El día 29 de octubre de 2015, el Sr. Durán Mococaín, en representación de 351 nuevos denunciantes, solicitó hacer parte a aquellos de la denuncia presentada con fecha 3 de septiembre de 2015, además

de hacer presente nuevos antecedentes, en virtud de los que solicitó hacer mediciones de material particulado.

7. Seguidamente, los días 29 de enero de 2016 y 25 de febrero de 2016, el Sr. Durán Mococaín, en representación de 825 nuevos denunciante, solicitó tener a estos como parte de la denuncia de fecha 3 de septiembre de 2015.
8. Por otro lado, el día 31 de marzo de 2016, el Sr. Durán Mococaín ingresó una nueva denuncia, en representación de todos los denunciante indicados en las presentaciones anteriores, aduciendo nuevos incumplimientos ambientales. Además, solicitó tener por ampliada la denuncia original y la dictación de medidas provisionales, según en el art. 48 LOSMA.
9. Después, el día 2 de mayo de 2016, el Sr. Durán Mococaín solicitó a la SMA pronunciamiento respecto de las denuncias presentadas y sus respectivas ampliaciones. La SMA informó, con fecha 4 de mayo de 2016, que los nuevos hechos denunciados fueron incorporados a la investigación iniciada. Con igual fecha, el H. Diputado Sr. Marcelo Chávez Velázquez presentó a la SMA una solicitud para hacerse parte de las denuncias presentadas con fecha 3 y 10 de septiembre de 2015, ampliadas en marzo de 2016.
10. Luego, el 8 de junio de 2016, el Sr. Durán Mococaín hizo presente a la SMA que Colbún S.A. no contaba con permiso de captación de agua de mar, refiriendo a un recurso de reclamación presentado por la empresa denunciada en contra de la Dirección General de Aguas, ante la Corte de Apelaciones de Concepción.
11. Por último, con fecha 10 de junio de 2016, el H. Diputado Sr. Chávez Velázquez, reiteró la solicitud del Sr. Durán Mococaín en su presentación de fecha 8 de junio de 2016, siendo éstas contestadas por la SMA con fecha 2 de septiembre de 2016, mediante el ORD N° 1641 de la División de Sanción y Cumplimiento, informando que, en relación con las medidas provisionales solicitadas, por el momento no se adoptarían.
12. Finalmente, mediante la Resolución Reclamada, la SMA resolvió que, analizados los antecedentes expuestos, no resultaba procedente iniciar un procedimiento sancionatorio en contra de Colbún S.A., por lo que resolvió archivar las denuncias y demás presentaciones, y por tanto negar lugar a las medidas provisionales solicitadas.

## **B. Antecedentes del proceso de reclamación**

13. A fs. 1 y ss., se inició el proceso mediante reclamación de fecha 15 de junio de 2017.
  14. De fs. 101 a fs. 599 se acompañaron, junto a la reclamación, los siguientes documentos:
    - a) Copia de la R.E. N° 489 de fecha 25 de mayo de 2017.
    - b) Sobre de correspondencia de la SMA, en donde consta el timbre de correos de Chile, por el que se notifica a los Reclamantes con fecha 30 de mayo de 2017, más el respectivo comprobante de correos.
    - c) Copia de Mandato judicial otorgado ante Notario Público.
    - d) Copia simple de escrito téngase presente, emanado de Colbún S.A., con fecha 03 de noviembre de 2015, en causa Rol N° 8088-2015, correspondiente a recurso de protección de la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción.
    - e) Copia simple del Informe del CDEC-SIC al recurso de protección en causa Rol N° 8088-2015, de la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción.
    - f) Copia simple de Recurso de Reclamación en contra de la DGA, en causa Rol N° 9019-2016, ingresado a la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción.
    - g) Copia de la RCA de Colbún S.A.
  15. A fs. 922, el Tribunal admitió a trámite la reclamación, disponiendo se oficiara a la SMA, a fin de que emitiera Informe.
  16. A fs. 928 y ss., la SMA evacuó su Informe, acompañando los expedientes administrativos, lo que el Tribunal tuvo por evacuado a fs. 4726.
-

17. A fs. 4727, el Tribunal procedió a fijar audiencia de alegatos, para el día martes 8 de agosto de 2017.
18. A fs. 4729, Colbún S.A. solicitó hacerse parte -en calidad de tercero coadyuvante- e hizo presente una serie de antecedentes y fundamentos, para lo cual acompañó:
  - a) Resolución Exenta N° 817 de 26 de julio de 2017, de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental -en adelante «SEA»-.
  - b) Decreto Supremo N° 218 de fecha 2 de junio de 2008, de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nacional.
  - c) Decreto Supremo N°190 de fecha 8 de mayo de 2008, de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nacional.
  - d) Resolución de la Il. Corte de Apelaciones de Concepción, que decreta “En relación”, la causa Rol N° 9019- 2016.
  - e) Resolución Exenta N° 9/Rol N° D-003-2017, de la SMA, que aprueba el Programa de Cumplimiento de ruido asociado al Proyecto.
19. A fs. 4807, el Tribunal resolvió reconocer a Colbún S.A. la calidad de tercero coadyuvante de la SMA.
20. A fs. 4810, consta certificación de haberse llevado a efecto la audiencia de alegatos el día y hora fijados.
21. A fs. 4811, consta nota de acuerdo; y a fs. 4812 consta designación de Ministro redactor.

## CONSIDERANDO:

**Primero.** Que los Reclamantes impugnaron la Resolución Reclamada por haber ésta archivado sus denuncias y rechazado las medidas provisionales solicitadas, pidiendo que ellas sean acogidas por el Tribunal, y ordenando a la SMA que formule cargos en contra de Colbún S.A.

Del mismo modo, los Reclamantes solicitaron que se instruya a Colbún S.A., conforme al art. 48 LOSMA, la medida de no traspasar el límite de 350 MW declarado y establecido en la RCA. En subsidio, solicitaron que se dispongan y/o adopten todas las medidas que el Tribunal estime pertinentes conforme a derecho y la prueba rendida. Por último, solicitaron la condena en costas de la SMA.

Por su parte, la SMA informó que la Resolución Reclamada archivó las denuncias de los Reclamantes por cuanto las mismas no permitieron constatar hechos que revistieran infracción; por lo que negó lugar a las medidas provisionales solicitadas. Así mismo, la Autoridad solicitó la condena en costas de los Reclamantes.

En tanto, Colbún S.A. señaló que la SMA tenía discrecionalidad en el tratamiento de las denuncias, y que la Resolución Reclamada estuvo motivada. Además, entregó una serie de argumentaciones de fondo sobre las denuncias.

## I. Alegaciones de las partes

**Segundo.** Que, los Reclamantes sostuvieron que la Resolución Reclamada era ilegal, alegando que la SMA no hizo uso de las facultades fiscalizadoras que le confiere su ley orgánica, respecto a incumplimientos por parte de Colbún S.A. de la normativa ambiental denunciados, según los siguientes antecedentes y fundamentos:

- a) Que Colbún S.A. instaló equipamiento diferente al autorizado. Primero, una turbina de 370 MW, siendo que la autorizada por unidad es una de 350 MW. Segundo, un generador eléctrico de 468 MVA, siendo que el autorizado es de 415 MVA. Tercero, un transformador de poder que alcanzaba 460/490 MVA, siendo el autorizado uno de 415 MVA.

En este punto, agregaron que los hechos se asemejan a los incumplimientos constatados por la SMA en relación con la Central Bocamina II, de propiedad de Endesa S.A. Sin embargo, la SMA decidió no actuar en el presente caso.

Además, aclaran los Reclamantes que el incumplimiento denunciado no se refería a una sobregeneración, sino a la instalación de un equipamiento diverso al declarado.

- b) Que Colbún S.A. instaló una chimenea de evacuación de gases diferente a la evaluada y autorizada, puesto la RCA señaló una de 90 m de altura y 4,85 m de diámetro; mientras que la

instalada es de 130 m de altura y base de 10 m de diámetro y sección final superior de 5,4 m de diámetro.

Agregó que, a pesar que la chimenea cuenta con una pertinencia favorable, conforme al art. 26 del Decreto Supremo N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental («RSEIA»), la respuesta que se otorgue a la solicitud de pertinencia no vincula a la SMA, que en todo caso puede fiscalizar; y que dicha respuesta además se emite luego de un análisis en abstracto, según los antecedentes que en su oportunidad proporcionó el Titular.

- c) Que la evaluación de emisión de contaminantes no era válida. Primero, porque un Anexo del EIA sobre la materia indicó una velocidad de salida de los gases a 24 m/s; en tanto, las instalaciones las arrojarían a una velocidad aproximada a 19,8 m/s. Segundo, que, por lo anterior, las evaluaciones atmosféricas de la pluma de dispersión, concentración y dispersión de contaminantes se basaron en modelaciones de equipamiento distinto al instalado. Tercero, la SMA evitó fiscalizar este último hecho, conformándose con la información proporcionada por Colbún S.A. para desechar la denuncia. Nuevamente citaron el caso de la Central Bocamina II, refiriendo que en ese caso la SMA sí fiscalizó, mientras que, respecto de las denuncias hechas por los Reclamantes, ello no sucedió.

- d) Que el Titular eludió el SEIA al no conectarse al Sistema Interconectado Central (SIC) a través de la subestación Hualpén, que correspondió a la evaluada en el EIA del Proyecto. Por el contrario, Colbún S.A. se conectó al SIC por medio de la subestación Charrúa.

Agregaron que, sin perjuicio que la conexión Coronel-Charrúa contaba con una DIA, esta era posterior a la RCA obtenida por EIA de la CTSM —que evaluó la conexión entre Coronel y Hualpén—. Este hecho, a juicio de las Reclamantes, constituiría un fraccionamiento a sabiendas del Proyecto, para evitar modificar el EIA y obviar un procedimiento de participación ciudadana.

Por último, los Reclamantes señalaron que no se podía modificar una RCA obtenida por EIA utilizando posteriormente un instrumento de menor jerarquía como la DIA. A su juicio, la RCA obtenida por DIA carecería de fuerza normativa para afectar el acto original, obtenido por EIA; a más de faltar la participación ciudadana necesaria, que habilita para reclamar administrativamente.

Por lo anterior, los Reclamantes sostuvieron que la modificación de la línea de transmisión debió realizarse mediante EIA observando el art. 11 ter LBGMA; esto es, considerando la suma de los impactos provocados por la modificación y el Proyecto existente.

- e) Que la generación con diesel no fue sometida a evaluación ni a modelación de contaminantes atmosféricos.

Agregaron los Reclamantes que los consumos correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2014 reportados por Colbún S.A. acreditarían que no era efectivo que la CTSM utilizase dicho combustible en forma esporádica, como se indicó en la RCA del Proyecto.

- f) Que la CTSM no contaba con decreto de concesión marítima que contuviera permiso para succión, captación o aducción de agua de mar.

Al respecto, los Reclamantes señalaron que conforme al art. 8° inc. 2°, 24 y 25 LBGMA, correspondió que dicho permiso fuese materia de la evaluación ambiental del Proyecto. Afirmaron que era en esa oportunidad en la que debió igualmente fijarse las condiciones y exigencias para su otorgamiento, conforme al principio de «ventanilla única» que inspiró al SEIA.

Agregaron que la SMA desatendió su denuncia puesto que, en vez de emitir pronunciamiento sobre los hechos expuestos, se refirió a un aspecto diverso, relacionado con la concesión marítima otorgada a Puerto Coronel S.A., empresa que presta servicios a Colbún S.A., lo que no era materia de discusión.

- g) Que las estimaciones de ruido del Proyecto no eran válidas, pues fueron realizadas con los datos de una central de 250 MW -Central Termoeléctrica Nueva Ventanas- considerada como equivalente en potencia. Por ello, según los Reclamantes, resultaría evidente que para las estimaciones de ruido debió haberse considerando una central de 350 MW, además del equipamiento restante referido en la RCA del Proyecto.

**Tercero.** Que, por su parte, la SMA sostuvo que la Resolución Reclamada era legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, por lo que solicitó el rechazo de la reclamación, con costas. Aquel Servicio Público entregó las siguientes defensas:

- a) Respecto a la potencia instalada, señaló que solicitó al SEA un pronunciamiento al respecto. Dicho Servicio Público respondió que el aumento de generación por sobre los 350 MW no modificaba sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto, por cuanto el complejo fue evaluado para la generación de 700 MW. Asimismo, el SEA afirmó que los MW adicionales generados por la unidad operativa estarían contemplados dentro de lo evaluado, y que la potencia evaluada y aprobada en la RCA correspondió a la potencia nominal del Proyecto.

Agregó que, de generarse efectos o impactos no evaluados dentro del rango de potencia autorizada, sólo podría ser objeto de revisión de la RCA según el art. 25 quinquies LBGMA.

Respecto al equipamiento instalado, la SMA señaló que en el caso de la Central Bocamina II la situación fue distinta, pues se había aumentado la capacidad de generación por sobre lo autorizado en su Resolución de Calificación Ambiental.

Agregó que, en la fiscalización a la CTSM, observó que la potencia producida por estos equipos no aumentaba o superaba las emisiones atmosféricas, por lo que no era posible concluir que una turbina que generaba un potencial mayor a 350 MW y menor a 700 MW constituya una hipótesis infraccional.

- b) Sobre la denuncia alusiva a una chimenea distinta a la evaluada y que la evaluación de contaminantes no sería válida, la SMA señaló que se realizó un examen de la información remitida producto de su actividad fiscalizadora. A partir de ella, la SMA concluyó que los cambios en las dimensiones no implicaban una modificación de las características evaluadas en las emisiones atmosféricas de dióxido de nitrógeno (NO<sub>2</sub>), dióxido de azufre (SO<sub>2</sub>) y material particulado respirable (MP10).

Agregó que el año 2010 se realizó a este respecto una consulta de pertinencia a la COREMA Biobío, que concluyó que no había cambios significativos en las concentraciones ambientales y que, en general, no había desplazamientos en la dispersión de la pluma de emisiones.

Concluyó la SMA que los Reclamantes, al desconocer las gestiones técnicas y la opinión de los organismos citados, han realizado una alegación carente de sustento técnico y que, estos antecedentes, contrastados con la actividad fiscalizadora desplegada, impedía fundar la imputación de acción arbitraria.

- c) Respecto a la elusión al SEIA, la SMA indicó que la línea de alta tensión indicada en la RCA (Coronel-Hualpén) fue objeto de una modificación de RCA (Coronel-Charrúa), lo que no quería decir que por ello existió fraccionamiento del Proyecto de Colbún S.A. Agregó que dicha modificación se verificó conforme a lo dispuesto en el art. 8° LBGMA y que fue aprobada por la COREMA Biobío el año 2009.

La SMA sostuvo que era una interpretación errada sostener que para modificar un EIA se requería idéntico instrumento, pues la normativa ambiental apunta a las características propias de la modificación y la consideración del estado del proyecto previo a su evaluación.

En relación con la atribuida jerarquía legal entre EIA y DIA, agregó que era un error de comprensión de ambas figuras, pues la modificación de un proyecto ha de ser evaluada de acuerdo con las características específicas de dicha modificación y teniendo en consideración el estado del proyecto previo a su evaluación.



Respecto a que producto del denunciado fraccionamiento se habría evitado la participación ciudadana sostuvo que, al no haberse verificado fraccionamiento, no era posible sostener dicha alegación.

- d) Sobre la generación con diésel de forma no esporádica, refirió que, conforme a la información derivada de su actividad fiscalizadora, el consumo de dicho combustible en el período septiembre de 2015 a mayo de 2016 no superaba los 27 metros cúbicos por hora, y era lo autorizado en el punto 3.4.4 de la RCA.

En tanto, el consumo de diésel para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2015 fue de 435 toneladas, pero que en diciembre de ese año se consumieron 255 toneladas debido a una parada de planta y restablecimiento del funcionamiento de la central.

Por último, la Unidad I de la CTSM operaba bajo condiciones de partida y posterior quema de carbón, para la operación normal del Proyecto.

Concluyó manifestando que Colbún S.A. cumplió con los lineamientos técnicos de su RCA, impidiendo configurar infracción al respecto.

- e) Respecto a la inexistencia del permiso de captación de agua de mar, la SMA señaló que ni la ley ni el antiguo ni actual RSEIA se refieren a la exigencia de un Permiso Ambiental Sectorial («PAS») o mixto respecto de la succión u obras de succión de agua de mar.

La SMA señaló que las actividades de fiscalización desplegadas le permitieron al SEA afirmar que la CTSM contaba con concesión marítima para su obra de descarga. El SEA agregó que, en el marco de la evaluación ambiental del Proyecto, la autoridad evaluadora exigió a Colbún S.A. los PAS N° 73 (permiso para introducir o descargar en aguas sometidas a la jurisdicción nacional, materias, energía o sustancias nocivas o peligrosas de cualquier especie, que no ocasionen daños o perjuicios en las aguas, la flora o la fauna), N° 90 (permiso para la construcción, modificación y ampliación de cualquier obra pública o particular destinada a la evacuación, tratamiento o disposición final de residuos industriales o mineros), y N° 91 (permiso para la construcción, modificación y ampliación de cualquier obra pública o particular destinada a la evacuación, tratamiento o disposición final de desagües y aguas servidas de cualquier naturaleza), los que obtuvo debidamente.

Adicionalmente, la SMA afirmó que existía una concesión para la obra de succión o toma de agua de mar a nombre de la sociedad anónima Puerto Coronel. Este último permiso, agregó, no era ambiental, por lo que no era de aquellos que debían obtenerse por ventanilla única del SEIA. De esta forma, la SMA no pudo fiscalizar ni sancionar su incumplimiento.

En todo caso, concluyó que la Resolución Reclamada ordenó derivar los antecedentes que obran en su poder sobre la materia a la DGA, institución en contra de la cual actualmente se sostiene un recurso de reclamación por Colbún S.A. -Rol N° 9019-2016- ante la Il. Corte de Apelaciones de Concepción. La cuestión discutida versa sobre una presunta infracción de Colbún S.A. al art. 294 del Código de Aguas, al no contar sus obras de conducción de agua de mar con la respectiva autorización de la DGA.

- f) Por último, sobre la invalidez de las estimaciones de ruido, la SMA señaló que no le correspondía emitir pronunciamiento. Agregó que no se podía impugnar el contenido de la RCA por medio de una denuncia. Esta última solo debía estar vinculada a un incumplimiento de dicho instrumento, y no a la validez o idoneidad de la evaluación ambiental.

La SMA afirmó que cuestión distinta era que los Reclamantes hubiesen denunciado una infracción al Decreto Supremo N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece la norma de ruidos para fuentes, con indicación de presuntos afectados y sus datos de contacto. De haber sido así, ese Servicio Público habría fiscalizado la posible infracción. Que, no obstante ello, la SMA procedió a realizar las mediciones de ruido correspondiente, lo que la llevó a formular cargos e iniciar un procedimiento sancionatorio en contra de Colbún S.A. Éste último fue suspendido por aprobación de un programa de cumplimiento presentado por la empresa.

- g) También sostuvo la SMA que, respecto a los hechos denunciados referidos a (i) que la CTSM no se había hecho cargo de un impacto no previsto relacionado con las acciones y operaciones de

manejo y acopio de carbón; (ii) a que la CTSM no contaría con medidas de mitigación eficientes en cuanto a la generación de emisiones atmosféricas producto de la operación de la caldera; y (iii) que los impactos que fueron evaluados en el marco del SEIA no corresponderían a los que se estarían generando específicamente en cuanto a la calidad del agua e impactos sobre fauna marina; no fueron objeto de la reclamación, por lo que no eran parte del objeto jurídico del presente juicio.

**Cuarto.** Que, por último, Colbún S.A. solicitó el rechazo de la reclamación, con costas y señaló que la SMA fundamentó correctamente la Resolución Reclamada.

En cuanto a la forma, coincidió con las denuncias que estima no forman parte del objeto de la controversia. Colbún S.A. añadió que estaría excluido del objeto de la controversia, la denuncia sobre una potencia instalada del Proyecto mayor a la declarada y permitida por la RCA.

Además, Colbún S.A. sostuvo que, conforme a la LOSMA, la doctrina y jurisprudencia, la SMA contaba con facultades discrecionales para, previo análisis de la seriedad y mérito de las denuncias que ante ellas se presentan, poner en marcha la potestad sancionatoria y que, en tal evento, la forma en que el denunciante pondera los hechos no era vinculante para la SMA al momento de formular cargos.

En cuanto al fondo, en lo medular, reprodujo los argumentos de la SMA.

## II. Controversias

**Quinto.** Que, la controversia sometida al conocimiento del Tribunal se origina a partir de la decisión de la SMA de decidir no iniciar procedimiento sancionatorio, por no haber constatado hechos que revestían características de infracción, relativos a diversos incumplimientos denunciados por los Reclamantes de autos, en contra de Colbún S.A., por la operación de su CTSM. Por lo anterior, la SMA decidió el archivo de dichas denuncias, lo que se plasmó en la Resolución Exenta N°489, de 25 de mayo de 2017, dictada por la jefa de la División de Sanción y Cumplimiento del ente fiscalizador, y objeto de impugnación en estos autos.

**Sexto.** Que, atendidos los argumentos expuestos por las partes, el Tribunal se pronunciará sobre los siguientes puntos controvertidos:

- 1) Alegación relativa a que los equipos instalados por Colbún S.A. para su CTSM, serían diferentes a lo autorizado por su RCA.
- 2) Alegación relativa a la invalidez de la evaluación de emisiones.
- 3) Alegación relativa a elusión del SETA al haberse conectado la CTSM al SIC por la Subestación Charrúa, en lugar del punto autorizado por la RCA N° 176/2007, que era la Subestación Hualpén.
- 4) Alegación relativa a que la generación eléctrica de la CTSM con diesel no ha sido sometida a SEIA.
- 5) Alegación relativa a que, en violación al SETA, la CTSM captaría agua de mar sin contar con autorización sectorial.
- 6) Alegación relativa a que las estimaciones de ruido del proyecto no serían válidas.

### 1. Alegación relativa a que los equipos instalados por Colbún S.A. Para su CTSM, serían diferentes a lo autorizado por la RCA

**Séptimo.** Que, la RCA autorizó a la CTSM una potencia nominal de 350 MW, en cada turbina

No obstante, la SMA constató en su expediente de fiscalización DFZ-2016-2685-VIII-RCA-IA que,

*«La turbina eléctrica General Electric Número de Serie 270T771, posee una potencia de 369,989 KW y una presión de ingreso de 166,7 bar. De lo anterior se observa una diferencia de los parámetros de potencia y presión de ingreso a los estipulados en la RCA N° 176/2007»* (disponible en <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Fiscalizacion/Ficha/1004698>, p. 22).

Es decir, existe una diferencia entre la potencia nominal autorizada para cada una de las 2 turbinas autorizadas, y la potencia instalada en la única unidad construida. Esto es un hecho probado en el expediente administrativo, y por si solo se le puede aplicar hasta ahora los supuestos de hecho del art. 35 letras a) o b) de la LOSMA.

**Octavo.** Que, para justificar el archivo de la denuncia sobre la turbina instalada, la SMA indicó que el informe DFZ-2016- 2685-VIII-RCA-IA afirmó que,

*«estas unidades del área de generación, al operar en su mayor capacidad pueden superar los 350 MW de potencia total del complejo CT Santa María», agregando seguidamente «[...] que la potencia producida por estos equipos, no tiene efectos de aumento o superación de emisiones atmosféricas, tal como se verificó en el informes [sic] de Fiscalización de Expediente DFZ-2015-193-VIII-RCA-IA y de manera preliminar en el expediente DFZ-2016-2725-VIII-NE-El» (fs. 942).*

Añade la SMA que lo anterior demostraría que para los efectos de la modelación de emisiones atmosféricas no importaba sustancialmente el hecho de que los 700 MW autorizados fueran generados por una o dos turbinas,

*«[...] no puede concluirse razonablemente el hecho de que una turbina que genere una potencia mayor a 350 MW (y menos de 700 MW), estaría infringiendo la autorización ambiental, y a su vez, eventualmente generando efectos o impactos ambientales no evaluados» (fs. 942-943).*

**Noveno.** Que, los anteriores argumentos de la SMA, que también hace suyos Colbún S.A., son irrelevantes para efectos de determinar si existe o no una infracción.

A juicio de estos sentenciadores, la SMA interpretó erradamente su propia normativa sobre infracciones (Título III, LOSMA), lo que queda patente del citado informe DFZ-2016-2685-VIII-RCA-IA,

*«Así mismo, en dicho Informe (Expediente DFZ-2015-193-VIII- RCA-IA) se realizó el análisis de información de emisiones de NOx, SOx y Material Particulado, de un periodo acotado enero a Septiembre 2015), del cual no se observa el aumento de las concentraciones de esos parámetros, permitiría establecer que no se constata lo señalado en la denuncia N° 1142-2015, la cual señala que la CT Santa María tiene una potencia instalada mayor a la declarada y permitida por RCA N° 176/2007 y en razón de lo anterior estaría generando mayor emisiones atmosféricas sin contar con medidas de mitigación» (disponible en <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Fiscalizacion/Ficha/1004698>, p. 22).*

Lo que detectó la SMA en este último informe fue que la construcción de la única turbina, en posible contravención al diseño autorizado, no sobrepasaba la modelación de emisiones autorizadas hecha en la RCA. Al ser esto así, esta constatación guarda relación con los efectos del posible incumplimiento de la RCA, para situar la infracción ya sea en gravísima, grave o leve, de acuerdo con el art. 36 de la LOSMA. Cabe recordar que la configuración de infracciones obedece únicamente a lo establecido en el art. 35 de la LOSMA.

A juicio de estos sentenciadores, y vistos los antecedentes que obran en el expediente administrativo, existen indicios suficientes para que la SMA inicie un procedimiento administrativo sancionador por el acusado incumplimiento de la RCA de la CTSM, al construir instalaciones con especificaciones ambientales aparentemente distintas a las autorizadas.

**Décimo.** Que, el razonamiento anterior aplica para todos los hechos denunciados en relación con el diseño autorizado y la instalación construida.

Así, Colbún S.A. instaló una turbina de vapor de 370 MW de potencia nominal, siendo que la RCA autorizaba, por unidad, 350 MW de potencia nominal.

Además, Colbún S.A. instaló un generador eléctrico de 468 MVA, siendo que el autorizado era de 415 MVA.

Adicionalmente, Colbún S.A. instaló un transformador de poder que alcanza 460/490 MVA, siendo el autorizado uno de 415 MVA.

Además, Colbún S.A. instaló una chimenea de 130 m de altura y sección final superior de 5,4 m de diámetro, siendo que lo autorizado es una chimenea de 90 m de altura y sección final superior de 4,85 m de diámetro. Sin embargo, las modificaciones de dicha chimenea fueron sometidas a una solicitud de pertinencia que fue favorable y, por tanto, será tratada en conjunto con la siguiente alegación.

**Undécimo.** Que, fue aludido en esta causa un acto de la SMA, por el que formuló cargo a ENDESA por elusión al SEIA en el caso de la Central Termoeléctrica Bocamina 2 (causa R-6-2014, seguida ante este Tribunal), donde aquel servicio determinó que existieron infracciones por las diferencias entre lo construido y lo autorizado,

en cuanto al diseño de ingeniería, de manejo de insumos y residuos, de seguridad y respaldo y de disposición general de la planta.

Todas las infracciones imputadas a ENDESA se subsumieron entonces en la elusión de la letra b) del art. 35 LOSMA, por cuanto aquella central termoeléctrica construyó la única unidad permitida por encima de la capacidad nominal autorizada y en un rango superior al que requiere la letra c) del art. 10 LBGMA para ingresar al SEIA.

Por tanto, el Tribunal acogerá la reclamación respecto de los hechos denunciados identificados en la letra a) del considerando segundo de esta sentencia.

## **2. Alegación relativa a la invalidez de la evaluación de emisiones**

**Duodécimo.** Que los Reclamantes sostuvieron que la evaluación de emisiones del EIA era inválida como consecuencia de la construcción de un proyecto distinto al autorizado, en particular lo relacionado con la altura de la chimenea.

Añadieron los Reclamantes que, si bien un Anexo del EIA indicó una velocidad de salida de los gases a 24 m/s, la chimenea ha arrojado gases a 19,8 m/s. Por tanto, las evaluaciones atmosféricas de la pluma de dispersión, concentración y dispersión de contaminantes se basarían en modelaciones de equipamiento distinto al instalado.

**Decimotercero.** Que, la SMA indicó que estos hechos fueron objeto de análisis en el Informe de Fiscalización DFZ-2016-2685-VIII- RCA-IA, donde se realizó examen de información de los documentos remitidos producto de la fiscalización ambiental, siendo estos: (i) Carta GDG N° 013/2010, de fecha 25 de enero de 2010, en que se realiza presentación de pertinencia de ingreso a la COREMA Biobío; (ii) Reporte Técnico ATM 65A/09 «Modelación de la Dispersión de las Emisiones Atmosféricas Provenientes del Complejo Termoeléctrico Santa María de Coronel» de Algoritmos, de enero 2010, y (iii) Resolución Exenta N° 094, de 19 de mayo de 2010, de la COREMA del Biobío, que se pronuncia sobre las modificaciones propuestas al proyecto «Complejo Termoeléctrico Santa María de Coronel».

De su análisis, la SMA ratificó que los cambios en las dimensiones no implicaban una modificación de las características evaluadas de las emisiones atmosféricas de NO<sub>2</sub>, SO<sub>2</sub> y MP<sub>10</sub>, además de existir un pronunciamiento de pertinencia que indica que las modificaciones a la chimenea no son un cambio de consideración y no variaban la modelación de las emisiones.

**Decimocuarto.** Que estos sentenciadores observan que la reclamación de los actores sobre la invalidez de la evaluación ambiental, materializada en la RCA, con relación a las emisiones deriva de un hecho único: la construcción de un proyecto de generación constituido por una unidad de 370 MW, lo que sería distinto a las dos unidades de 350 MW autorizadas en la RCA.

**Decimoquinto.** Que, en lo que respecta a la presente alegación, el Tribunal debe tener presente que existe una consulta de pertinencia que permite el cambio de diseño de la chimenea sin necesidad de ingresar al SETA.

Con todo, estos sentenciadores advierten que la SMA pasó por alto que Colbún S.A. proveyó de información incompleta a la COREMA Biobío al hacer su consulta de pertinencia, pues para solicitarla indicó que la potencia de cada unidad se mantendría en 350 MW (fs. 1055), siendo que la SMA constató que la unidad instalada en la CTSM genera cerca de 370 MW. En ese sentido, las modelaciones de emisiones podrían ser incorrectas.

Aún más, la DIA con que cuenta la CTSM para la extensión de su chimenea estaría modelada para expulsar gases de una unidad de 350 MW; por lo que, si la unidad corresponde a 370 MW, sus gases serían expulsados por una chimenea dimensionada para evacuar gases de una unidad de 350 MW. De ser esto así, estos hechos podrían revestir el carácter de elusión al generar más de 350 MW y dejar escapar por la chimenea los gases de una unidad 20 MW más grande al aprobado.

**Decimosexto.** Que, en vista de lo anterior, estos sentenciadores consideran que las Autoridades Ambientales no contaron con la información fidedigna para arribar a una conclusión cierta sobre las evaluaciones atmosféricas de la pluma de dispersión, concentración y dispersión de contaminantes provenientes de la única unidad que se construyó en la CTSM.

**Decimoséptimo.** Que, los Reclamantes, a partir del sobredimensionamiento denunciado, derivan la invalidez de la evaluación de emisiones de la RCA. El Tribunal coincide con esta apreciación, pero el ordenamiento legal

no entrega herramientas a la SMA para perseguir este tipo de irregularidades, al carecer el art. 35 LOSMA de tipo alguno que lo permita.

Sin embargo, el hecho —sobredimensionamiento— denunciado, a propósito de la reclamación de invalidez de la evaluación de las emisiones de la CTSM, sí podría ser considerado como una eventual elusión al sistema de evaluación ambiental.

**Decimoctavo.** Que, el Tribunal acogerá la reclamación respecto de los hechos denunciados identificados en la letra b) del considerando segundo de esta sentencia, sólo en cuanto que la SMA será instruida a iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio de modo de determinar la posible elusión del sistema de evaluación ambiental, con relación al sobredimensionamiento de la chimenea, autorizada a expulsar los gases producto de la combustión de una unidad de 350 MW.

### **3. Alegación relativa a elusión del SEIA. Al haberse conectado al SIC por la subestación Charrúa en lugar del punto autorizado por la RCA N° 176/2007, que era la subestación Hualpén**

**Decimonoveno.** Que, los Reclamantes sostienen que Colbún S.A. eludió el SEIA, al conectarse al SIC mediante la subestación Charrúa y no mediante la subestación Hualpén, pues esta última fue la única evaluada en el EIA del Proyecto.

Agregaron que el tramo de la línea Coronel-Charrúa ingresó al SEIA mediante una DIA en mayo de 2008, esto es, dos años después del ingreso del Proyecto al SEIA. A juicio de los Reclamantes, este hecho constituiría un fraccionamiento a sabiendas del Proyecto, para no verse expuesta la modificación a un eventual procedimiento de participación ciudadana.

Por último, los Reclamantes señalaron que no podía modificarse la RCA de un EIA utilizando posteriormente un instrumento de menor jerarquía como la DIA. Lo anterior, por cuanto la RCA que obtenga la modificación carecería de fuerza normativa para afectar el acto original, a más de faltar la participación ciudadana necesaria para reclamar administrativamente.

Por lo anterior, los Reclamantes sostuvieron que la modificación de la línea de transmisión debió realizarse mediante EIA observando el art. 11 ter de la LBGMA; esto es, considerando la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto existente.

**Vigésimo.** Que, la SMA sostuvo que con el mérito del expediente de fiscalización DFZ-2016-2685-VIII-RCA-IA, se determinó en la Resolución Reclamada, lo siguiente:

- a) Que la CTSM, realizaba su transmisión de potencia a través de la línea de alta tensión «Coronel (Santa María)-Charrúa», que contaba con autorización ambiental (RCA N° 53/2009 COREMA Región del Biobío); y
- b) Que su trazado fue modificado mediante la Resolución Exenta COREMA Región del Biobío, N° 173/2009 (Anexo 17 del Informe de fiscalización DFZ-2016-2685-VIII-RCA-IA), la que se pronunció conforme sobre la naturaleza de los cambios al proyecto «Línea de Alta Tensión Santa María - Charrúa 2x220 Kv».

Añadió la SMA que la modificación no estaría en ninguna de las dos hipótesis del art. 11 bis LBGMA. Primero, Colbún S.A. no habría separado o dividido el Proyecto en dos o más proyectos distintos, con el fin de eludir el ingreso al SEIA, de alguna o todas sus partes. Segundo, Colbún S.A. no habría fraccionado el Proyecto con la intención de variar el instrumento de evaluación, de forma que hubiesen ingresado separadamente las diversas partes del mismo, vía DIA, con el objetivo consciente de evitar el ingreso vía EIA.

Agregó la SMA que, si bien Colbún S.A. contempló dentro de su Proyecto original una línea de alta tensión, dicha exigencia fue objeto de una modificación de RCA. En ese sentido, a juicio de la SMA modificar el Proyecto original, a través del ingreso de la modificación al SEIA no implicaba que el primero se haya fraccionado —en relación con la modificación posterior—, sino que, por el contrario, era una situación que normalmente se enmarcaba en lo establecido en el art. 8 LBGMA.

**Vigésimo primero.** Que, la SMA también rechazó la argumentación de los Reclamantes, referente a que el único instrumento apropiado para modificar un proyecto evaluado mediante un EIA era a través de otro EIA. A juicio de la SMA lo anterior era una interpretación errada de lo dispuesto en la legislación vigente, pues la

modificación de un proyecto ha de ser evaluada de acuerdo con las características específicas de la modificación y teniendo en consideración el estado del proyecto previo a su evaluación.

**Vigésimo segundo.** Que, el Tribunal considera que la situación de la línea de transmisión Coronel-Charrúa corresponde a una modificación del Proyecto evaluada conforme a derecho.

Un proyecto aprobado puede ser sometido a modificaciones, y respecto de éstas debe determinarse si son cambios de consideración, como indica el art. 2 letra g) del RSEIA. En caso de que la modificación introduzca cambios de consideración en el proyecto, estará obligado el ingreso de la misma al SEIA, como indica el art. 8 LBGMA. Además, si está obligado, se deberá determinar si en dicha modificación concurre la generación o no de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA. En caso afirmativo, el proyecto debe ingresar vía EIA, y en caso contrario vía DIA.

En definitiva, la vía de ingreso al SEIA de un proyecto y sus modificaciones, solo es jurídicamente determinada por la generación o no de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA.

**Vigésimo tercero.** Que, el art. 11 bis. LBGMA, como sostiene la SMA, solo incluye dos hipótesis. En ambas se requiere la intencionalidad del proponente. En la primera hay fraccionamiento para variar la vía de ingreso, es decir dividirlo para en lugar de ingresar por un EIA hacerlo por dos o más DIA. Mientras que en la segunda hay fraccionamiento para eludir el ingreso como tal, estando por completo al margen del SEIA.

En el presente caso, la segunda hipótesis debe ser descartada, por cuanto la modificación del Proyecto cuenta con RCA. Respecto de la primera hipótesis, también debe ser descartada, por cuanto la modificación del Proyecto fue sometida a evaluación ambiental, y por tanto se rechazará la reclamación en este aspecto.

#### **4. Alegación relativa a que la generación eléctrica de la CTSM Con diesel no ha sido sometida a SEIA**

**Vigésimo cuarto.** Que, los Reclamantes afirmaron que la generación eléctrica de la CTSM con diesel no fue sometida a evaluación ambiental ni a modelación de contaminantes atmosféricos.

Los Reclamantes agregaron que los consumos correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2014 reportados por Colbún S.A. acreditaban que no era efectivo que la CTSM utilizaba dicho combustible en forma esporádica, como se indicó en la RCA del Proyecto.

**Vigésimo quinto.** Que, por el contrario, la SMA sostuvo que este hecho denunciado fue objeto de análisis en el informe de fiscalización DFZ-2016-2685-VIII-RCA-IA, y con dicho antecedente, la Resolución Reclamada concluyó que:

- 1) Del resultado del análisis numérico, se observó que el consumo de diésel en ese período (septiembre 2015 a mayo de 2016), no superó la cantidad establecida en la RCA, correspondiente a 27 m3/h, tal como se estipula en el Considerando 3.4.4 de la misma.
- 2) Que, del análisis de los datos, el consumo de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2015, sumaban un total de 435 toneladas de diésel, pero con un máximo mensual de 255 toneladas, en el mes de diciembre 2015. Ese último mes correspondió a un momento de paralización y restablecimiento del funcionamiento de la central, antecedentes contenidos en expediente DFZ-2016-2725-VIII-NE-EI.
- 3) Que la Unidad I de la CTSM operaba con carbón, pero requería de diésel para su partida.

**Vigésimo sexto.** Que, las alegaciones de los Reclamantes han demostrado ser insustanciales, por cuanto la evidencia que constaba en el expediente administrativo —informe de fiscalización DFZ-2016-2685-VIII-RCA-IA— aclaraba que el consumo de diésel en el período denunciado por los Reclamantes no superó la cantidad



establecida en la RCA. De esta forma, y no constando prueba en contrario, este Tribunal rechazará la reclamación en este aspecto.

## **5. Alegación relativa a que, en violación al SEIA, la CTSM capta agua de mar sin contar con autorización sectorial**

**Vigésimo séptimo.** Que los Reclamantes afirmaron que la CTSM no contaba con decreto de concesión marítima para la succión, captación o aducción de agua de mar.

Al respecto, los Reclamantes señalaron que conforme al art. 8 inc. 2°, 24 y 25 LBGMA, correspondía que dicho permiso fuese materia de la evaluación ambiental del Proyecto, oportunidad en la que debió igualmente fijarse las condiciones y exigencias para su otorgamiento, conforme al principio de «ventanilla única» que inspiró al SETA.

Agregaron los Reclamantes que la SMA desatendió su denuncia puesto que, en vez de emitir pronunciamiento sobre los hechos expuestos, se refirió a aspecto diverso, relacionado con la concesión marítima otorgada a Puerto Coronel S.A., empresa que presta servicios a Colbún S.A., lo que no era materia de discusión.

**Vigésimo octavo.** Que, por el contrario, la SMA sostuvo que no existió permiso para la captación de agua de mar. Agregó que existía un decreto de concesión otorgado por la autoridad marítima para la construcción y/u operación de ciertas obras en los bienes nacionales de uso público.

Añadió la SMA que tanto la Ley N° 19.300, como el antiguo y el nuevo Reglamento del SEIA, no contenían norma alguna que exigiera, en el marco de la evaluación ambiental, la obtención de un permiso ambiental propiamente tal o sectorial ambiental mixto, respecto de la succión u obras de succión de agua de mar.

La SMA agregó que el expediente de fiscalización DFZ-2016-2685- VIII-RCA-IA, concluía que: (i) era posible verificar que el Complejo Termoeléctrico Coronel y, particularmente la CTSM, contaba con concesión marítima para la obra de descarga, además del PAS N° 73 (Descargas al mar); y (ii) constató que la Concesión Marítima otorgada a la obra de succión o toma de agua de mar, se encontraba a nombre de Compañía Puerto Coronel S.A. Este último permiso, asociado a la obra de succión, no era de carácter ambiental y no se encontraba dentro de aquellos que debían ser obtenidos en el SEIA. En consecuencia, no era fiscalizable y sancionable su incumplimiento por la SMA.

**Vigésimo noveno.** Que, el RSEIA, tanto en su versión anterior como actual, no contempla un PAS sectorial para la captación de agua desde el mar.

Los diversos PAS existentes entonces y ahora, se refieren a la introducción o descarga en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional. En ese sentido, el PAS 111 contiene un permiso para vertimiento, el PAS 113 contiene un permiso de descargas de aguas tratadas en plantas de tratamiento de instalaciones terrestres de recepción de mezclas oleosas, o el PAS 115, permiso para introducir o descargar materias, energía o sustancias nocivas o peligrosas de cualquier especie.

El Tribunal advierte que, sin perjuicio de no existir el PAS para la extracción de agua de mar, la obra de arte se encuentra autorizada mediante concesión marítima otorgada por Decreto Supremo N° 218 de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nacional, de fecha 2 de junio de 2008, a la Compañía Puerto Coronel, quien presta dichos servicios a la CTSM. Del mismo modo, la extracción de agua de mar fue evaluada en el EIA, por lo que su impacto ambiental fue debidamente considerado.

De lo anterior, estos sentenciadores declararán que no existe incumplimiento de ningún PAS por la CTSM, por cuanto no existe uno particular para la extracción de agua de mar en el RSEIA, y por tanto este Tribunal rechazará la reclamación en este aspecto.

## **6. Alegación relativa a que las estimaciones de ruido del proyecto no serían válidas**

**Trigésimo.** Que los Reclamantes sostienen que las estimaciones de ruido incluidas en el EIA no eran válidas, pues fueron hechas con los datos de una central de 250 MW -Central Termoeléctrica Nueva Ventanas- considerada como equivalente en potencia. Por ello, resultaría que para las estimaciones de ruido debió haberse considerando una central de 350 MW, además del equipamiento restante referido en la RCA del Proyecto.

**Trigésimo primero.** Que, por el contrario, la SMA sostiene que no le corresponde referirse, en términos del fundamento considerado al momento de la evaluación ambiental, a la idoneidad de las medidas de mitigación, o cuestionar las estimaciones de ruido consideradas en el proceso de evaluación ambiental, o bien discutir la



línea base de medio humano del proyecto; existiendo para ese tipo de consideraciones medios de impugnación especiales del procedimiento de evaluación, señalados expresamente en la ley.

La SMA añadió que era posible impugnar el contenido de una RCA por medio de una denuncia, puesto que el objeto de esta última era detectar y sancionar incumplimientos de dicho instrumento, y no la validez o idoneidad del mismo.

**Trigésimo segundo.** Que, a juicio de estos sentenciadores los incumplimientos que puede sancionar la SMA están incluidos en el art. 35 LOSMA. De su sola lectura es imposible encontrar alguna descripción que sirva de base para configurar una infracción por el hecho alegado. Se está en presencia de lo que posiblemente sea un defecto en la evaluación ambiental, pero no una infracción. Por tanto, rechazará la reclamación en este aspecto.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en los arts. 17 N° 3, 18 N°3, 25, 27 y 30, de la Ley N°20.600; 56 de la LOSMA; 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

### **SE RESUELVE:**

1. **Acoger** parcialmente la reclamación interpuesta, ordenando la anulación parcial de la Resolución Exenta N° 489, de 25 de mayo de 2017, en lo que refiere a la letra a) del considerado segundo de esta sentencia;
2. **Ordenar** a la SMA el inicio, dentro del lapso de 30 días, de un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Colbún S.A., por:
  - a. la presunta infracción a la Resolución Exenta N° 176, de 12 de julio de 2007, dada la instalación de equipos para la Central Termoeléctrica Santa María diferentes de los autorizados por la misma, y
  - b. por la posible elusión del sistema de evaluación ambiental, con relación al sobredimensionamiento de la chimenea, autorizada a expulsar los gases producto de la combustión de una unidad de 350 MW.
3. **Ordénese** a Colbún S.A. no generar energía eléctrica por sobre los 350 MW brutos, en su Central Termoeléctrica Santa María, ubicada en Coronel. Esta orden cesará una vez terminado el procedimiento administrativo sancionatorio mandado por el numeral 2 de este resuelto.
4. **No condenar en costas** a la reclamada, por no haber sido totalmente vencida.

Notifíquese y regístrese.

### **Rol N° R 53-2017**

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Pablo Miranda Nigro.

Pronunciada por el Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sr. Roberto Pasten Carrasco, y Sr. Pablo Miranda Nigro. No firman los Ministros Sr. Roberto Pasten Carrasco y Sr. Pablo Miranda Nigro, por haber cesado en sus cargos, sin perjuicio de haber concurrido al acuerdo de la presente causa.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, a veintidós de enero de dos mil dieciocho, se anunció por el Estado Diario.

---

# Causa R-59-2017

## “Fábrica de Cemento comprimidos Génesis SpA con Superintendencia del Medio Ambiente”

### SÍNTESIS

#### **1. Datos del procedimiento**

- Reclamante(s): Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis Sociedad por Acciones (Cementos Génesis).
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente (SMA).

#### **2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido**

Cementos Génesis reclamó contra el requerimiento de ingreso al SEIA de su actividad de extracción de áridos, puesto que la realizaba sin contar con RCA.

Fundó su reclamo en que, para determinar el volumen de la extracción y la obligación de ingreso al SEIA, la SMA habría considerado facturas de venta de áridos de una comunidad hereditaria integrada por uno de sus socios, anteriores a la existencia de la Empresa, con la que además no existiría vínculo jurídico o comercial.

En la sentencia, el Tribunal rechazó la reclamación, por considerar que la documentación acreditó la superación del volumen de extracción para requerir el ingreso obligatorio al SEIA. Además, condenó a Cementos Génesis a pagar los gastos del juicio, por haber sido totalmente vencida en el juicio.

#### **3. Controversias**

Si habrían existido errores jurídicos al requerir el ingreso al SEIA de la extracción de áridos realizada por Cementos Génesis.

#### **4. Sentencia**

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Que la SMA acreditó que, desde el año 2013 y hasta enero de 2017, la empresa extrajo 134.129,98 metros cúbicos de áridos.  
  
El Tribunal concluyó que el volumen de extracción superó los 100.000 metros cúbicos establecidos en el artículo 3° literal i.5.1) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- ii. Aunque la SMA haya considerado, además, el volumen de áridos extraído por la comunidad hereditaria para resolver requerir el ingreso al SEIA, el volumen extraído por Cementos Génesis es, por sí solo, suficiente para ordenarle el ingreso al SEIA.
- iii. El propio representante de la empresa reconoció que Cementos Génesis superó el umbral de extracción suficiente para que la actividad ingresara al SEIA.

---

### SENTENCIA

Valdivia, 22 de enero de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

1. Con fecha 05 de octubre de 2017, este Tribunal recibió, por correo electrónico, el expediente electrónico Rol N° V 119- 2017 del Juzgado de Letras de Puerto Varas. A fs. 3 y ss., Fábrica de Cemento Comprimidos

Génesis SpA. -en adelante la «Reclamante o Comprimidos Génesis»-, del giro de su denominación, RUT N°76.360.296-6, domiciliada para estos efectos en Fundo Santa Clara, comuna de Frutillar, Región de Los Lagos, interpuso reclamación conforme al art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 —en adelante «LTA»—. La acción se dirigió en contra de la Resolución Exenta N° 1023 -en adelante «Resolución Reclamada»-, del 08 de septiembre de 2017, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente.

2. La Resolución Reclamada rechazó en todas sus partes los recursos de reposición interpuestos por Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, contra la Resolución Exenta N°850 del 02 de agosto de 2017, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, la cual requirió -bajo apercibimiento de sanción- a Comprimidos Génesis, ingresar al SEIA su actividad extractiva de áridos, otorgando el plazo de 15 días para presentar ante la misma entidad, un cronograma de trabajo a objeto de acreditar la fecha en que la Reclamante ingresará su proyecto al mencionado procedimiento.

## **I. Antecedentes del acto administrativo reclamado**

3. Que, de los antecedentes administrativos presentados en estos autos por la Superintendencia del Medio Ambiente —en adelante «SMA»—, consta que:
  - a) La SMA solicitó pronunciamiento al Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3, letra i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante «LOSMA», mediante el Ord. N° 738 del 16 de marzo de 2017, del Superintendente del Medio Ambiente (S).
  - b) El Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos, informó a la SMA que la actividad debía ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -en adelante «SEIA»-, por medio de Ord. N°143, del 23 de marzo de 2017.
  - c) La SMA confirió traslado a la Reclamante para que, en el plazo de 15 días hábiles, hiciera valer las observaciones o alegaciones que estimara pertinente, respecto al requerimiento de ingreso al SEIA, mediante Resolución Exenta N° 272, del 06 de abril de 2017.
  - d) La SMA elaboró el «Informe de Fiscalización Ambiental sobre Requerimiento Ingreso SEIA “Fábrica de Cementos Génesis SpA”, DFZ-2017-64-X-SRCA-IA», al cual se adjuntaron los siguientes documentos:
    - i. Acta de Inspección Ambiental del 20 de enero de 2017;
    - ii. Ord. D.S.C. N°27, del 11 de enero de 2017, dirigido al SEREMI de Salud de la Región de Los Lagos;
    - iii. Ord. D.S.C. N°28, del 11 de enero de 2017, dirigido al SEREMI de Agricultura de la Región de Los Lagos;
    - iv. Ord. D.S.C. N°29, del 11 de enero de 2017, dirigido al Director Regional de la Corporación Nacional Forestal -en adelante «CONAF»- de la Región de Los Lagos;
    - v. Ord. D.S.C. N°30, del 11 de enero de 2017, dirigido al Alcalde de la I. Municipalidad de Frutillar;
    - vi. Ord. N°38, del 13 de enero de 2017, del SEREMI de Salud de la Región de Los Lagos, que informa sobre permisos sanitarios de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA;
    - vii. Ord. N°25, del 11 de enero de 2017, del Director Regional de la CONAF de la Región de Los Lagos, que informa respecto a la infracción por corta no autorizada de bosque nativo, adjuntando formulario de denuncia de terceros e informe técnico de corta no autorizada de bosque nativo;
  - e) Se notificó personalmente al Sr. Jerman Kuschel Pohl, de la Resolución Exenta N° 272 de 06 de abril de 2017, adjuntando información del expediente de fiscalización, según constancia del 07 de junio de 2017;

- f) La Reclamante, representada por el Sr. Jerman Kuschel Pohl, realizó una presentación ante la SMA, mediante documento del 28 de junio de 2017;
- g) La SMA requirió a la Reclamante el ingreso al SEIA de la actividad que indica, mediante la Resolución Exenta N° 850 de 02 de agosto de 2017, del Superintendente del Medio Ambiente, la que notificó personalmente el 04 de agosto de 2017, según consta en su certificación;
- h) La Sra. Sandra Kuschel Molina, en representación de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, presentó recurso de reposición contra la Resolución Exenta N°850 de 2 de agosto de 2017, el 09 de agosto de 2017;
- i) El Sr. Carlos Naudam Cárdenas, también en representación de la Reclamante, presentó recurso de reposición contra la Resolución Exenta N°850 de 2 de agosto de 2017, el 10 de agosto de 2017;
- j) La SMA rechazó los recursos de reposición presentados, mediante la Resolución Exenta N° 1023 del 08 de septiembre de 2017, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, la que fue notificada personalmente a los recurrentes, el 11 de septiembre de 2017.

## **II. Antecedentes del proceso de reclamación**

- 4. A fs. 23, el Tribunal ordenó, previo a proveer la admisibilidad de la reclamación de fs. 3 y ss., que se acredite la calidad de mandatario judicial del abogado Sr. Daniel Zincker Kramm para actuar por la Reclamante, dentro de tercero día y bajo el apercibimiento del inciso 4° del art. 2 de la Ley N°18.120; y que se acompañe documento legible e íntegro de la Resolución Exenta N°1023 del Superintendente del Medio Ambiente, dentro de tercero día bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado.
- 5. A fs. 24, cumpliendo lo ordenado, se acompañaron los siguientes documentos, que obran desde fs. 25 a fs. 38:
  - a) Copia de escritura pública de mandato judicial otorgado por Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA al Sr. Daniel Alejandro Zincker Kramm.
  - b) Copia simple de la Resolución Reclamada.
- 6. A fs. 40, se admitió a trámite la reclamación, solicitando informe al Reclamado.
- 7. A fs. 42 y ss., el Superintendente del Medio Ambiente, solicitó ampliación de plazo para informar. A fs. 45, el Tribunal resolvió extenderlo por el término legal.
- 8. A fs. 47 y ss., la Superintendencia del Medio Ambiente, debidamente representada, evacuó el informe requerido, acompañando al otrosí copias digitales del expediente administrativo generado a partir del requerimiento de ingreso. A fs. 170, el Tribunal tuvo por evacuado el informe y por acompañado el expediente administrativo.
- 9. A fs. 171 y ss., el abogado Sr. Felipe Molina Saavedra, en representación del Sr. Carlos Veniero Margozzini Cahis, de la Sra. Maria Del Carmen Lourdes Amalia Cahis Llugany, del Sr. Luis Alberto Margozzini Cahis, del Sr. Francisco Alfonso Margozzini Cahis, del Sr. Fernando Andrés Margozzini Cahis, y de la Sra. María Teresa Margozzini Cahis; solicitó se tenga a sus mandantes como parte en calidad de tercero coadyuvante de la Superintendencia del Medio Ambiente. El Tribunal, a fs. 177, previo a proveer, ordenó que se acreditare debidamente el mandato judicial, lo cual cumplió el compareciente, a fs. 178, resolviendo el Tribunal tenerlo por cumplido, a fs. 185. A fs. 187 y ss., el Tribunal tuvo al compareciente en calidad de tercero coadyuvante en la forma solicitada.
- 10. A fs. 183, se decretó autos en relación. A fs. 186, con fecha 14 de noviembre de 2017, se fijó la realización de la audiencia de alegatos para el día jueves 30 de noviembre de 2017, a las 10:00 hrs.
- 11. El 30 de noviembre de 2017, tuvo lugar la audiencia de alegatos, cuya certificación rola a fs. 194.
- 12. A fs. 195, la causa quedó en acuerdo, y a fs. 196, se designó redactor de la sentencia a la Ministra Sra. Sibel Villalobos Volpi.

**CONSIDERANDO:**

**Primero.** Que Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA reclamó en contra de la Resolución Exenta N° 1023, del 08 de septiembre de 2017, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, de acuerdo a lo dispuesto en el N° 3 del art. 17 de la LTA, solicitando que sea dejada sin efecto en todas sus partes.

**Segundo.** Que la resolución Reclamada rechazó el recurso de reposición presentado contra la Resolución Exenta N°850 del 02 de agosto de 2017, dictada por la misma Superintendencia, la que requirió a la Reclamante, bajo apercibimiento de sanción, ingresar su actividad extractiva al SEIA.

**I. Argumentos de las partes**

**Tercero.** Que Comprimidos Génesis señaló que la Resolución Reclamada contiene errores de derecho que constituyen vicios en la dictación de dicho acto administrativo, solicitando su anulación conforme a los siguientes argumentos:

- 1) La decisión de la SMA se basó en antecedentes que no corresponden a la Reclamante, sino que a la Sucesión compuesta por los Sres. Kuschel Pohl, en adelante «la Sucesión», lo cual vicia el acto recurrido. Justifica ello en que las facturas para acreditar el volumen de extracción de áridos no corresponden a la Reclamante, y en que son anteriores a la constitución de esta. Indicó que la Sucesión no es una persona jurídica y que el predio en cuestión fue dividido inicialmente de hecho y posteriormente de derecho entre los herederos, por lo que no puede ser considerada como antecesora de la Reclamante.
- 2) Agregó que el heredero Sr. Jerman Kuschel Pohl se asoció con el Sr. Carlos Naudan, constituyendo a Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, aportando su porción del predio a objeto de su explotación. De esta manera, señaló que no existe relación jurídica ni comercial entre la Sucesión y Comprimidos Génesis. Sostuvo que lo declarado por el Sr. Naudam, en cuanto a que la Reclamante es continuadora de la Sucesión, no puede servir para establecer una realidad jurídica.
- 3) En cuanto al derecho, se amparó primeramente en el deber de la Administración de actuar con objetividad, de acuerdo a lo previsto en el art. 11 de la Ley N°19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, en adelante «LBPA». En segundo lugar, en el deber de fundamentación de los actos administrativos exigido en los art. 16 y 40 de la LBPA. En tercer lugar, en el deber de la Administración de revisar la legalidad de sus propios actos, contenido en los art. 6 y 7 de la Constitución Política de la República, art. N° 2 de la Ley N°18.575 -Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado- y en el art. N° 53 de la LBPA.
- 4) Respecto del vicio en que habría incurrido la Administración, sostuvo que consistió en el error de sumar las ventas de la Sucesión y de la Reclamante. Esta argumentó la existencia de una falsa realidad jurídica y de acuerdo a ello, el error de derecho denunciado impide la eficacia jurídica del acto impugnado y por ello debe ser invalidado por el Tribunal.

**Cuarto.** Que la SMA, al emitir su informe, solicitó rechazar el reclamo, con expresa condena en costas, en atención a los siguientes argumentos:

- 1) Que la Resolución Reclamada es legal y fue dictada de conformidad a la normativa vigente, según consta en los antecedentes presentados en el correspondiente expediente administrativo.
- 2) Que no es correcto lo alegado por la Reclamante en esta sede, respecto del error de derecho de sumar tanto la extracción de áridos efectuada por la Sucesión como por Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, toda vez que el requerimiento de ingreso se configuró con el volumen de áridos extraídos por esta última, ascendente a 134.129,78 metros cúbicos, conforme a las facturas emitidas por Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA. Agregó que existen vínculos personales entre la Sucesión y Comprimidos Génesis, dado que uno de los herederos, el Sr. Jerman Kuschel Pohl, es representante legal de la misma. Asimismo, indicó que la continuidad de la operación se puede deducir considerando la última factura emitida por la Sucesión (de fecha 8 de julio de 2014) y la primera emitida por la Reclamante (de fecha el 6 de agosto de 2014).

- 3) Que el reclamo es deficiente y carece de fundamento, presentando ilegalidades inexistentes, no haciendo referencia a la vulneración de la normativa relativa al requerimiento de ingreso y sin agregar antecedentes nuevos respecto de la reposición intentada en sede administrativa.

**Quinto.** Que, por su parte, el tercero coadyuvante de la Reclamada, además de justificar su interés en comparecer al procedimiento de autos, señaló la existencia de la causa por daño ambiental Rol N° D 23-2016, que se tramita ante este Tribunal, en que los comparecientes actúan en calidad de demandantes. Hizo referencia a la denuncia presentada ante la CONAF, que dio lugar a un procedimiento por corta no autorizada de bosque nativo en el que, por sentencia definitiva del Juzgado de Policía Local de Frutillar, se condenó a los denunciados. En estrados, contextualizó con antecedentes recopilados respecto a la situación del predio utilizado en la extracción de áridos. Asimismo, hizo referencia a que la actividad de extracción de áridos se vincula a un proyecto inmobiliario cercano al predio en cuestión, el que inició su construcción en el año 2011, época en que también se inició la extracción de áridos del predio, por lo que no sería este el caso de explotación de un pozo pre-existente.

## II. Determinación de las controversias

**Sexto.** Que, de las alegaciones formuladas por las partes, se puede sostener que el caso presenta una sola controversia:

- 1) Existencia de errores de derecho que impliquen un vicio invalidante en la resolución que obligó a Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA a ingresar su actividad extractiva al SEIA, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 10 letra i) de la Ley N°19.300 y art. 3 i), i.5, i.5.1. del Decreto Supremo N°40/2013 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del SEIA.

**Séptimo.** Que respecto de los errores de derecho, la Reclamante señaló que la SMA no actuó objetivamente al considerar facturas de extracción y venta de áridos de dos actores distintos que no tendrían relación jurídica comercial alguna: la Sucesión Kuschel y la sociedad Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA.

**Octavo.** Que, de los antecedentes presentados, se observa que la SMA requirió al SEA un pronunciamiento respecto de la pertinencia de ingreso al SEIA de la actividad de la Reclamante, conforme a lo indicado en el art. 3°, letra i) de la LOSMA, en virtud del Informe de Fiscalización DFZ-2017-64-X-SRCA-IA, señalando que la extracción de áridos habría alcanzado un volumen de 211.038,78 metros cúbicos (fs. 66); a lo que el SEA informó que dicha explotación requiere ingresar obligatoriamente al SEIA (fs. 69 y ss.).

**Noveno.** Que, en el expediente acompañado por la SMA en su informe (a fs. 65 y ss.), se aprecia también que, en forma previa a requerir el ingreso al SEIA, la SMA confirió traslado a Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, la cual señaló a la Autoridad que los antecedentes presentados serían insuficientes para acreditar la obligatoriedad de ingreso al SEIA y que se incorporaron facturas que no corresponden a ella (fs. 131).

**Décimo.** Que, con todos estos antecedentes, la SMA resolvió requerir a la Reclamante el ingreso al SEIA, ya que el examen de la totalidad de las facturas emitidas por venta de áridos, desde el año 2013 al año 2017, habrían superado los 100.000 metros cúbicos durante la vida útil del proyecto, criterio que regula la obligatoriedad de la evaluación de impacto ambiental en forma previa a la ejecución de las obras. Respecto de la consideración de facturas emitidas por un actor distinto a la Reclamante -Sucesión Kuschel- la SMA consideró que dicho actor era el antecesor legal de Comprimidos Génesis, toda vez que uno de sus representantes legales declaró que «[...] se efectuó un cambio en la razón social de la sucesión Kuschel por tema tributario a Fábrica de Cementos Comprimidos Génesis SpA» (fs. 140).

**Undécimo.** Que, contra lo decidido por la SMA, la Reclamante presentó dos recursos de reposición aludiendo, en síntesis, que se incluyeron entre los antecedentes fundantes de la decisión diversas facturas que no corresponden a Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, insistiendo en que no existió relación jurídica ni comercial entre la «Sucesión Kuschel» y la Reclamante, toda vez que la Sucesión no es una persona jurídica ni una sociedad.

**Duodécimo.** Que en la Resolución Reclamada, donde se analizaron y rechazaron los recursos presentados por Comprimidos Génesis, la SMA argumentó que, no obstante los antecedentes vertidos en el procedimiento que determina la obligatoriedad de ingreso al SEIA, por parte de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, la escritura de constitución de la sociedad expresa que sus únicos dos accionistas son el Sr. Jerman Kuschel y el Sr. Carlos Naudam, siendo el primero, uno de los integrantes de la Sucesión Kuschel, con lo que se pudo deducir la continuidad de la extracción de áridos y que la cantidad de áridos extraída únicamente por la sociedad, que alcanzó un volumen total de 134.129,98 metros cúbicos, superó el umbral establecido en el literal i.5.1) del art. 3° del Reglamento del SEIA. Ante ello, entonces, se mantuvo la decisión de requerir a Fábrica de Cemento

Comprimidos Génesis SpA el ingreso al SEIA de su actividad extractiva de áridos y la presentación de un cronograma de trabajo, en un plazo de quince días hábiles, que acredite el cumplimiento de dicha obligación.

**Decimotercero.** Que del examen de la información vertida en autos, estos sentenciadores llegan a la conclusión que Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA comercializó un total de 134.129,78 metros cúbicos de áridos desde la cantera ubicada en el Fundo Santa Clara, comuna de Frutillar, a partir del año 2013 y hasta principios de enero del año 2017, circunstancia que por sí sola constituye una actividad que debió haberse sometido al SEIA en forma previa a su ejecución, de modo de garantizar el cumplimiento a la normativa ambiental aplicable y la no generación de efectos adversos significativos, cosa que en la especie no ocurrió.

**Decimocuarto.** Que, a mayor abundamiento, consultado el representante de la Reclamante por el Tribunal en estrados, sobre la efectividad de que Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA extrajo una cantidad de áridos de aproximadamente 130.000 metros cúbicos (min 41:15 en adelante), manifestó que ello era efectivo, declaración que no hace sino ratificar la obligatoriedad de ingreso de la actividad realizada por la Reclamante al SEIA.

**Decimoquinto.** Que los datos recabados por la SMA en torno a la venta de áridos realizadas por terceros, en este caso uno de los herederos de la Sucesión Kuschel, quien además es socio accionista de Comprimidos Génesis, sólo constituyen antecedentes adicionales del procedimiento de fiscalización instruido y que en nada alteran el hecho que Comprimidos Génesis, por su cuenta, extrajo más de 100.000 M3 de áridos. Este solo hecho obliga a la Reclamante a ingresar al sistema de evaluación ambiental, en virtud de cumplirse los supuestos de hecho del art. 3 letra i) N° 5 RSEIA en relación con los artículos 10 y 11 LBGMA. Por esta razón, esto sentenciadores rechazarán la reclamación de autos.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en los arts. 17 N° 3, 18 N°3, 20, 25, 27, 29, 30 y 47 de la Ley N°20.600; 56 del Artículo Segundo de la Ley N°20.417; del 158, 160, 161 inciso 2°, 164, 169 y 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

#### **SE RESUELVE:**

- 1° **Rechazar** la reclamación de fs. 3 y ss., interpuesta por Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA.
- 2° **Condenar** en costas a Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, por haber sido totalmente vencida.

Notifíquese y regístrese.

#### **Rol N° R 59-2017**

Pronunciada por el Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sra. Sibel Villalobos Volpi, y la Ministra Interina de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia Sra. Cecilia Samur Cornejo.

Redactó la sentencia la Ministra Sra. Sibel Villalobos Volpi, quien no firma por encontrarse ausente.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, 22 de enero de dos mil dieciocho, se anunció por el Estado Diario.

---



# Causa R-58-2017

## “Ana Stipicic Escauriaza con Superintendencia del Medio Ambiente”

### SÍNTESIS

#### 1. Datos del procedimiento

- Reclamante(s): Sra. Ana Stipicic Escauriaza (Sra. Stipicic).
- Reclamado(s): Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)

#### 2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido

La Sra. Stipicic reclamó contra la aprobación de un Programa de Cumplimiento (PDC), por incumplimientos de la RCA de los proyectos proyectos «Mina Invierno» y «Portuario Isla Riesco», ubicados en la comuna de Río Verde, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

La Sra. Stipicic sostuvo que la SMA: i) habría aprobado la implementación progresiva de parámetros de emisiones indicadas en la RCA, permitiendo incluso superar los umbrales permitidos; ii) habría aprobado un Plan de Vigilancia de Alerta Temprana (PVAT) que no expresaría los criterios adoptados con relación a la superación de sólidos suspendidos totales (SST), infringiendo el principio preventivo; iii) Que habría autorizado la humectación de caminos, acción no prevista en la RCA; y iv) que las medidas asociadas a parámetros químicos se habrían basado en criterios que no representaban un valor real, sino estadístico.

Por los argumentos señalados, solicitó al Tribunal Ambiental que se dejara sin efecto el PDC aprobado.

En la sentencia, el Tribunal rechazó la reclamación, porque fue presentada fuera de plazo. De este modo, estuvo impedido de resolver sobre el fondo del recurso.

#### 3. Controversias

- i. Si el recurso habría sido interpuesto fuera de plazo.
- ii. Si la Sra. Stipicic habría tenido legitimación activa para interponer el recurso.
- iii. Si el recurso intentado procedería contra actos trámite.
- iv. Ilegalidades relacionadas con la implementación progresiva del PDC respecto a los parámetros de emisiones.
- v. Ilegalidades relacionadas con el PVAT con relación a los SST.
- vi. Ilegalidades relacionadas con irregularidades referidas a la humectación de caminos, y arbitrariedades de medidas de umbrales de parámetros químicos.

#### 4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió, en forma previa a las demás controversias, sobre si el recurso fue interpuesto fuera de plazo, afirmando:

- i. Que los plazos para interponer recursos administrativos comienzan a contarse desde que los actos administrativos producen sus efectos. El Tribunal constató la existencia de una laguna legal con relación a la notificación de la Sra. Stipicic en su calidad de tercero absoluto;
- ii. Que, constatada la laguna legal, era necesario interpretar el art. 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, en el sentido que el plazo de 15 días hábiles para

reclamar ante el Tribunal Ambiental de una resolución de la SMA debía comenzar a contarse desde que ella era publicada en el Sistema Nacional de Información Ambiental (SNIFA).

- iii. Que, siendo que la Sra. Stipicic ingresó su reclamación el 31 de julio de 2017 y la notificación en SNIFA de la resolución que aprobó el PDC fue realizada el 30 de junio de 2017, ya había transcurrido el plazo de 15 días hábiles.
- iv. Por los razonamientos expuestos, el Tribunal concluyó que el recurso fue interpuesto fuera de plazo, rechazando la reclamación y omitiendo pronunciamiento sobre las demás controversias.

## **SENTENCIA**

Valdivia, dos de febrero de dos mil dieciocho.

### **VISTOS:**

1. A fs. 4 y ss., con fecha 31 de julio de 2016, la Sra. ANA STIPICIC ESCAURIAZA, en adelante «Sra. Stipicic» o «Reclamante», domiciliada a estos efectos en calle Mosquito 491 oficina 312, Santiago, Región Metropolitana, interpuso reclamación conforme a lo dispuesto en el art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 («LTA») y art. 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente («LOSMA»), en contra la Resolución Exenta N°10/D-50-2016, de 30 de junio de 2017, en adelante la «Resolución Reclamada», dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante «SMA», «Superintendencia», o simplemente «Reclamada». Dicha resolución aprobó un Programa de Cumplimiento («PdC») y suspendió el procedimiento sancionatorio contra de Minera Invierno S.A. y Portuaria Otway Ltda.

#### **A. Antecedentes del acto administrativo reclamado**

2. Con fecha 9 de agosto de 2016, la SMA inició la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-050- 2016, mediante la dictación de la Res. Ex. N° 1-ROL D-050- 2016, que formuló cargos en contra de: i) Minera Invierno S.A., titular del «Proyecto Mina Invierno» y ii) Portuaria Otway Ltda., titular del «Proyecto Portuario Isla Riesco», por diversas infracciones a las respectivas resoluciones de calificación ambiental. Entre los antecedentes para dicha decisión estuvo la denuncia efectuada por el Sr. Gregor Stipicic Escauriaza, a quien se le dio la calidad de interesado en aplicación del art. 21 de la Ley 19880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado («LPA»).
3. La Res. Ex. N° 1/D-050-2016 señaló a ambas empresas que, de acuerdo al inciso primero de los art. 42 y 49 LOSMA, los infractores tenían un plazo de 10 días hábiles para presentar un PdC, y se les hizo presente que, si decidían presentarlo, debían hacerlo de forma conjunta, por todos los cargos formulados, debido a que las infracciones imputadas correspondían a incumplimientos en la misma unidad fiscalizable.
4. Tras varias ampliaciones de plazo, reuniones de asistencia al cumplimiento, y observaciones al PdC presentado, finalmente la SMA examinó la versión presentada el 27 de abril de 2017 —complementada el 19 de mayo de 2017—, y determinó su aprobación, ordenando ciertas modificaciones, a través de la dictación de la Resolución Reclamada.

#### **B. Antecedentes del proceso de reclamación**

5. A fs. 1 y ss., se inició el proceso mediante reclamación de fecha 31 de julio de 2017, interpuesta ante el 8° Juzgado Civil de Santiago, en aplicación de lo dispuesto en el art. 20 LTA, siendo remitidos e ingresados en este Tribunal con fecha 16 de agosto de 2017.
6. De fs. 25 a fs. 157 se acompañaron, junto a la reclamación, los siguientes documentos:
  - a) Copia de la Resolución Reclamada.
  - b) Copia de presentación de Minera Invierno S.A., con PdC refundido.
7. A fs. 159, el Tribunal ordenó que previo a proveer, y para los efectos del inc. 1 del art. 27 LTA, acreditase la compareciente, la notificación de la Resolución Reclamada, dentro de tercero día.

8. A fs. 160, la Sra. Stipic indicó que, si bien no se le notificó expresamente la Resolución Reclamada, tomó conocimiento de la misma a través de la notificación por carta certificada N° 1170126672791 a su hermano, el Sr. Gregor Stipic, el día lunes 10 de julio; y que en todo caso la Reclamada reconoció tácitamente la calidad de interesado de la Reclamante.
9. A fs. 188, el Tribunal admitió a trámite la reclamación, disponiendo se oficiase a la SMA, a fin de que emitiera Informe.
10. A fs. 198 y ss., la SMA evacuó su Informe, acompañando los expedientes administrativos, lo que el Tribunal tuvo por evacuado a fs. 4799.
11. A fs. 4801, Minera Invierno S.A. solicitó hacerse parte, en calidad de tercero independiente.
12. A fs. 4812, el Tribunal resolvió reconocer a Minera Invierno S.A. la calidad de tercero independiente.
13. A fs. 4813, el Tribunal procedió a fijar audiencia de alegatos, para el día martes 21 de noviembre de 2017.
14. A fs. 4814, Portuaria Otway Ltda. solicitó hacerse parte, en calidad de tercero independiente.
15. A fs. 4820, de común acuerdo las partes solicitaron suspender el procedimiento, pidiendo fijar nueva hora y día de audiencia a partir del 2 de enero de 2018.
16. A fs. 4821, el Tribunal resolvió reconocer a Portuaria Otway Ltda. la calidad de tercero independiente.
17. A fs. 4822, el Tribunal accedió a la suspensión del procedimiento.
18. A fs. 4823, reanudado el procedimiento, el Tribunal procedió a fijar audiencia de alegatos para el día 11 de enero de 2018.
19. A fs. 4829, Portuaria Otway Ltda. presentó un escrito en que hizo presente diversas consideraciones jurídicas sobre la controversia.
20. A fs. 4852, Minera Invierno S.A. presentó un escrito en que hizo presente diversas consideraciones jurídicas sobre la controversia.
21. A fs. 490, el Tribunal resolvió tener presente los escritos antes mencionados.
22. A fs. 4907, consta certificación de haberse llevado a efecto la audiencia de alegatos el día y hora fijados.
23. A fs. 4908, consta nota de acuerdo; y a fs. 4909 consta designación de Ministro redactor.

## CONSIDERANDO:

**Primero.** Que la Sra. Stipic impugnó la Resolución Reclamada por haber ésta aprobado un PdC, a su juicio, en contravención a la normativa legal vigente, pidiendo que fuese dejada sin efecto.

Por su parte, la SMA fue de la opinión que la Resolución Reclamada no contenía ninguna ilegalidad y que se ajustaba plenamente a la finalidad del PdC como instrumento de incentivo al cumplimiento, y a los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, contenidos en el art. 9° del Decreto Supremo N° 30/2012, del MMA, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

Los terceros independientes Minera Invierno S.A. y Portuaria Otway Ltda., señalaron primeramente que la Sra. Stipic carecía de legitimación activa, que su reclamación era extemporánea, y que no podía reclamarse un acto trámite, como sería la Resolución Reclamada. Respecto al fondo, los terceros coincidieron con los argumentos de la SMA.

## I. Alegaciones de las partes

**Segundo.** Que, la Sra. Stipic observó que existían tres aspectos del PdC que consideraba hacían ilegal su aprobación. Estos guardaban relación con:

- a) la implementación progresiva del PdC, en atención a los parámetros de referencia, mantenían los incumplimientos de la RCA,
- b) un inadecuado plan de vigilancia de alerta temprana («PVAT»), y

- c) irregularidades referidas a la humectación de caminos y arbitrariedades de medidas de umbrales de parámetros químicos.

Respecto de (i), la Sra. Stipicic dio cuenta que respecto al cargo A.2, referente a superación de parámetros de valores de referencia, la Resolución Reclamada permitía el cumplimiento progresivo de los parámetros previstos en la RCA. Sin embargo, a su juicio, en el plazo de 2 años establecidos para retomar cumplimiento, no se consideraban los impactos acumulativos en el ambiente y la salud de las personas, permitiéndose sobrepasar los umbrales de los parámetros previstos.

Añadió que la ilegalidad correspondía a que si se permitía la implementación de un PdC que contemplase escenarios de superación de la norma dentro de un lapso de dos años; esto, implicaría una modificación encubierta de la RCA, en términos de permitirle a los terceros incrementar los índices de emisiones por sobre los umbrales permitidos, y por ello se le permitía contaminar sin control alguno el área de influencia durante ese tiempo.

Agregó la Sra. Stipicic que no estaba permitido que la SMA aprobara condiciones establecidas por el infractor que tengan por objeto superar parámetros y exigencias contenidas en su RCA, por cuanto la competencia para modificar las RCA recaía solamente en el SEA. Como consecuencia de ello, la medida buscaba mantener las faenas mineras operativas, aun cuando conllevara una situación de incumplimiento de emisiones, lo que contradecía al mismo objetivo del SEIA. Por tanto, estimó que la única medida coherente era aquella que observara de forma efectiva la normativa ambiental, de lo contrario, lo que correspondía era la clausura temporal de las faenas.

Respecto de (ii) un inadecuado PVAT, la Sra. Stipicic expuso que en lo relativo al cargo A.3, vinculado a no haber acordado con la autoridad sectorial planes de vigilancia temprana de calidad del agua y control de arrastre de sólidos, el titular contempló en el PdC un plan con medidas establecidas en el Anexo 13. La Reclamante observó lo relativo a la superación de sólidos suspendidos totales (SST), la que se encontraba condicionada, a su juicio, a lo que verificase Minera Invierno S.A. En este orden, señaló que el anexo 13 del PdC refundido, fijaba indicadores, puntos de control, con aspectos que los iría a controlar la DGA. No obstante, para SST, el PdC determinaba que el plan de alerta temprana se iba a activar si el indicador superaba el 80% por 4 semanas consecutivas, no indicando los criterios en que se basaban las medidas ni lo que se efectuaría si rebasaba a los fijados en la RCA.

Para la Sra. Stipicic, lo anterior constituiría una modificación unilateral de las condiciones de la RCA, pues se adecuaba a parámetros no fijados en la RCA. Además, sostuvo que el indicador para SST dejaba espacio para que se supere el 100% durante cuatro semanas consecutivas, sin que se adoptase medidas.

En ese sentido, y también en relación con la alegación anterior, sostuvo que la Resolución Reclamada incurrió en ilegalidad en cuanto se permitían plazos de cumplimiento que importaban superación de los estándares o umbrales establecidos para la emisión de residuos sólidos. Por esto, consideró que el PdC producía incertidumbre respecto a si su cumplimiento progresivo se hacía cargo de los impactos de eventos en que se siguiesen sobrepasando los umbrales, lo cual era contrario al principio preventivo.

Respecto de (iii) irregularidades referidas a la humectación de caminos y arbitrariedades de medidas de umbrales de parámetros químicos, la Sra. Stipicic sostuvo que, respecto de lo primero, ante la exigencia de la RCA que las aguas del rajo debían ser bombeadas, decantadas y descargadas al río Chorrillo Invierno, no autorizaba la humectación de caminos con aguas del rajo como propone el Titular en el PdC en el identificador N°32. Señaló la Reclamante que esto último formaba parte de la formulación de cargos (Res. Exe. N°1/Rol D-050-2016, cons. 27.1, relacionada con el cargo A.5) en que se constató por parte de la SMA que las aguas del rajo no se evacuaban conforme lo disponía la RCA, siendo descargadas a piscinas de acumulación, y que algunas de estas eran utilizadas a la humectación de caminos. Este uso no estaría autorizado por la RCA, dado que el agua destinada a la humectación debía provenir de ríos cercanos o producto de los derechos de aguas del titular. Respecto de lo segundo, sostuvo que respecto a las medidas asociadas a parámetros químicos propuestas por el titular (anexo 13 PdC), particularmente, los destinados a la estimación de concentración mensual a la salida de piscinas, se consideraban 4 o 5 medidas semanales, calculando un valor característico para el mes, en función de la media. En ese sentido, consideró que constituía un reproche la elección de un valor estadístico y no reales,

para fijar la medida estadística. Estimó que ello implicaba no cumplir con los parámetros previamente fijados, pues no era representativo de la realidad de los valores.

**Tercero.** Que, la SMA, a su turno, expuso que la Reclamación debía ser rechazada en su totalidad.

Respecto de (i) la implementación progresiva del PdC, en atención a los parámetros de referencia, mantiene los incumplimientos de la RCA, indicó que no podía estimarse que ello fuere ilegal, dado que la medida se encontraba relacionada con el cargo A.1, donde no solo se imponía objetivos de cumplimiento, sino que, además, de monitoreo y acciones complementarias. Así, para el caso de los parámetros de sólidos suspendidos totales, sostuvo que su superación no implicaba necesariamente un efecto negativo. De acuerdo al criterio de integridad, indicó la SMA, el PdC propuso acciones que estaban orientadas a mejorar la calidad de las aguas que llegaban al Chorrillo Invierno 2, como a reducir los sólidos suspendidos totales. En el contexto del criterio de eficacia, con el mismo objeto de mejora a la calidad de las aguas que llegaban a Chorrillo Invierno 2. Todas las acciones se encuentran descritas en la Resolución Reclamada.

Por lo anterior, el régimen de cumplimiento de 4 fases dispuesto en el PdC, era adecuado y progresivo en atención que no se podía obtener un cumplimiento inmediato.

Además, sostuvo que no se configuraba ninguna hipótesis de ilegalidad, ya que las alegaciones de la Sra. Stipicic a este respecto se ajustarían a una interesada y errada concepción de la herramienta que representan los PdC, y particularmente del aprobado por la Resolución Reclamada. La Reclamada indicó que consideró la protección del medio ambiente y la salud de las personas. Así, afirmó que al identificar y describir cada una de las acciones para volver al cumplimiento, el PdC aprobado contemplaba una serie de acciones que debían ser analizadas en su conjunto, en particular la relación material entre los hechos constitutivos de infracción contenidos en los cargos A.1 y A.2, ya que en la medida que se pudiese garantizar el cumplimiento eficaz e integral de las acciones referentes al cargo A.1, aumentan las probabilidad de éxito en el cumplimiento de la normativa infringida que dio origen al cargo A.2.

Respecto de (ii) un inadecuado PVAT, la SMA sostuvo que este plan tenía por objeto evaluar tendencias, es decir, obtener el valor representativo de un periodo de tiempo. Añadió que no era un indicador que tuviera por objeto evaluar el cumplimiento de la RCA, sino gatillar la activación de medidas de un plan de alerta. De esta forma, tenía una finalidad distinta a lo que la Sra. Stipicic indicó, pues dicho plan era transitorio hasta que los indicadores definitivos los fije la DGA.

Agregó que la alegación de la Sra. Stipicic era errada, pues el establecimiento del PVAT no era normativa ambiental, sino de la autoridad sectorial, lo cual se debía obtener por el titular ante la autoridad sectorial competente. Respecto a la integridad de las acciones ordenadas ejecutar, indicó que apuntaban a subsanar el incumplimiento normativo del cargo A.3., no obstante, en lo referente a no declaración de los efectos de los PVAT, estos se encontraban abordados en las medidas fijadas para los cargos A. 1 y A.2. En lo relativo al criterio de eficacia, este debía apuntar a la obtención de la aprobación del plan por parte de la DGA.

Respecto a (iii) irregularidades referidas a la humectación de caminos y arbitrariedades de medidas de umbrales de parámetros químicos, la Reclamada indicó que la humectación de caminos no se reconocía expresamente que se pudiera realizar con aguas del rajo, indicó que pueden constituir una medida para evitar su descarga al Chorrillo Invierno 2, ajustándose al camino y regularizando ello ante el SEIA. En aplicación del criterio de integridad, se expresó la eliminación del sector de acumulación de aguas para utilizarlas al fin de humectación, comprometiendo, por otro lado, un proceso de decantación mediante piscinas para tratamiento de aguas del rajo. Lo anterior, se dirigía a regularizar el uso de aguas del rajo mediante evaluación ambiental.

En lo referente al criterio de eficacia, estimó que se debía contar con un tratamiento básico para la humectación de caminos con aguas del rajo, dentro del área de emplazamiento de la mina, lo cual se encontraba abordado en las acciones del PdC. Estas acciones incorporaban un tratamiento de agua a humectar con habilitación de piscinas operacionales, con monitoreo operacional semanal de pH y conductividad eléctrica, a efectos de la información de calidad de las aguas. No obstante, indicó la SMA que ello fue abordado en las acciones pertinentes para enmendar el cargo A.2. por lo anterior, las medidas implementadas para subsanar el cargo A.5., satisfacían el criterio de eficacia.

Finalmente, la SMA se refirió a la legitimación activa de la Sra. Stipicic, cuestionando si la actora había acreditado ser afectada por la resolución recurrida. Indicó que la Reclamante no realizó observaciones en el procedimiento administrativo sancionatorio o en el del PdC. Agregó que su hermano, el Sr. Gregor Stipicic Escauriaza actuó en calidad de denunciante e interesado en el procedimiento. Por lo anterior, la Sra. Stipicic no

tendría la calidad de afectada por la Resolución Recurrida, pues tampoco fundó la forma en que dicha resolución le podría haber afectado personalmente.

**Cuarto.** Que, el tercero independiente Minera Invierno S.A., sostuvo argumentos preliminares de legitimación activa, extemporaneidad y procedencia del recurso frente a actos trámites, así como argumentos de fondo.

Acerca de la legitimación activa, sostuvo que la Sra. Stipicic carecía de ésta, pues no tuvo la calidad de interesada en el procedimiento administrativo según dispone el art. 21 LPA; ni tampoco presentaba antecedente alguno que demostrara la afectación directa que le generaba la aprobación del PdC.

Acerca de la extemporaneidad, afirmó que la reclamación fue presentada fuera de plazo, ya que la Sra. Stipicic utilizó la fecha de notificación de la carta certificada dirigida a su hermano, quien fue denunciante ante la SMA, para computar el plazo. Sin embargo, en atención a su calidad de tercero absoluto, la fecha de notificación correspondía a la publicación de la resolución en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental («SNIFA»), el día 30 de junio de 2017.

Agregó, también, que la reclamación era improcedente por cuanto impugnaba un acto trámite que no generaba indefensión ni ponía término al procedimiento administrativo respectivo.

Respecto al fondo, indicó que el cumplimiento progresivo de los parámetros del PdC se ajustaban a derecho y no modificaban la RCA del proyecto. Adicionalmente, indicó que la definición de los indicadores del PVAT cumplía con un objetivo ambiental y eran congruentes con la finalidad del PdC; que la humectación de los caminos cumplía con un objetivo del PdC; y que no hubo una elección arbitraria de la medida de los umbrales de parámetros químicos, los que estaban justificados y eran proporcionales al fin que buscaban.

**Quinto.** Que, el tercero independiente Portuaria Otway Ltda., también sostuvo argumentos preliminares de legitimación activa, extemporaneidad y procedencia del recurso frente a actos trámites, así como argumentos de fondo.

Respecto de los tres primeros, utilizó argumentos similares a los de Minera Invierno S.A., pues sostuvo que la denunciante carecía de legitimación activa para reclamar en autos, que la reclamación era extemporánea, y que la reclamación impugnaba un acto trámite que no genera indefensión ni pone término al procedimiento administrativo.

Respecto del fondo, sostuvo que la reclamación es improcedente ya que cuestiona el mérito técnico de la aprobación del PdC, sin plantear un conflicto de legalidad.

Por último, señaló que el petitorio de la reclamación pretendía dejar sin efecto el PdC presentado conjuntamente con Mina Invierno S.A. por exigencia de la SMA, no obstante que las medidas reclamadas se referían únicamente a Mina Invierno S.A.

## II. Controversias

**Sexto.** Que, la controversia sometida al conocimiento del Tribunal se origina a partir de la decisión de la SMA de aprobar un PdC presentando conjuntamente por Minera Invierno S.A. y Portuaria Otway Ltda.

Atendidos los argumentos expuestos por las partes, el Tribunal establece como puntos controvertidos, los siguientes:

- 1) Extemporaneidad del recurso;
- 2) Legitimación activa de la Sra. Stipicic;
- 3) Procedencia del recurso contra actos trámites;
- 4) Ilegalidades relacionadas con la implementación progresiva del PdC, en atención a los parámetros de referencia, asociado al cargo A.2;
- 5) Ilegalidades relacionadas con el PVAT; e,
- 6) Ilegalidades relacionadas con irregularidades referidas a la humectación de caminos, y arbitrariedades de medidas de umbrales de parámetros químicos.

## 1. Extemporaneidad del recurso

**Séptimo.** Que, la Sra. Stipicic sostuvo que su recurso se interpuso dentro de plazo, relacionándolo con su membresía en la agrupación «Alerta Isla Riesco». En ese sentido, indicó que el plazo para interponer el recurso se contaba desde la notificación por carta certificada de su hermano, Sr. Gregor Stipicic, quien también tenía la calidad de miembro de la citada agrupación.

La Sra. Stipicic indicó que la citada notificación, si bien estuvo dirigida a su hermano como persona natural, debía entenderse hecha también a la agrupación «Alerta Isla Riesco». De lo anterior, y del hecho que ella era miembro y vocera de la misma, concluyó que ella estaba legitimada para interponer el recurso de reclamación como persona natural, basada en el art. 7 de la Ley N° 20.500, que permite la existencia de agrupaciones sin personalidad jurídica, y que establece que «[...] en procura de los fines de tales agrupaciones podrán actuar otras personas, jurídicas o naturales».

La Sra. Stipicic agregó que había comparecido en las etapas previas al procedimiento administrativo sancionatorio, cuando presentó antecedentes complementarios a la denuncia de su hermano, con fecha 5 de noviembre de 2015, en nombre de la citada agrupación. Sostuvo, además, que esta presentación fue aceptada por la SMA, según consta en el considerando 14 de la Res. Ex. N°1/Rol D-050-2016 de 9 de agosto de 2016, por la que se formuló cargos. En consecuencia, su comparecencia en la vía administrativa debía entenderse efectuada tácitamente en aplicación del art. 21 N° 3 LPA; y, por tanto, no solo tendría legitimación activa para impetrar el recurso de autos, sino que le aprovecharía la notificación del hermano.

Para reafirmar lo anterior, la Sra. Stipicic indicó que la comparecencia en el procedimiento administrativo, tanto del denunciante como de ella, eran en virtud de la misma representación que tendrían de la agrupación «Alerta Isla Riesco». Indicó que lo anterior está reconocido en la citada Res. Ex. N°1/Rol D-050-2016 de 9 de agosto de 2016, afirmando la Reclamante expresamente

*«[...] que la denuncia fue presentada por la organización Alerta Isla Riesco, de la cual don Gregor Stipicic Escauriaza forma parte, encabezándola según consta en el expediente administrativo» (fs. 162), y que «[...] del mismo modo forma parte de tal organización doña Ana Stipicic Escauriaza en calidad de Coordinadora y Vocera, la cual debe entenderse notificada por su calidad de miembro de tal organización» (fs. 162).*

**Octavo.** Que, acerca de la extemporaneidad, los dos terceros independientes presentaron argumentos idénticos en contra, pues indicaron que la Sra. Stipicic utilizó la fecha de notificación de la carta certificada dirigida a su hermano -quien era denunciante ante la SMA- para computar el plazo.

Sin embargo, en atención a que la Sra. Stipicic no tuvo la calidad de interesada en el procedimiento administrativo sancionador, la fecha de notificación debería corresponder a la publicación de la resolución en el SNIFA, lo cual ocurrió el día 30 de junio de 2017.

**Noveno.** Que, no existe controversia en que la agrupación «Alerta Isla Riesco» no tiene personalidad jurídica.

En tanto, el art. 7 de la Ley N° 20500 permite constituir libremente agrupaciones que no gocen de personalidad jurídica. Sin embargo, el citado artículo indica que «[...] en procura de los fines de tales agrupaciones podrán actuar otras personas, jurídicas o naturales», siendo razonable entender que, para salvaguardar los derechos de terceros, cuando se actúe a nombre de estas agrupaciones, la persona natural o jurídica debe indicar que representa o actúa a nombre de la agrupación.

**Decimo.** Que, como consta a fs. 334 y ss., con fecha 2 de octubre de 2014, la denuncia del Sr. Gregor Stipicic fue presentada en su calidad de persona natural, como indica el formulario que rola a fs. 334.

Estos sentenciadores estiman que no puede exigirse a la SMA que presuma que el Sr. Gregor Stipicic lo hizo también como miembro o en representación de la agrupación «Alerta Isla Riesco», sin existir ninguna referencia expresa al respecto en la denuncia.

Además, como consta a fs. 366 y 367, con fecha 9 de noviembre de 2015, la Sra. Stipicic remitió una carta con documentación adjunta, para reforzar el requerimiento de su hermano, sin presentar ella denuncia alguna por separado. Es efectivo que la carta tiene un membrete de la agrupación «Alerta Isla Riesco», pero del tenor de la



carta no se concluye que lo haya hecho en representación de la misma, y además su firma tampoco indica alguna referencia a su membresía, representación o vocería.

No obstante, tanto la denuncia del Sr. Gregor Stipicic como la presentación de la Sra. Stipicic, incluyeron documentos donde ella firma o es referida como representante y vocera de la citada agrupación. En ese sentido, la SMA no puede presumir que la comunicación se hacía no sólo como persona natural, tal como aparece firmada, sino también en su calidad de miembro de la agrupación «Alerta Isla Riesco». Además, no se trata de una denuncia nueva, sino del aporte de antecedentes para reforzar la ya hecha por su hermano.

Adicionalmente, como consta a fs. 246 y ss., con fecha 9 de agosto de 2016, la SMA formuló cargos contra Minera Invierno S.A. y Portuaria Otway Ltda. A fs. 249, el considerando 12 de la citada Res. Ex. N°1/Rol D-050-2016 de 9 de agosto de 2016, consta que se hace referencia a una denuncia que hizo la agrupación «Alerta Isla Riesco», encabezada por el Sr. Gregor Stipicic, a la Municipalidad de Río Verde, la que fue procesada por dicha entidad edilicia, y tanto ésta como sus resultados fueron derivados con fecha 22 de octubre de 2014 a la SMA. El considerando N° 14 de la misma resolución, indicó que la Sra. Stipicic, con fecha 5 de noviembre de 2015, acompañó antecedente a la denuncia original de su hermano.

**Undécimo.** Que, consta en el expediente administrativo que la denuncia que dio origen al procedimiento administrativo en análisis fue presentada por el Sr. Gregor Stipicic, en su calidad de persona natural, como él mismo indicó y consta a fs. 334.

Igualmente, consta que la SMA le reconoció la calidad de interesado al Sr. Stipicic, e incluso que en la resolución —que dio inicio al procedimiento sancionatorio contra los terceros en la presente causa— se le advirtió dicha situación expresamente, señalándose «[...] que la denuncia fue presentada por él como persona natural, sin acreditar representación de otras personas o instituciones» (fs. 265).

En el expediente no consta que el Sr. Gregor Stipicic haya repuesto dicha resolución alegando que su calidad de interesado no era solo como persona natural, sino que también actuaba a nombre de la agrupación «Alerta Isla Riesco», para que a ésta última se le tuviera como interesada.

Tampoco consta que la Sra. Stipicic haya comparecido y repuesto la resolución que dio inicio al procedimiento sancionatorio, alegando que ella era interesada como persona natural, y que actuaba a nombre de la misma agrupación, para que también se les tuviera a ambas en dicha calidad.

Tampoco consta que la Sra. Stipicic se haya apersonado de alguna forma, para tener la calidad de interesada, tal como indica el art. 21 N° 3 LPA.

**Duodécimo.** Que, tampoco existe controversia en que con fecha 30 de junio de 2017, la SMA publicó en su plataforma electrónica la resolución que aprueba el PdC, en la que ordena notificar la misma por carta certificada al Sr. Gregor Stipicic.

Tampoco existe cuestión respecto a que el 10 de julio de 2017, el Sr. Gregor Stipicic fue notificado por carta certificada.

Tampoco fue controvertido que la Sra. Stipicic compareció en autos como persona natural, sin señalar que actuaba a nombre de la agrupación «Alerta Isla Riesco», sino que se limitó a mencionar en el cuerpo de su reclamación que era parte de la misma.

De este modo, no queda sino concluir que, durante el procedimiento administrativo la Sra. Stipicic nunca tuvo formalmente la calidad de interesado, y por tanto era un tercero absoluto. Además, que el Sr. Gregor Stipicic sí tuvo la calidad de interesado, pero únicamente como persona natural. En ese sentido,

la notificación del acto administrativo sólo tuvo efectos para el Sr. Gregor Stipicic en su calidad de persona natural, y no puede entenderse que se comunica o extiende a la agrupación «Alerta Isla Riesco».

Siendo así, en relación con el plazo para interponer el recurso, queda preguntarse qué ocurre con los terceros absolutos. Si bien no se cuestiona que pueden reclamar, demostrando la afectación directa, la pregunta es desde qué fecha se computa el plazo para interponer el recurso.

**Decimotercero.** Que los plazos para interponer recursos administrativos comienzan a computarse desde el momento en que el acto administrativo produce sus efectos, esto es, desde su notificación en caso que tengan

efecto individual (art. 45 LPA), o desde su publicación, en caso que tengan efecto general o en los demás casos del art. 48 LPA.

En el caso de autos, se trata de un acto administrativo de efecto individual, por tanto, no está sujeto a la regla de publicación. Además, el art. 25 inc. segundo LPA indica que los plazos «[...] se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate o se produzca su estimación o su desestimación en virtud del silencio administrativo». Desde luego, la referencia a «que se notifique o publique» debe entenderse hecha en concordancia con los arts. 45 y 48 LPA, respectivamente.

Existe, por tanto, una laguna o insuficiencia sustancial, porque de acuerdo a la legislación vigente no es posible determinar desde cuándo comienza a contarse el plazo para interponer los recursos administrativos y, en lo que nos importa, los judiciales, para aquellos que no han sido notificados del acto administrativo que consideran les causa una afectación directa.

Siendo así, el art. 22 inc. segundo del Código Civil establece que «*los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto*»; sin perjuicio que pueda recurrirse a la analogía.

La Administración no tiene la obligación de notificar personalmente el acto administrativo destinado a producir efectos individuales a quienes no son interesados en el procedimiento administrativo. Pero, en el caso de la SMA, la LOSMA establece en sus arts. 31, 32 y 33, que dicho organismo debe hacer públicos, a través de una plataforma web, denominada SNIFA, «*Los procesos sancionatorios incoados respecto de cada actividad, proyecto y sujeto fiscalizado y sus resultados*», y que dicha plataforma «[...] deberá permitir, además, mantener un historial sistematizado y actualizado de las acciones de fiscalización realizadas respecto de cada sujeto fiscalizado y sus resultados, así como de los procesos sancionatorios de que sean objeto y los resultados de ambos». En ese sentido, la publicidad de estos actos administrativos del procedimiento sancionatorio, permite a todos tomar conocimiento de lo resuelto.

En casos que han involucrado actos administrativos vinculados al SEIA, sin reconocer la existencia de una laguna, la Excm. Corte Suprema ha resuelto casos relacionados con el ejercicio de la potestad invalidatoria del art. 53 LPA.

Así, ante una situación similar, tratándose de terceros absolutos, nuestro máximo tribunal ha señalado que

*«[...] se debe concluir que la sola presentación de la solicitud de invalidación dentro del plazo de dos años contados desde la publicación de la Resolución de Calificación Ambiental, determina que la Administración deba hacer un análisis de fondo de aquella»* (Sentencia Corte Suprema de fecha 25 de julio de 2017, Rol N° 31176-2016, Corporación FIMA con SEA, casación en el fondo, considerando decimocuarto).

De la misma forma, ha señalado que,

*«[...] la sola presentación de la solicitud de invalidación dentro del plazo de 2 años contados desde la notificación o publicación, gatilla en la Administración la necesidad de realizar el análisis del tiempo que demorará la resolución de tal petición», y que*

*«[...] en el caso concreto, la solicitud de invalidación de la Resolución Exenta N° 0725 de 14 de agosto de 2013, publicada el 3 de septiembre del mismo año, fue presentada al Servicio de Evaluación Ambiental el 13 de agosto de 2015 [...]»* (Sentencia Corte Suprema de fecha 06 de julio de 2017, Rol N° 45807-2016, Maturana Crino con SEA, casación en el fondo, considerandos decimocuarto y decimoquinto).

En el marco del SEIA, el art. 25 quáter LBGMA tiene una disposición algo similar a la de los arts. 31, 32 y 33 LOSMA, en cuanto requerimiento de publicidad, pues indica que

*«[...] La resolución que califique favorablemente el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental deberá ser notificada al proponente, informada a la Superintendencia del Medio Ambiente, a la comunidad y a todos los organismos que hayan participado del proceso de calificación ambiental».*

En ambos casos, procedimientos sancionatorios de la SMA y de evaluación ambiental del SEA, hay requerimientos de publicidad, transparencia e información activa; y si bien en ambos casos la notificación se realiza únicamente a los interesados, la inmediata publicidad de estos actos administrativos permite a los terceros absolutos tomar conocimiento de los mismos. En ese sentido, para tener un sistema objetivo de cómputo de plazos, donde los terceros absolutos no estén en mejor condición que los interesados, éstos se computarán desde el día siguiente a

aquél en que se publicite el acto administrativo en estas plataformas electrónicas que contienen los expedientes administrativos. Por tanto, la publicitación en estas plataformas es equivalente a la publicación, del art. 48 LPA.

**Decimocuarto.** Que, la Sra. Stipicic interpuso su acción el 31 de julio de 2017. Dado que la Resolución Reclamada se publicó en SNIFA el 30 de junio de 2017, los 15 días hábiles administrativos del art. 56 LOSMA transcurrieron el 21 de julio de 2017. Por tanto, la reclamación de la Sra. Stipicic fue extemporánea y, por tanto, se accederá a lo solicitado por los terceros independientes. Por lo anterior, además, el Tribunal se abstendrá de emitir pronunciamiento respecto a las demás controversias, por resultar inoficioso.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en los arts. 17 N° 3, 18 N°3, 25, 27 y 30, de la Ley N°20.600; 56 de la LOSMA; 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

**SE RESUELVE:**

1. **Se rechaza**, por extemporáneo, el recurso de reclamación deducido a fs. 4 y ss.;
2. **No se condena en costas** a la Sra. Stipicic, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

**Rol N° R 58-2017**

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Michael Hantke-Domas.

Pronunciada por el Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sr. Fernando León Ramírez, y Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano. No firma el Ministro Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano por estar haciendo uso de su feriado legal, sin perjuicio de haber concurrido al acuerdo.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, a dos de febrero de dos mil dieciocho, se anunció por el Estado Diario.

---

# Causa R-55-2017

## “Jean Jano Kourou y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Ríos”

### SÍNTESIS

#### **1. Datos del procedimiento**

- Reclamante(s): Sr. Jean Jano Kourou, Sr. Vladimir Riesco Bahamondes, Sr. Jorge Ríos Del Río, Inmobiliaria Mall Plaza Los Ríos Sociedad Anónima, Inmobiliaria Tres Ríos Sociedad Anónima.
- Reclamado(s): Comisión de Evaluación Ambiental Región de Los Ríos (Comisión de Evaluación).

#### **2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido**

Los Sres. Ríos del Río, Jano Kourou y las inmobiliarias Mall Plaza y Tres Ríos S.A., reclamaron contra la RCA favorable del proyecto “Mall Paseo Valdivia”.

Sostuvieron que su construcción afectaría su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y el de todas las personas habitantes de Valdivia, porque: i) no se habría determinado correctamente la carga ocupacional del proyecto; ii) el proyecto generaría impactos viales, en el suelo y napas freáticas; y iii) no se evaluó correctamente el patrimonio cultural, porque existiría un sitio arqueológico en el lugar de posible construcción.

Los fundamentos en que se apoyaron -según los reclamantes- ameritaban que el Tribunal Ambiental declarara la nulidad de la RCA.

La sentencia del Tribunal resolvió rechazar la reclamación, sin condenar a las personas reclamantes al pago de los gastos del procedimiento, por considerar que no indicaron cómo su derecho o interés estaba concretamente afectado en relación con el medioambiente, no siendo suficiente la alegación de una afectación genérica de sus derechos.

#### **3. Controversias**

- i. Si los Reclamantes indicaron cómo su derecho o interés fue concretamente afectado con el proyecto, es decir, si tuvieron legitimación activa.
- ii. Si hubo impactos en el patrimonio cultural que obligarían a evaluar mediante un Estudio de Impacto Ambiental.
- iii. Determinación de la carga ocupacional del proyecto.
- iv. Si los organismos involucrados en la evaluación omitieron pronunciamiento sobre el suelo y napa freática superficial en el lugar de ubicación del proyecto.

#### **4. Sentencia**

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Sobre la legitimación activa, distinguió entre legitimación en el proceso y legitimación en la causa como requisito para el reconocimiento de un derecho. Sólo una vez analizados estos aspectos, el Tribunal podría emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto discutido.
- ii. La legitimación activa, entendida como capacidad procesal para reclamar en sede judicial, fue cumplida, porque previamente solicitaron la invalidación ante la Comisión de Evaluación.

- iii. Respecto a la legitimación en la causa, consideró que la supuesta afectación a derechos e intereses legítimos de los Reclamantes se basó en una vulneración genérica y no real.  
  
En el caso de las personas naturales, no era suficiente argumento que fuesen habitantes la comuna donde se pretende emplazar el proyecto, sino que se requería una afectación concreta a sus derechos, lo que no acreditaron.  
  
En el caso de las inmobiliarias, consideró que su legitimación debía tener relación con la afectación de un derecho o interés subjetivo de contenido ambiental, lo que no se acreditó porque las inmobiliarias no eran representativas de la comunidad de Valdivia.
- iv. Por las consideraciones indicadas, el Tribunal rechazó la reclamación, eximiendo a las personas reclamantes del pago de los gastos del juicio.

## **SENTENCIA**

Valdivia, diecinueve de marzo de dos mil dieciocho.

### **VISTOS:**

1. Con fecha 07 de agosto de 2017, a fs. 1 y ss., los abogados Sres. Jorge Ríos Del Río y Vladimir Riesco Bahamondes, domiciliados en calle Aníbal Pinto N° 1999, segundo piso, comuna de Valdivia, por sí y en representación del Sr. Jean Jano Kourou, RUT N° 9.987.964-5, quién compareció por sí y en calidad de representante legal de la sociedad Inmobiliaria Mall Plaza de Los Ríos Limitada, RUT N° 77.503.420-3, y de la sociedad Inmobiliaria Tres Ríos S.A., RUT N° 79.961.250-K, ambas con domicilio en calle Arauco N° 571, comuna de Valdivia, todos en adelante «Reclamantes», interpusieron ante este Tribunal reclamación conforme a lo dispuesto en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 (en adelante «LTA»), en contra de la Resolución Exenta N° 042 (en adelante «Resolución Reclamada»), de fecha 06 de julio de 2017, dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos (en adelante «COEVA»).

La Resolución Reclamada denegó la solicitud de invalidación -en sede administrativa- presentada por los Reclamantes en contra de la Resolución Exenta N° 003/2017 (en adelante «RCA») dictada por la COEVA, de fecha 16 de enero de 2017, la que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental (en adelante «DIA») del proyecto «Centro Comercial Paseo Valdivia» (en adelante «Proyecto»), cuya titularidad pertenece a la empresa Inversiones Magallanes SpA (en adelante «Titular»).

### **I. Antecedentes del acto administrativo reclamado**

2. De los antecedentes administrativos presentados en estos autos por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación, a fs. 200 y ss., consta que:
  - a) Con fecha 12 de julio de 2016, el Sr. Patricio Uribe Andrade, en representación del Titular, ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante «SEIA») la DIA del Proyecto.
  - b) Mediante la Resolución Exenta N° 059, de fecha 19 de julio de 2016, la COEVA acogió a trámite la DIA del Proyecto.
  - c) Mediante Ordinario N°199, de fecha 19 de julio de 2016, la COEVA ofició a los Órganos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental (en adelante «OAECA»), con el objeto que éstos se pronunciaren -en lo medular- respecto a si el Proyecto cumplía con la normativa ambiental aplicable.
  - d) Entre el 28 de julio y el 19 de agosto del año 2016, los OAECA emitieron sus pronunciamientos respecto a la viabilidad ambiental de la DIA del Proyecto.
  - e) Con fecha 06 de enero de 2017, el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de los Ríos emitió el Informe Consolidado de Evaluación, mediante el cual recomendó aprobar la DIA del Proyecto.

- f) Con fecha 16 de enero de 2017, la COEVA dictó la RCA del Proyecto, calificándolo como ambientalmente favorable.
- g) Con fecha 14 de febrero de 2017, los abogados Sres. Vladimir Riesco Bahamondes y Jorge Andrés Ríos del Río, actuando en representación del Sr. Jean Jano Kourou, de la sociedad Inmobiliaria Mall Plaza de Los Ríos Limitada, y de la sociedad Inmobiliaria Tres Ríos S.A., presentaron ante el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos (en adelante «SEA Los Ríos»), un recurso de invalidación en contra de la RCA.
- h) Mediante la Resolución Exenta N° 014, de fecha 28 de marzo de 2017, la COEVA inició el procedimiento administrativo de invalidación. Además, se confirió traslado a los interesados.
- i) Con fecha 27 de abril de 2017, el Titular solicitó a la COEVA que concediera una ampliación de plazo para emitir su pronunciamiento respecto al recurso de invalidación aludido; solicitud que fue acogida mediante la Resolución Exenta N° 021, de fecha 04 de mayo de 2017.
- j) Con fecha 15 de mayo de 2017, el Titular evacuó el traslado conferido por la Resolución Exenta N° 014, solicitando el rechazo en todas sus partes del recurso de invalidación mencionado en la letra g) de este acápite.
- k) Mediante Ordinario N° 079, de fecha 24 de mayo de 2017, la Directora Regional del SEA Los Ríos solicitó a las Direcciones Regional de Aguas y del Servicio Nacional de Geología y Minería, ambas de la Región de los Ríos, que informaran -fundamentalmente- respecto a los impactos que generaría el Proyecto relativos al subsuelo y napa freática; dicha información fue remitida al SEA Los Ríos a través del Oficio N° 076/2017 y del Ordinario N° 530, de fecha 02 y 07 de junio de 2017, respectivamente.
- l) Con fecha 06 de julio de 2017, la COEVA dictó la Resolución Reclamada, mediante la cual decidió rechazar el recurso de invalidación deducido en contra de la RCA.

## II. Antecedentes del proceso de reclamación

3. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella, en autos consta lo siguiente:
  - a) Con fecha 07 de agosto de 2017, los abogados Sres. Vladimir Riesco Bahamondes y Jorge Ríos Del Río, por sí y en representación de los Reclamantes, presentaron ante este Tribunal recurso de reclamación en contra de la Resolución Reclamada. Los Reclamantes solicitaron, en síntesis, dejar sin efecto la Resolución Reclamada y, en consecuencia, anular la RCA del Proyecto. A fs. 2674, el Tribunal tuvo por cumplido lo ordenado a fs. 2673 y tuvo presente el patrocinio y poder.
  - b) Desde fs. 50 a fs. 154 consta que se acompañaron los siguientes documentos, junto con la reclamación:
    - 1) Copia autorizada de escritura pública de mandato judicial otorgada ante el Notario Público de la 3ª Notaría de Valdivia de fecha 18 de noviembre 2016, mediante la que el Sr. Jean Jano Kourou, en representación de Inmobiliaria e Inversiones Mall Plaza de Los Ríos Limitada e Inmobiliaria Tres Ríos SA, confirió mandato judicial al Sr. Vladimir Riesco Bahamondes, para comparecer en representación de las sociedades reclamantes.
    - 2) Copia autorizada de escritura pública, de fecha 7 de febrero de 2017, otorgada ante la Notario Público Sra. Carmen Podlech Michaud, donde consta delegación de poder realizada por el abogado Sr. Vladimir Riesco Bahamondes al abogado Sr. Jorge Ríos Del Río.
    - 3) Copia simple de certificado de vigencia de Inmobiliaria Tres Ríos S.A., de 12 de agosto de 2016, otorgado por el Conservador de Bienes Raíces de Valdivia.
    - 4) Copia simple de escritura pública de compraventa suscrita entre el Sr. Juan Luis Hernández Medina, Sra. Marinka Polanco González, y Srta. María Jesús Medina Polanco, por una parte, y la sociedad Inmobiliaria Jano's S.A., respecto a inmueble inscrito a fojas N° 1957 N°2526 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Valdivia del año 2002.

- 5) Copia simple de escritura pública de compraventa y alzamiento suscrita entre doña Rosa Emilia Bustamante, Inmobiliaria Tres Ríos S.A, y el Banco Scotiabank Chile, respecto a los inmuebles inscritos en el Repertorio N° 6313, fojas N° 3191 vta. N° 3817, e inscrito en el Repertorio con el N° 6313, fojas N° 3192 N° 3818 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Valdivia del año 2010.
  - 6) Informe pericial del arquitecto Sr. Jonathan Galle, referido a la carga ocupacional del Proyecto.
  - 7) Memorándum N°40, de 22 de septiembre de 2015, remitido por el Sr. Felipe Zúñiga de Kartzow, encargado de planificación territorial del Departamento de Desarrollo Urbano e Infraestructura de la Seremi de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Ríos.
  - 8) Resolución Exenta N° 11, de 23 de enero de 2017, dictada por la Seremi de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Ríos.
  - 9) Informe titulado «Observaciones al estudio hidrogeológico del Centro Comercial Paseo Valdivia», elaborado por la Sra. Joseline Soledad Tapia Zamora.
- c) A fs. 155, con fecha 09 de agosto de 2017, se admitió a trámite la reclamación, solicitando informe al Reclamado de conformidad a lo establecido en el artículo 29 LTA.
- d) A fs. 157 y ss., con fecha 24 de agosto de 2017, compareció en estos autos el Director Ejecutivo (S) del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante «Director Ejecutivo del SEA» o «Reclamado»), solicitando -en lo medular- ampliación de plazo para evacuar el informe requerido a fs. 155. Además, designó abogado patrocinante y confirió poder; a lo que este Tribunal resolvió acoger la solicitud de ampliación de plazo, y tuvo presente el patrocinio y poder conferidos, a fs. 165.
- e) A fs. 166 y ss., con fecha 30 de agosto de 2017, el Director Ejecutivo del SEA evacuó el informe solicitado, y acompañó copia autenticada tanto del expediente administrativo de evaluación ambiental del Proyecto, como del expediente administrativo de invalidación que dio origen a la Resolución Reclamada; este Tribunal tuvo por evacuado el informe, y por acompañados los documentos ya referidos, a fs. 2451.
- f) A fs. 2452 y ss., con fecha 05 de septiembre de 2017, compareció el Titular del Proyecto, solicitando se le reconozca a éste la calidad de tercero coadyuvante del Director Ejecutivo del SEA, conforme a lo establecido en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil.
- g) A fs. 2457, este Tribunal resolvió tener al Titular como tercero coadyuvante del Director Ejecutivo del SEA; además, decretó autos en relación, fijando la realización de la audiencia de alegatos para el día jueves 14 de septiembre del año 2017, a las 10:00 horas.
- h) Atendido a que las partes solicitaron de común acuerdo en dos oportunidades (fs. 2458 y fs. 2463) la suspensión del procedimiento, y en una oportunidad (fs. 2460) solicitaron la suspensión de la vista de la causa, además de que con fecha 14 de diciembre de 2017 el Tribunal estuvo imposibilitado de efectuar la audiencia de alegatos por concurrir la causal del numeral 2° del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal (fs. 2538) fijó nueva fecha para la realización de la audiencia de alegatos, disponiendo su realización el día 09 de enero del presente año, a las 10:00 horas.
- i) A fs. 2469 y ss., con fecha 12 de diciembre de 2017, el Titular realizó presentación ante este Tribunal, mediante la cual formuló una serie de argumentos de hecho y de derecho destinados a que sean considerados por este Tribunal al dictar sentencia definitiva; además, acompañó documento consistente en sentencia de casación dictada por la Excelentísima Corte Suprema en causa rol N° 38338- 2016; a fs. 2536, este Tribunal resolvió tener presente los argumentos esgrimidos por el Titular, y por acompañado el documento referido.
- j) Con fecha 09 de enero de 2018 tuvo lugar la audiencia de alegatos, cuya certificación rola a fs. 2545.
- k) A fs. 2546, la causa quedó en acuerdo, y a fs. 2547, se designó redactor al Ministro Sr. Michael Hantke Domas.



**CONSIDERANDO:**

**Primero.** Que la controversia gira en torno a la invalidación de la RCA que aprobó el Proyecto «Centro Comercial Paseo Valdivia».

Los Sres. Jorge Ríos Del Río, Vladimir Riesco Bahamondes, y Jean Jano Kourou, junto con las sociedades Inmobiliaria Mall Plaza de Los Ríos Limitada e Inmobiliaria Tres Ríos S.A., solicitaron a este Tribunal que deje sin efecto la Resolución Reclamada y que, resuelto lo anterior, declare la nulidad de la RCA. A su juicio, la Resolución Reclamada contuvo decisiones ilegales sobre su derecho a presentar la invalidación en sede administrativa, y sobre errores en la evaluación ambiental en materia de yacimientos arqueológicos, carga ocupacional, calidad del subsuelo y aguas subterráneas.

Por su parte, el SEA solicitó al Tribunal el rechazo de la reclamación, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho, con expresa condena en costas. Reafirmó que los Reclamantes no tenían derecho a presentar la invalidación; asimismo, el SEA descartó impactos significativos a vestigios arqueológicos, desconoció su competencia en materia de carga ocupacional, y desechó impacto significativo alguno en relación con el subsuelo y las aguas subterráneas.

Por su parte, Inversiones Magallanes SpA, sostuvo semejantes argumentos al SEA para solicitar que la reclamación fuese desechada por este Tribunal.

**I. Alegaciones particulares de las partes**

**Segundo.** Que los Reclamantes señalaron:

- a) Respecto a la legitimación activa —derecho a presentar la reclamación—, sostuvieron que esta se encontraba fundada en el derecho constitucional y en los intereses patrimoniales que se desprendían de las propiedades que poseían las sociedades que componen a dicha parte, en la proximidad del emplazamiento del Proyecto.  
  
Agregaron que la Administración estableció un estándar rígido de cumplimiento de las calidades de interesados que contempla la Ley N°19880 (en adelante «LBPA») a partir de la Resolución Reclamada. De esta forma, la COEVA habría limitado los alcances del concepto de impacto ambiental, lo que impediría que terceros puedan cuestionar las decisiones administrativas. Asimismo, la Resolución Reclamada habría eludido argumentar de forma concreta respecto a la calidad de interesados.
- b) Los Reclamantes, adicionalmente, sostuvieron que el Proyecto no se hizo cargo de forma debida de los impactos sobre el patrimonio cultural. En este sentido, el Titular habría reconocido la detección de un sitio arqueológico protegido por la Ley N°17288, de Monumentos Nacionales, en que el organismo sectorial se pronunció conforme condicionando la conformidad a la realización de una red de pozos de sondeo en los sectores que no hayan podido ser abarcados hasta ese momento, lo que constituiría para la Reclamante una falta de razonabilidad del pronunciamiento sectorial.
- c) En lo referente a la carga ocupacional del Proyecto, indicaron que los pronunciamientos de los órganos administrativos carecerían de motivación, dado que no se encontraría calculada de forma correcta la carga de ocupación del inmueble, lo que acarrearía un impacto vial considerable, movimiento de material particulado, manejo de residuos, entre otros efectos negativos.
- d) Respecto a los informes técnicos de la Dirección General de Aguas (en adelante «DGA») y del Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante «Sernageomin») referentes a la calidad del subsuelo y napas freáticas del lugar, estos servicios habrían omitido información respecto de los impactos que podría producir daños en calles y propiedades aledañas a la excavación, lo cual se apreciaría en la información presentada ante la autoridad ambiental.
- e) Los Reclamantes solicitaron dejar sin efecto la Resolución Reclamada y, en consecuencia, se declarase la nulidad de la RCA del Proyecto. Además, solicitaron se dispusiera u ordenase cualquier otra medida que este Tribunal estimase necesario decretar conforme a Derecho y al mérito de lo expuesto en la reclamación.

**Tercero.**

Que el Director Ejecutivo del SEA en su informe, en síntesis, señaló:

- a) Que la carga ocupacional de un Proyecto no era un elemento que permitiera invalidar una RCA.

Al respecto, sostuvo que el SEIA no podía hacerse cargo de la evaluación y análisis de la carga ocupacional, ya que dicho aspecto era de competencia de organismos sectoriales que en nada influían con la evaluación de los impactos ambientales de un determinado proyecto; lo que sin embargo fue analizado durante la evaluación ambiental, al solicitar la Seremi de Vivienda y Urbanismo, que aclarara el titular la carga ocupacional del inmueble proyectado, a lo que se informó, que el Proyecto consistía en un edificio de «equipamiento mediano».

Desde otro punto de vista, el Director Ejecutivo del SEA señaló que se evaluaron adecuadamente diversos impactos, relativos al tipo de proyecto inmobiliario para determinar sus emisiones y ruidos, atendido al lugar de emplazamiento. En específico, se evaluaron impactos relativos a la generación de emisiones gaseosas, de ruido y vibraciones, tanto en la etapa de construcción como de operación.

En consecuencia, el Director Ejecutivo del SEA agregó que se evaluaron todos los aspectos necesarios para determinar potenciales impactos ambientales, no siendo necesaria la carga ocupacional por carecer de dicho contenido.

- b) Que, durante la evaluación, se efectuó un correcto examen en cuanto a los impactos generados sobre el subsuelo y la napa freática. De este modo, intervinieron la DGA y el Sernageomin, cuyas observaciones se encontraban en el primer Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (en adelante «ICSARA»). Agregó que las observaciones fueron consideradas por el Titular en la primera Adenda, la que incluyó un Informe Hidrogeológico Ampliado, el que luego fue analizado por los organismos sectoriales competentes, concluyéndose que la información entregada se ajustaba a las observaciones realizadas en el ICSARA. Complementando lo anterior, el Director Ejecutivo del SEA señaló que el ICE analizó todos los antecedentes entregados en relación con la normativa ambiental aplicable, concluyendo que el Proyecto no generaría impactos significativos sobre el agua y el suelo, además de establecer un conjunto de medidas, destinadas a minimizar la afectación de los sistemas de acuíferos existentes.

Además, el Director Ejecutivo del SEA indicó que los informes técnicos a que hacían alusión los Reclamantes, fueron remitidos -dentro del procedimiento administrativo de invalidación- a la DGA y al Sernageomin, quienes sin embargo emitieron su conformidad con el Proyecto mediante los Oficios N° 076 y 530, de fecha 02 y 07 de junio del presente.

- c) Que, en lo que respecta al patrimonio cultural, el Director Ejecutivo del SEA señaló que la evaluación ambiental se hizo cargo de los impactos generados y que la existencia de restos arqueológicos no implicaba que el Proyecto debiese ser evaluado mediante un Estudio de Impacto Ambiental. Al respecto, el art. 11 letra f) de la Ley N° 19300 (en adelante «LBGMA»), debe interpretarse conforme lo dispuesto en el art. 10 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante «RSEIA»), y a lo establecido en la Guía sobre Monumentos Nacionales, pertenecientes al patrimonio cultural, disposiciones que permitirían determinar cuándo un proyecto generará alteración sobre un sitio con valor antropológico, considerando la magnitud del mismo, respecto de actividades de remoción, destrucción, excavación, traslado, deterioro, intervención y modificación de hallazgos arqueológicos. En el caso concreto, sostuvo, los hallazgos carecían de valor patrimonial.
- d) Que los antecedentes considerados durante la evaluación ambiental, fueron los exigidos por la normativa ambiental para tales efectos. Al respecto, la comparecencia del Sr. Vladimir Riesco en el procedimiento de evaluación ambiental, por la que solicitó hacerse parte del mismo, acompañando informes técnicos, obligaron a la Dirección Regional del SEA a denegar su solicitud con fecha 12 de diciembre de 2016, mediante carta N° 204 (no acompañada por el SEA en autos), sosteniendo que la autoridad ambiental actuó conforme a derecho, ya que la evaluación de proyectos en el marco del SEIA constituía un procedimiento reglado, el que cuenta con normativa especial. La única instancia para acompañar los informes técnicos de los Reclamantes, correspondía al procedimiento administrativo de invalidación, el que se inició,

motivo por el cual, la Dirección Regional cumplió el mandato otorgado por el ordenamiento jurídico.

- e) El Director Ejecutivo del SEA alegó que los Reclamantes carecían de legitimación para haber solicitado la invalidación administrativa de la RCA del Proyecto. Ello dado que, en su solicitud de invalidación, no especificaron cuál de las tres hipótesis del art. 21 LBGMA era la utilizada, y tampoco indicaron cuál era el derecho o interés particular que se les habría afectado a raíz de la aprobación del Proyecto. Agregó que el hecho de apersonarse los Reclamantes invocando la calidad de titulares de la garantía del art. 19 N° 8 de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante «CPR»), desarrollada jurídicamente a través del art. 1° LBGMA, no los habilita para activar la pretensión de invalidación, la que solo se justificaría expresando la forma en que el Proyecto los vulnera. En este sentido, agregó que los Reclamantes, al no ser parte del proceso de evaluación ambiental, debieron precisar con mayor claridad su carácter de interesados conforme lo dispuesto en el art. 21 LBGMA. Respecto de las dos sociedades inmobiliarias, el Director Ejecutivo del SEA alegó que éstas tampoco señalaron en cuál de las tres hipótesis del art. 21 LBGMA apoyaban su interés, limitándose a sostener que la aprobación ambiental del Proyecto generaría una afectación al derecho de propiedad que ostentan respecto a inmuebles ubicados a poca distancia del lugar donde se pretende emplazar el Proyecto. Agregó que la Resolución Reclamada, considerando la omisión de los solicitantes, estimó que no fue posible determinar de qué forma la aprobación ambiental del Proyecto podría afectar el derecho de propiedad de las sociedades inmobiliarias, concluyendo que dicha vulneración era jurídicamente imposible y carente de toda lógica argumentativa.

**Cuarto.** Que, Inversiones Magallanes SpA, en calidad de el tercero coadyuvante del Reclamado, a fs. 2469 y ss., solicitó al Tribunal el rechazo de la reclamación de autos, con costas, planteando diversas consideraciones, referidas a:

- a) Respecto a la causal de ingreso del Proyecto, sostuvo que este correspondía a aquellos que por su naturaleza no debían ingresar al SEIA de forma obligatoria, sino que se debía a que la comuna de Valdivia había sido declarada como zona saturada por material particulado respirable MP10, contemplando su autorización previo sometimiento al SEIA. Agregó que los impugnantes no alegaron agravio o perjuicio derivados del principal factor por el que el Proyecto ingresó, cual era, las emisiones atmosféricas.
- b) Sostuvo que los Reclamantes carecían de legitimación activa, pues no tenían un interés actual y directo, no existiendo una afectación a su esfera subjetiva, como tampoco un interés ambiental producto de un proyecto comercial. En el caso de las personas jurídicas de derecho privado, sostuvo que éstas manifiestan más bien un interés competencial y no podían ser sujetos de la tutela constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
- c) Al justificar la motivación adecuada de la RCA que calificó favorablemente al Proyecto, indicó que no existía indefensión alguna que produjese el acto referido. De esta forma, al abordar la evaluación ambiental del componente referido al patrimonio cultural del Proyecto, sostuvo que éste fue adecuadamente abordado, dado que la no significancia del depósito, implicaba que no era relevante y, por tanto, acotado y limitado al lugar de emplazamiento del Proyecto.
- d) En lo referido a la carga ocupacional del Proyecto, se concentró en justificar que dicha materia tuvo pronunciamiento por parte de la Excm. Corte Suprema, en causa Rol N°38338- 2016. Siendo un asunto resuelto, el Tercer Tribunal Ambiental no podía pronunciarse, pudiendo producirse decisiones contradictorias, e implicaría soslayar la cosa juzgada. Agregó que los permisos de edificación no tienen el carácter de permisos ambientales sectoriales, por lo que se pueden otorgar al margen del procedimiento de evaluación ambiental respectivo, no teniendo el SEA la atribución de aplicar normas urbanísticas. En los impactos en el transporte urbano, indicó que éstos fueron mitigados durante la evaluación ambiental, dentro de los cuales los estudios correspondientes no habrían sido objetados por los Reclamantes.
- e) En cuanto a la evaluación del subsuelo y napas subterráneas, indicó que se efectuó un análisis por parte de los órganos administrativos sectoriales, que no solo fue conforme a la normativa vigente, sino que, además, se descartaron impactos significativos producto de dichas intervenciones a partir de las características del Proyecto y su área de emplazamiento.

## II. Determinación de las controversias

**Quinto.** Que, analizadas las alegaciones y defensas de las partes, el Tribunal estima que las controversias son las que se indican a continuación, las que, para un adecuado desarrollo de la sentencia, se ordenarán del siguiente modo:

1. Legitimación activa.
2. Impactos al patrimonio cultural, que obligarían una evaluación ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental.
3. Determinación de la carga ocupacional del Proyecto.
4. Omisión de pronunciamiento de los organismos sectoriales, respecto del suelo y de napa freática superficial en el lugar de emplazamiento del Proyecto.

### 1. Legitimación activa

**Sexto.** Que la legitimación de los Reclamantes ha sido abordada por las partes en relación con su concurrencia en sede administrativa. En tanto, Inversiones Magallanes SpA además se refirió a la legitimación activa en sede judicial.

Por lo anterior, el Tribunal considera necesario, primero, emitir pronunciamiento en relación con la legitimación activa al proceso (*ad procesum*); pues, una vez despejado el punto, podría resolverse sobre el fondo de lo reclamado, que en primer lugar es si los Reclamantes tenían o no legitimación activa en la causa (*ad causam*).

#### 1.1. Legitimación activa en sede judicial

**Séptimo.** Que el tercero coadyuvante sostuvo que, como los Reclamantes no fueron considerados partes legítimas por el SEA en el procedimiento de invalidación, al carecer de derecho ni interés para pedirla, por lo mismo ahora no tenían «[...] legitimación activa para recurrir ante el Tribunal Ambiental [...]».

La interpretación pretendida por Inversiones Magallanes SpA conduciría a que, en el supuesto que el negar la legitimación activa a los solicitantes de la invalidación, estos quedarían desprovistos del derecho al recurso en sede ambiental, impidiendo consecutivamente la revisión de legalidad sobre su actuación.

**Octavo.** Que, los requisitos para ser considerados los Reclamantes en este procedimiento como parte — legitimación activa— se encuentran regulados en el art. 18 N° 7 LTA.

La norma exige: (a) el haber solicitado la invalidación administrativa, o (b) ser el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación.

Consta en el expediente administrativo que los Reclamantes solicitaron la invalidación origen de la presente impugnación. El presente caso, por tanto, se ubica en la primera hipótesis, por lo que los Reclamantes se encuentran dotados de capacidad procesal para acceder a esta jurisdicción.

#### 1.2. Legitimación activa en sede administrativa

**Noveno.** Que, cuestión diversa a la anterior, es esclarecer la legalidad de la decisión del SEA —apoyada por Inversiones Magallanes SpA en esta causa— de no reconocer la legitimación activa de los Reclamantes para impetrar la invalidación en sede administrativa.

Esta materia se encuentra regulada en el art. 21 LBPA. Son considerados interesados en el procedimiento administrativo:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.
2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
3. Aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

**Décimo.** Que, el Tribunal revisó el escrito de la solicitud de invalidación (fs. 2220) y el escrito de Reclamación (fs. 1 y ss.) presentados en ambas sedes por los Reclamantes. De estos documentos se observa que la identidad,

naturaleza de la comparecencia, representación y argumentos de los Reclamantes en relación con la legitimación activa en sede judicial son idénticos a las razones que esgrimieron y sobre los que resolvió la Resolución Reclamada. Del análisis de los escritos y sus argumentos, el Tribunal concluye que en ambos procedimientos los Reclamantes invocaron el art. 21 LBPA, sin precisar el numeral.

**Undécimo.** Que el SEA Los Ríos, al resolver mediante la Resolución Reclamada, señaló que estuvo impedido de determinar qué derecho subjetivo o interés de las personas naturales habría sufrido un perjuicio en relación con la RCA. Lo anterior a consecuencia de que los Reclamantes no expresaron cuál era el numeral invocado del art. 21 LBPA (Considerandos 17, 18 y 21, Resolución Reclamada). De esta forma, a juicio de la Autoridad, estas personas no habían acreditado su calidad de interesados, por lo que rechazó su legitimación activa.

En lo que se refiere a las personas jurídicas, la Resolución Reclamada también les desconoce legitimación activa, por las mismas razones, pero agrega un argumento adicional. A juicio del SEA, una RCA no tendría la capacidad de afectar derechos de propiedad, puesto que su objeto es la calificación ambiental de un proyecto, *«[...] no siendo considerada ni revisada con ocasión de dicha evaluación, en ningún caso, la titularidad del derecho de propiedad de proyectos cercanos [...]»* (Considerando 25, Resolución Reclamada).

**Duodécimo.** Que, por su parte, en referencia a la falta de legitimación activa de los Reclamantes en sede administrativa, Inversiones Magallanes SpA hizo el ejercicio de analizar cada uno de los numerales del art. 21 LBPA en que se habrían podido encontrar los actores.

Así, descartó el numeral 1, dado que fue Inversiones Magallanes SpA quien promovió *«[...] el procedimiento de Evaluación Ambiental [...]»* (fs. 2473).

Luego, desechó la causal del numeral 3, pues los Sres. Jano y Riesco no fueron «interesados» en el procedimiento de evaluación ambiental.

De tal manera, Inversiones Magallanes SpA concluyó que los Reclamantes solo podían invocar el numeral 2, para lo que había que determinar si existían derechos afectados.

A juicio de estos sentenciadores las argumentaciones de Inversiones Magallanes SpA deben ser desechadas, puesto que el procedimiento sobre el cual se discute —y se debe aplicar el art. 21 LBPA— es el de invalidación, y no el de evaluación ambiental. Por de pronto, los terceros absolutos pueden invocar el art. 53 LBPA para solicitar a la Administración que ejerza su potestad invalidatoria, sin haber sido parte del acto que se estima contrario a derecho.

**Decimotercero.** Que, en relación con el proceso de invalidación administrativa, estos sentenciadores son de la opinión que la falta de los Reclamantes de mencionar cualquiera de los tres numerales del art. 21 LBPA, no era vicio suficiente como para que la Administración deseché la legitimación activa de los Reclamantes. La omisión de los Reclamantes en sede administrativa pudo haber sido integrada por la Administración, con base a la motivación que dichos comparecientes presentaron en su solicitud. Por cierto, los Reclamantes no podrían alegar en sede judicial algún yerro en la atribución, basado en el principio de que no se escucha a nadie que alega su propia torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), pretendiendo beneficiarse de una omisión en su presentación atribuible sólo a estos.

De la sola lectura del expediente administrativo es posible derivar que los Reclamantes se encontraban en la primera hipótesis (*«Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos»*); puesto que promovieron el procedimiento de invalidación amparándose en la titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 CPR) y de *«intereses patrimoniales [...]»* (fs. 18).

No podría ser de otra manera, puesto que la segunda y tercera hipótesis del art. 21 LBPA se refieren a procedimientos ya iniciados, mientras que la invalidación fue promovida por los Reclamantes. Entendido de

otra manera, las hipótesis segunda y tercera se refieren a interesados indirectos —terceros— en procedimientos administrativos; mientras que la hipótesis primera se refiere a la legitimación activa de las partes directas.

**Decimocuarto.** Que, siendo que los Reclamantes sólo pudieron acudir a la sede Administrativa amparados en la hipótesis del art. 21 N° 1 LBPA, corresponde analizar si éstos promovieron la invalidación de la Resolución Reclamada como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.

**Decimoquinto.** Que, los Reclamantes promovieron el procedimiento de invalidación amparándose en su titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 CPR) y de «*intereses patrimoniales* [...]» (fs. 18).

Las personas naturales, Sres. Ríos del Río, Riesco Bahamondes, Jano Kourou, y las sociedades inmobiliarias comparecientes señalaron que su legitimación activa radicaba «[...] *en la naturaleza jurídica del derecho constitucional que invocamos* [...]» (refiriéndose al 19 N° 8 CPR), derecho «[...] *que amplifica la titularidad de la garantía constitucional a la ciudadanía y en los intereses patrimoniales evidentes de nuestros patrocinados* [...]» (fs. 18).

Luego, a propósito del patrimonio cultural manifestaron que, de la conceptualización del medio ambiente, se deriva que «[...] *es un bien jurídico difuso, cuyo goce corresponde a todos los miembros de la sociedad y en la especie a todos los habitantes de Valdivia, entre los cuales se encuentran los recurrentes* [...]» (fs. 20).

Además, para el caso de las sociedades reclamantes, manifestaron que su legitimación provenía «[...] *de su calidad de titulares del derecho de propiedad sobre dos inmuebles emplazados en Calle Chacabuco y de gestor del inmueble ubicado en Calle Arauco ambos de la ciudad de Valdivia* [...]» (fs. 18).

**Decimosexto.** Que, el Director Ejecutivo del SEA, aun cuando no determinó en qué hipótesis del art. 21 LBPA se encontraban los Reclamantes, sí encontró un «[...] *“mínimo común denominador” de la calidad de interesado* [...]» (fs. 193) entre las tres hipótesis de dicha norma. A juicio del Reclamado, la norma requiere en todos los casos (a) existencia de un derecho o interés, y (b) «[...] *dicho derecho o interés debe verse amenazado por un determinado acto administrativo*» (fs. 193). Esta conclusión es reafirmada por el Director Ejecutivo del SEA basado en doctrina que cita.

**Decimoséptimo.** Que, para hacer su análisis de mínimo común denominador, el SEA distinguió entre personas naturales y jurídicas.

Los Reclamantes denunciaron la distinción anterior como «artificial» (fs. 31).

Estos sentenciadores consideran razonable el esfuerzo clarificador de motivación de la Administración que, por de pronto, se ajusta a la propia distinción que hacen los Reclamantes entre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tanto de las personas naturales (Sres. Vladimir Riesco, Jorge Ríos y Jean Jano) como jurídicas (Sociedad Inmobiliaria Mall Plaza de Los Ríos Limitada e Inmobiliaria Tres Ríos S.A.), y el derecho de propiedad solo de las personas jurídicas (p. 27 de la solicitud de invalidación).

**Decimooctavo.** Que el Director Ejecutivo del SEA, a propósito de la determinación del derecho o interés de las personas naturales, informó que la mera mención del art. 19 N° 8 CPR era insuficiente.

A juicio de la autoridad, los Reclamantes no justificaron «[...] *una afectación concreta y puntual en el marco de la normativa vigente aplicable en la materia*» (fs. 194). En consecuencia, ante esta omisión, el Servicio no pudo concluir que les asistía la calidad de interesadas. La conclusión anterior fue respaldada, además, con citas a sentencias del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental y de la Excma. Corte Suprema.

**Decimonoveno.** Que, Inversiones Magallanes SpA, por su parte, rechazó que los Reclamantes tuviesen interés a partir de su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Esto, por cuanto su Proyecto inmobiliario cumplía con la normativa ambiental.

**Vigésimo.** Que, los Reclamantes, respecto de la legitimación activa de las personas naturales, alegaron que la Resolución Reclamada no las reconoció, puesto que dicho Servicio habría recurrido a una falacia lógica (reducción al absurdo) y a la literalidad en su interpretación de los arts. 19 N° 8 CPR y 21 LBPA «[...] *posición altamente exegética* [...]» (fs. 31).

Los Reclamantes señalaron que la Resolución Reclamada limitó su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (que sería su derecho habilitante), puesto que le impuso a ese derecho la limitación de la mención expresa de alguna de las tres causales taxativas del art. 21 LBPA para actuar en sede Administrativa.



Dicho de otra forma, la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación solo puede ser exigida por una persona en sede Administrativa, cuando ésta se encuentre en alguna de las tres causales taxativas del art. 21 LBPA.

A juicio de estos sentenciadores, no existe la falacia lógica denunciada, puesto que la conclusión a la que arribó la Resolución Reclamada no es absurda. Por el contrario, la exigencia de requisitos para ser titular de la facultad legal para acudir ante la Administración con la petición de que se inicie la tramitación de un procedimiento administrativo, es propia de nuestro ordenamiento jurídico.

Una falacia lógica puede constituir una ilegalidad, en la medida que afecte la motivación del acto. A juicio de estos sentenciadores la Resolución Reclamada no incurrió en falacia lógica alguna, por lo que el Tribunal desechará esta alegación.

Con relación a la interpretación literal del art. 21 LBPA por el SEA acusada por los Reclamantes, se debe advertir que éstos no la denunciaron como ilegal. Por el contrario, los Reclamantes reconocieron que el SEA se apegó a la ley, «[...] *al positivamente apegarse a lo establecido en todos los numerales del artículo 20 y 21 de la ley 19.880* [...]» (fs.32).

En particular, los Reclamantes solo disientían del alcance dado por la Autoridad a la norma citada: «[...] *A priori señalamos rechazar dicha conclusión* [...]» [fs. 31]. A su juicio, el alcance dado por el SEA al art. 21 limitaría «[...] *el ejercicio de derechos constitucionales [sic], legales y reglamentarios* [...]» (fs. 31). Con todo, el escrito es impreciso en mostrar cómo el vicio denunciado vulneraría esos derechos, limitándose a una acusación genérica.

**Vigésimo primero.** Que, los Sres. Vladimir Riesco, Jorge Ríos y Jean Jano debieron demostrar en sede administrativa que eran titulares de derechos o intereses individuales o colectivos, como lo exige el art. 21 N° 1 LBPA.

A juicio de estos sentenciadores, la alusión al derecho del art. 19 N° 8 de la CPR no es suficiente para considerar a los Reclamantes como legitimados activos. A fs. 18, los Reclamantes vincularon una supuesta sobrecarga vial del Proyecto con efectos nocivos para el medioambiente: «[...] *la sobrecarga en la vialidad urbana seguramente redundará en un aumento del material particulado, en un retroceso en políticas de peatonización del centro de Valdivia, de aumento de contaminación sonora y atmosférica*».

A juicio de estos sentenciadores, los Reclamantes no pueden fundar su legitimación reduciéndola a quejas genéricas, sino que deben demostrar una afectación directa, actual o futura, pero no una mera conjetura.

De suyo, una divergencia interpretativa no ha de ser considerada ilegal si no se señala cómo ella afecta directamente los derechos o intereses. En consecuencia, la pretendida vulneración de derechos constitucionales, legales y reglamentarios alegada por los Sres. Vladimir Riesco, Jorge Ríos y Jean Jano debe ser desechada, por no indicar cómo se produce esa afectación en relación con su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sobre todo cuando la discusión se plantea sobre un juicio que resolverá una cuestión de fondo.

**Vigésimo segundo.** Que, respecto a una posible infracción a normas de protección al medio ambiente que dispone el art. 2 letra 11 LBGMA, los Reclamantes afirmaron que se trataba de la protección de un bien jurídico «difuso» cuyo goce corresponde «[...] *a todos los habitantes de Valdivia* [...]»

A partir de lo anterior, los Reclamantes se atribuyen la titularidad de un derecho colectivo, que en su opinión les confiere legitimación activa por el hecho de habitar la comuna. Esto debe ser rechazado de plano, puesto que la protección de un derecho colectivo requiere de una afectación concreta y puntual, no bastando con el hecho de vecindad.

Aun reconociendo que el medio ambiente es un bien jurídico de naturaleza colectiva, el interés manifestado por los Reclamantes se encuentra únicamente en la denuncia de una «infracción» por posible incumplimiento a una disposición inserta en el SEIA. El mero interés en el cumplimiento de la ley no es justificación suficiente para atribuirse legitimación activa, sino que lo requerido es un interés diferenciado y distinto al mero ajuste a la legalidad.

Lo que se requiere en sede de invalidación es, además de la indicación del derecho, que éste sea dotado de contenido en cuanto a su afectación directa -en este caso al colectivo- en atención al propósito común compartido.

En el presente caso, se trata de un grupo de Reclamantes constituido por sociedades inmobiliarias, su representante legal y representantes convencionales que también comparecen como personas naturales, sin un propósito ambiental común compartido. Esto es así, por cuanto los Reclamantes no demostraron la existencia de



una afectación directa, actual o futura, del derecho colectivo de protección al medioambiente que dispone el art. 2 letra 11 LBGMA. Por lo anterior, al no haberse cumplido con estos requisitos, esta alegación será rechazada.

**Vigésimo tercero.** Que, con relación a las personas jurídicas intervinientes en el procedimiento administrativo, los Reclamantes expresaron que el SEA concluyó «[...] *livianamente* [...]» (fs. 32) la inaptitud de la RCA de afectar el derecho de propiedad de estas personas.

El Director Ejecutivo del SEA, por su parte, afirmó que la evaluación ambiental se ocupaba únicamente de cuestiones ambientales, sin considerar derechos de propiedad de proyectos de terceros. A partir de este hecho, el Director Ejecutivo del SEA fue de la opinión que la titularidad del derecho de propiedad de terceros no podía ser afectada por una RCA.

En tanto, Inversiones Magallanes SpA fue de la opinión que las personas jurídicas de derecho privado comparecientes no tenían legitimación activa, dado que no eran titulares de tal garantía. A su juicio, este tipo de personas no tenían aptitud biológica para vincularse con el entorno. Igualmente señalaron que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación estaba vinculado con el derecho a la vida, la integridad física o psíquica, y la calidad de vida, cualidades que no pueden ser predicadas respecto de las personas jurídicas. Esta conclusión la ampararon en la doctrina del profesor Jorge Bermúdez.

**Vigésimo cuarto.** Que estos sentenciadores no pueden dejar de reconocer que los proyectos evaluados ambientalmente, tienen otros alcances más allá de la protección de la casa común.

En efecto, un proyecto inmobiliario, por ejemplo, podría tener incidencia en la planificación urbana, en la salubridad, en la construcción, en el comercio, en el desarrollo económico, en las garantías constitucionales y, desde luego, en el derecho de propiedad de los vecinos, por nombrar algunos de ellos. Ahora bien, cada uno de esos ámbitos se encuentran regulados en diversos cuerpos normativos, existiendo múltiples vías de protección. Por ejemplo, en materia de construcción, el reclamo de ilegalidad municipal es una herramienta efectiva de protección de los derechos de las personas.

En materia ambiental, el objeto de protección es el medio ambiente —incluida la vida y la salud, tal como lo ha entendido la jurisprudencia y la doctrina—, y no otro; es decir, no protege otros objetos o aspectos relacionados con un proyecto, como por ejemplo la planificación urbana, el comercio o el derecho de propiedad.

Cosa diversa es que elementos de un proyecto tengan simultáneamente un impacto en el medio ambiente y en el derecho de propiedad. Pero aun siendo esto así, es la protección al medio ambiente —y no al derecho de propiedad— lo que legitima a las partes a provocar la actividad jurisdiccional especializada.

En cuanto al derecho de propiedad alegado por Inmobiliaria Mall Plaza de Los Ríos Limitada e Inmobiliaria Tres Ríos SA, su sola invocación no es suficiente para considerarlos legitimados en sede ambiental. Esto es así, por cuanto la naturaleza de los asuntos aquí ventilados, si bien pueden tener un contenido patrimonial, debe ser consecuencia de un perjuicio originado por afectación directa de un derecho o interés de naturaleza ambiental.

En este caso, las sociedades no expresaron cómo bu derecho de propiedad se encuentra comprometido a consecuencia de la vulneración de un derecho subjetivo o interés de contenido ambiental, ni tampoco se señaló cómo podrían estos derechos afectarse o perjudicarse con la validez de la Resolución Reclamada.

Esta falta de antecedentes impide al Tribunal considerar que el requisito de afectación directa de las sociedades reclamantes se encuentra acreditado, por lo que la pretensión invalidatoria deducida no podrá prosperar, y así se declarará.

En consecuencia, Inmobiliaria Mall Plaza de Los Ríos Ltda. e Inmobiliaria Tres Ríos S.A. no tuvieron legitimación activa para promover la invalidación de la RCA.

**Vigésimo quinto.** Que, en consecuencia, al no haberse verificado los requisitos mínimos para considerar legitimados a los Reclamantes para promover la invalidación de la RCA del Proyecto «Centro Comercial Paseo Valdivia» en sede administrativa, el Tribunal deberá rechazar la reclamación interpuesta.

**Vigésimo sexto.** Que, en lo que dice relación con las controversias puntualizadas en los numerales 2 al 4 del considerando quinto del presente fallo, el Tribunal no emitirá pronunciamiento respecto de ellas, por resultar innecesario a partir de lo expresado.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en el arts. 17 N° 8, 18 N°7 y 27 y ss. de la Ley N°20600; 20 de la Ley N°19300; 13, 15, 21 y 53 de la Ley N° 19880, 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto

Acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

**SE RESUELVE:**

1. **Rechazar** la reclamación de fs. 1 y siguientes.
2. **No condenar** en costas a los Reclamantes, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Michael Hantke Domas.

**Rol N° R 55-2017**

Pronunciada por el I. Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sra. Cecilia Samur Cornejo, en calidad de Ministra (i) de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, y Sr. Juan Escudero Ortúzar, en calidad de Ministro (s) del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. No firman el Ministro Sr. Escudero por encontrarse en su Tribunal de origen y la Ministra Sra. Samur, por haber expirado su nombramiento como Ministra Interina de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del presente fallo.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, a diecinueve de marzo de dos mil dieciocho, se anunció por el Estado Diario.

---



# Causa D-23-2016

## “Carlos Margozzini y otros con Jerman José Kuschel Pohl y otros”

### SÍNTESIS

#### **1. Datos del procedimiento**

- Demandante(s): Carlos Margozzini Cahis, Fernando Margozzini Cahis, Francisco Margozzini Cahis, María Margozzini Cahis, Luis Margozzini Cahis, María Cahis Llugany.
- Demandado(s): Jerman Kuschel Pohl, Manfredo Kuschel Pohl, Iris Kuschel Pohl, Fábrica de cementos comprimidos Génesis SpA.

#### **2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido**

La demanda tuvo como fundamento la extracción de áridos realizada por los demandados en su predio, aproximadamente desde el año 2011, sin autorización ambiental. Las excavaciones realizadas en el predio de los demandados habrían afectado gravemente el suelo y bosque nativo, comprometiendo especialmente la recuperación de aguas en la propiedad vecina, de la que los demandantes afirmaron ser comuneros.

En la sentencia, el Tribunal constató un daño significativo al componente suelo, declaró la existencia de daño ambiental, y ordenó a los demandados la paralización de la extracción, cierre del área, retiro de equipos y residuos; y los condenó a la elaboración de un Plan de Restauración del sitio de extracción.

#### **3. Controversias**

- i. Si la explotación de áridos realizada por los demandados habría afectado el suelo, agua, bosque y aire del sector.
- ii. Si la explotación de áridos realizada por los demandados habría afectado los servicios ecosistémicos del sector Punta Larga, comuna de Frutillar.
- iii. Época desde la que se habría manifestado de manera evidente el daño.

#### **4. Sentencia**

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Que los demandados explotaron -sin ningún tipo de autorización- los áridos del suelo de su propiedad, removiendo el suelo y cubierta vegetal, incluida la explotación y destrucción del bosque nativo, poniendo además en riesgo los niveles de agua de pozos vecinos y su contaminación.
- ii. Que la explotación de áridos provocó la pérdida del hábitat natural de invertebrados que brindan servicios de polinización de cultivos y flores silvestres; la alteración del ciclo de nutrientes del suelo y la afectación de la cadena alimentaria de las especies vinculadas directa e indirectamente al suelo del sector.
- iii. Que la única causa del daño fue la extracción no autorizada de áridos, realizada en el predio de los Sres. Kuschel Pohl.
- iv. Que la explotación se inició el año 2011, extendiéndose durante -al menos- hasta el año 2016.
- v. El Plan de Restauración que el Tribunal ordenó ejecutar a los Sres. Kuschel Pohl deberá considerar -a lo menos- un proyecto paisajístico, adecuación de superficies y taludes, restitución

del suelo, cubierta vegetal, forestal y biodiversidad neta, más un programa de seguimiento que deberá someterse anualmente a aprobación del Tribunal.

## **SENTENCIA**

Valdivia, quince de mayo de dos mil dieciocho.

### **VISTOS:**

1. A fs. 1, con fecha 13 de septiembre de 2016, compareció el Sr. Felipe Molina Saavedra, abogado, en representación del Sr. CARLOS MARGOZZINI CAHIS, ingeniero civil; de la Sra. MARÍA DEL CARMEN LOURDES CAHIS LLUGANY, educadora familiar; del Sr. LUIS MARGOZZINI CAHIS, arquitecto; del Sr. FRANCISCO MARGOZZINI CAHIS, ingeniero civil; del Sr. FERNANDO MARGOZZINI CAHIS; empleado; y de la Sra. MARÍA TERESA MARGOZZINI CAHIS, empleada, todos domiciliados en calle Maipú N° 251, sector B, oficina N° 301, de la comuna de Valdivia, Región de Los Ríos; todos ellos en adelante «los Demandantes»; e interpusieron demanda de reparación de daño ambiental en contra del Sr. JERMAN JOSÉ KUSCHEL POHL, del Sr. MANFREDO ARNOLDO KUSCHEL POHL y de la Sra. IRIS INÉS KUSCHEL POHL, todos agricultores, domiciliados en el fundo Santa Clara, comuna de Frutillar, Región de Los Lagos, y además en contra de «FÁBRICA DE CEMENTO COMPRIMIDOS GENESIS SpA», del giro de su denominación, del mismo domicilio de los Demandados antes indicados, en adelante, todos ellos «los Demandados».

### **A. Etapa de discusión**

2. A fs. 1 fue presentada demanda de reparación de daño ambiental.
3. A fs. 28 se tuvo por interpuesta la demanda y se dio traslado a los Demandados por el término legal.
4. A fs. 36 y 37 de autos, el receptor judicial certificó que, habiendo concurrido los días tres y cuatro de octubre de 2016, no pudo concretar la diligencia de notificación en el domicilio señalado en la demanda, en atención a que los Demandados no se encontraban, señalando que aquel correspondía a su domicilio y que se encontraban en el lugar del juicio.
5. A fs. 38, los Demandantes solicitaron notificar la demanda por cédula, a lo que el Tribunal accedió a fs. 39, constando a fs. 40 y 41, que la diligencia de notificación fue positiva en relación con los demandados Manfredo Kuschel Pohl, Iris Kuschel Pohl y Jerman Kuschel Pohl, este último por sí y en representación de la demandada empresa Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA.
6. A fs. 44, en atención a que los Demandados no contestaron la demanda dentro del plazo establecido en el inciso 4° del art. 33 de la Ley N° 20.600 («LTA»), y teniendo presente los estampados de fs. 40 y 41, en los que consta haberse notificado la demanda, se tuvo por evacuado el traslado conferido a fs. 28, en rebeldía de los Demandados.

### **B. Etapa de prueba**

7. A fs. 45, el Tribunal recibió la causa a prueba y fijó los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos.
8. A fs. 46, atendida la falta de comparecencia de los Demandados, el Tribunal dispuso que la resolución que recibió la causa a prueba fuese notificada conforme a lo establecido en el art. 48 CPC.
9. Desde fs. 47 a fs. 50 de autos, constan los estampados de notificación por cédula a los Demandados, respecto de la resolución de fs. 45, que recibió la causa a prueba.
10. A fs. 51, el Tribunal fijó la realización de la audiencia de conciliación, prueba y alegaciones para el día 02 de mayo de 2017, a las 10:00 horas.
11. A fs. 52 y ss., los Demandantes acompañaron la prueba documental que obra en autos.
12. A fs. 166 y ss., los Demandantes solicitaron que se tuviera presente la existencia de un error, derivado del sistema virtual de gestión de causas, lo que les impidió adjuntar la documentación acompañada antes del último día del plazo, porque el sistema omitió el botón «Publicar».

13. A fs. 168, pronunciándose respecto de las presentaciones de fs. 52 y ss. y 166 y ss., el Tribunal resolvió tener presente lo indicado a fs. 166, ordenando al Sr. Secretario certificar la efectividad de lo señalado por los Demandantes; y estar a ello, previo a proveer la presentación de fs. 52 y ss.
14. A fs. 169, el Sr. Secretario del Tribunal certificó que el abogado de los Demandantes, con fecha 25 de abril de 2017, a las 20:18 hrs., creó escrito en el sistema electrónico de gestión de causas del Tribunal, por el que acompañó 7 documentos, no generándose en el sistema la habilitación de la acción «Publicar»; dejando además constancia que el escrito de la referencia, fue publicado por el mismo abogado en el sistema electrónico de causas el 26 de abril de 2017.
15. A fs. 170, el Tribunal resolvió suspender la audiencia decretada a fs. 51, por advertir que la inscripción de dominio de la propiedad de los Demandados, acompañada a fs. 12, contenía una anotación marginal, dando cuenta de una transferencia parcial a Agrícola BF Ltda., ignorándose si ello afectaba la legitimación pasiva de los Demandados.
16. A fs. 171 y ss., los Demandantes acompañaron documentos e hicieron presente una serie de argumentos y consideraciones tendientes a la reanudación del procedimiento. Teniendo presente lo indicado por los Demandantes, a fs. 175, se fijó el 08 de mayo de 2017, a las 10:00 hrs., como nuevo día y hora para la celebración de la audiencia; y se tuvieron por acompañados los documentos. Además, en el apartado siguiente de la misma resolución, teniendo presente la certificación de fs. 169, el Tribunal tuvo por acompañados los documentos presentados a fs. 52 y ss.
17. A fs. 176, rola Acta de Instalación del Tribunal para llevar a cabo la audiencia decretada a fs. 175.
18. A fs. 177 y ss., rola Acta de audiencia de conciliación, prueba y alegaciones, constando que se llamó a las partes a conciliación, la que no se produjo por la no comparecencia de los Demandados.
19. A fs. 181, los Demandantes solicitaron se resolviera la petición de medida cautelar, lo que el Tribunal denegó en el apartado I de la resolución de fs. 182, por no encontrarse solicitud alguna pendiente de resolución. A continuación, en el apartado II de la misma resolución, el Tribunal decretó como medidas para mejor resolver la solicitud de información a la I. Municipalidad de Frutillar, a la Corporación Nacional Forestal (en adelante «CONAF») y a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante «SMA»); además de la elaboración de informes periciales y la Inspección Personal del Tribunal al lugar de los hechos, la que se llevó a efecto el 13 de junio de 2017, a las 11:00 Hrs., comisionándose para tales efectos al Ministro Sr. Pablo Miranda Nigro. Para la elaboración de los informes periciales, se dispuso oficiar a los siguientes servicios, conforme lo dispuesto por el art. 42 de la ley N° 20.600:
  - a) Dirección General de Aguas de la Región de Los Lagos (en adelante «DGA»), para elaborar pericia, respecto de eventual alteración de los niveles freáticos del pozo de los Demandantes.
  - b) Dirección Regional del Servicio Nacional de Geología y Minería de Los Lagos (en adelante «SERNAGEOMIN»), para elaborar pericia, respecto de una eventual alteración hidrogeológica en los predios vecinos al lugar de extracción de áridos, en el sector Punta Larga, de la comuna de Frutillar.
  - c) Dirección Regional de Vialidad de Los Lagos, para elaborar pericia, respecto de los metros cúbicos totales extraídos en el predio de los demandados, desde el año 2014 a la fecha.
20. De fs. 184 a 190, obran los oficios N° 94, 95, 96, 97, 98, 99 y 100, dirigidos respectivamente al Sr. Alcalde de la I. Municipalidad de Frutillar, al Sr. Director Regional de CONAF de Los Lagos, a la Sra. Jefe Regional de la SMA de Los Lagos, al Sr. Director Regional de la DGA de Los Lagos, al Sr. Jefe de la Oficina Técnica de Puerto Varas del SERNAGEOMIN, al Sr. Director Regional de Vialidad de Los Lagos y a la Sub Comisaría de Frutillar de Carabineros de Chile.
21. A fs. 191, el Tribunal complementó la medida para mejor resolver de fs. 182 y ss., relativa a la inspección personal del Tribunal, facultando a Carabineros de Chile para el uso de facultades de descerrajado, entrada e inspección al lugar de la diligencia, si fuere necesario, obrando a fs. 192 el oficio respectivo dirigido a Carabineros de Chile, Sub Comisaría de Frutillar.
22. A fs. 193, el Sr. Secretario del Tribunal certificó que la Sra. Rosa Troncoso Vásquez, del SERNAGEOMIN, que el Sr. Rodrigo Gallardo Rosse, de la Dirección de Vialidad y que el Sr. Leonardo Vega Ibáñez, de la DGA, aceptaron, cada uno, el cargo de perito y juraron desempeñarlo fielmente.

23. A fs. 194 y ss., obra Acta de Inspección Personal del Tribunal, llevada a cabo en la fecha decretada.
24. A fs. 196, consta ingreso al Tribunal del Ordinario N° 1456, del Superintendente del Medio Ambiente (S), mediante el que acompañó expediente de denuncia y de requerimiento de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental («SEIA»), documentos que obran de fs. 199 a 297, a lo que el Tribunal, a fs. 298 resolvió: a sus antecedentes.
25. A fs. 299, ingresó al Tribunal el Ordinario N° 647-2017, del Alcalde de la I. Municipalidad de Frutillar, lo que el Tribunal, a fs. 300, resolvió: a sus antecedentes.
26. A fs. 301, ingresó al Tribunal el Ordinario N° 111/2017, del Director Regional de CONAF Los Lagos, por el que acompañó denuncia Rol N° 1867-2016, interpuesta ante el Juzgado de Policía Local de Frutillar y sentencia de primera instancia de dicho Tribunal, lo que este Tribunal, a fs. 313, resolvió: a sus antecedentes.
27. A fs. 314, ingresó al Tribunal el Ordinario N° 001189/2017, del Director Regional de Aguas de Los Lagos, acompañando Minuta Técnica del Sr. Leonardo Vega Ibáñez, jefe de la Unidad de Fiscalización y Medio Ambiente de la DGA de Los Lagos, lo que el Tribunal, a fs. 319, resolvió: a sus antecedentes.
28. A fs. 320, ingresó el Ordinario N° 22/2017, del Jefe de la Oficina Técnica de Puerto Varas, del SERNAGEOMIN, acompañando informe pericial, obrante de fs. 321 a fs. 335; y, a fs. 336, rola el Ordinario N° 1751/2017, por el que el Director Regional de Vialidad de Los Lagos, acompañó el Informe Pericial del Sr. Rodrigo Gallardo Rosse, junto a un plano, lo que obra desde fs. 337 a fs. 346.
29. A fs. 347, el Tribunal se pronunció respecto del Ordinario N° 22/2017, remitido por la Oficina Técnica de Puerto Varas, del SERNAGEOMIN, resolviendo: a sus antecedentes.
30. A fs. 348, el Tribunal se pronunció respecto del Ordinario N° 1751/2017, remitido por el Director Regional de Vialidad de Los Lagos, resolviendo: a sus antecedentes.
31. A fs. 349, el Tribunal ordenó que el Sr. Secretario certificara el hecho de existir diligencias pendientes; certificándose, a fs. 350, no existir diligencias pendientes.
32. A fs. 351, se citó a las partes a oír sentencia.
33. A fs. 352, consta que con fecha 3 de agosto de 2017, el Sr. relator de la causa, certificó la existencia de acuerdo y con igual fecha, a fs. 353, se designó Ministro redactor del fallo.

## CONSIDERANDO:

**Primero.** Que los Demandantes interpusieron demanda de reparación por daño ambiental en contra de los Srs. Kuschel Pohl y de la sociedad «Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA».

Los Demandantes afirmaron ser propietarios de un predio colindante al terreno perteneciente a las personas naturales demandadas en el que, tanto éstos como la sociedad referida, aproximadamente desde el año 2011, han explotado los áridos existentes en el subsuelo de dicha propiedad.

Sostuvieron que la extracción de áridos, efectuada por los Demandados, ha generado diversas afectaciones al medio ambiente que rodea el predio de estos, traducéndose -por ejemplo- en una afectación grave a la composición del suelo y elementos bióticos que existen en el sector donde se efectúa la extracción.

Complementando lo anterior, los Demandantes sostuvieron que la actividad de los Demandados se habría realizado sin mediar ninguna autorización o aprobación por parte de la autoridad ambiental, implicando en consecuencia, una elusión al SEIA.

En consecuencia, los Demandantes solicitaron que se declare que los Demandados han ocasionado daño ambiental por su «culpa y dolo» (sic), y se les condene a reparar dicho daño, con las costas del juicio.

Los Demandados fueron notificados de la demanda conforme consta en los autos; no obstante, permanecieron en rebeldía durante la substanciación del procedimiento.

### A. Argumentos de las partes

**Segundo.** Que los Demandantes señalaron ser comuneros de un inmueble rural ubicado en el sector Punta Larga, comuna de Frutillar, Región de los Lagos, el que colinda con un retazo de terreno de propiedad del Sr. Jerman



José, Manfredo Arnoldo y Sra. Iris Inés, todos Kuschel Pohl, y en el que Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA tiene su domicilio y ejerce su rubro comercial.

Indicaron que, aproximadamente desde el año 2011, los Demandados han explotado por cuenta propia o de terceros, los áridos que existen en el subsuelo del predio que colinda con el de los Demandantes. Afirmaron que, para ejecutar dicha actividad, los Demandantes excavaron un pozo de una superficie aproximada de 13,4 hectáreas y una profundidad de 25 metros, además de talar al menos unas 10 hectáreas de bosque nativo, provocando con ello una afectación a diversos componentes del medio ambiente, como el agua, el bosque y el suelo.

Agregaron que uno de los Demandados, el Sr. Jerman Kuschel Pohl, es socio de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA; destacando respecto de ésta que, al tener domicilio en el lugar de la extracción de áridos y habida cuenta de su rubro comercial, se presumiría su responsabilidad respecto a las consecuencias nocivas al medio ambiente que genera dicha extracción.

Argumentaron que la extracción de áridos se ejecuta al margen de la normativa ambiental, ya que no contaría con aprobación de la autoridad administrativa ambiental, pese a que hasta la fecha -de presentación de la demanda- se habrían extraído unos 2.250.000 metros cúbicos de áridos.

Sostuvieron que la actividad de los Demandados generó diversas afectaciones al medio ambiente, principalmente en el agua, el bosque, el suelo y -aunque en menor medida- también en el aire del área circundante al lugar en que se efectúa la extracción de áridos. Centrando su argumentación, agregaron que el inmueble de su propiedad -colindante al de los Demandados- sufrió un excesivo drenaje de sus terrenos, a raíz de la excavación de gran profundidad, necesaria para efectuar la extracción referida. Además, señalaron que en su predio existían dos suministros de agua, ubicados a unos 450 a 500 metros del lugar en el que se extraen los áridos, y que dichos suministros disminuyeron considerablemente la capacidad de recuperación de las aguas, resultando probable que las excavaciones hayan modificado el curso normal de las aguas subterráneas de la zona afectada.

Dichos efectos nocivos al medio ambiente, conllevaron -a juicio de los Demandantes- a que se afectara el ecosistema situado en la cuenca del lago Llanquihue, específicamente en la zona comprendida entre las comunas de Frutillar y Llanquihue.

Afirmaron que la extracción de áridos generó un menoscabo significativo en la capacidad para proveer servicios ecosistémicos de la zona afectada, ya que esta habría sufrido una afectación en las napas subterráneas que impediría la posibilidad de regenerar los componentes ambientales afectados, teniendo presente la explotación de áridos que efectúan los Demandados. Agregaron que la extracción ocasionó una intervención negativa de una zona que forma parte de un sistema natural, implicando la modificación de dicha zona, no sólo en cuanto a su paisaje sino también respecto al equilibrio medioambiental.

Señalaron que en el presente caso se configuraban los requisitos necesarios para dar lugar a la presunción de responsabilidad por daño ambiental, establecida en el art. 52 de la LBGMA. En este sentido, indicaron que la extracción de áridos ocasionó un detrimento significativo a diversos componentes del medio ambiente, y que dicha actividad eludió el SEIA, implicando -a su juicio- una infracción a las normas sobre protección, preservación, o conservación ambiental. Complementando lo anterior, señalaron que conforme a lo dispuesto en los arts. 10, letra í) y 11 de la LBGMA, y en el art. 3° del Reglamento del SEIA, contenido en el Decreto N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente («RSEIA»), el proyecto desarrollado por los Demandados debió someterse al SEIA mediante la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, atendiendo el volumen de extracción efectuado a la fecha -de presentación de la demanda- y que dicha extracción generaría los efectos, características o circunstancias establecidas en el art. 11 de la LBGMA. A mayor abundamiento, señalaron que la actividad se desarrolla sin ningún permiso o autorización previa emanada de la autoridad ambiental, acarreando la elusión al SEIA, conforme a lo descrito anteriormente.

Argumentaron que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el art. 19 N°8 de la Constitución Política de la República, posee una titularidad amplia, ya que pertenece a todos los miembros de la colectividad o comunidad, situación que ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema (citando al efecto causa Rol N° 2.372-1996), por lo que poseían legitimación activa para impetrar la acción de autos, conforme lo establecido en el art. 54 de la LBGMA, ya que al ser propietarios de un predio

colindante con aquel en que se ejecuta la extracción de áridos, es evidente que ellos sufrieron de manera directa e inmediata los daños ambientales generados a consecuencia de dicha extracción.

Finalmente, respecto a las peticiones concretas, los Demandantes solicitaron:

- 1) Declaración de que los Demandados, Sr. Jerman Kuschel Pohl, Sr. Manfredo Kuschel Pohl, Sra. Iris Kuschel Pohl, y Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, son responsables de daño ambiental por la extracción ilegal de áridos, producido por su «culpa y dolo» (sic).
- 2) Ordenar a los Demandados la reparación del daño ambiental causado, de conformidad a lo establecido en el art. 53 de la LBGMA.
- 3) La condenación en costas de los Demandados.

**Tercero.** Que, dado que las Demandadas no se apersonaron al juicio ni evacuaron su contestación dentro del término previsto para ello, produciéndose la «contestación ficta» de la demanda, este Tribunal tendrá por controvertidos todos los hechos aducidos por los Demandantes, recayendo en éstos, por tanto, la carga de la prueba, en la medida que alegan la existencia de la obligación de reparar el daño ambiental que pesaría sobre los Demandados.

### C. Puntos de prueba

**Cuarto.** Que, en consecuencia, a fs. 45 se establecieron los siguientes hechos substanciales, pertinentes y controvertidos a probar:

- 1) Efectividad de que los Demandados, debido a su explotación de áridos han afectado componentes ambientales, particularmente suelo, agua, bosque y aire a lo menos, en el sector Punta Larga, comuna de Frutillar.
- 2) Efectividad que, como resultado del obrar de los Demandados, se ha provocado afectación a los servicios ecosistémicos que provee el sector Punta Larga, comuna de Frutillar.
- 3) Efectividad de la época o periodo desde el cual se produjo la manifestación evidente del daño ambiental demandado.

### D. Prueba producida en el procedimiento

**Quinto.** Que, atendida la rebeldía de los Demandados durante toda la sustanciación del juicio y revisados los argumentos de los Demandantes, este Tribunal analizará la evidencia probatoria presentada por estos últimos en relación con cada uno de los puntos de prueba, apreciándola conforme a las reglas de la sana crítica y a su aptitud para producir fe respecto de los hechos del juicio, en conformidad con el art. 35 LTA.

A continuación, el Tribunal procederá primero a detallar la prueba producida, para luego valorarla.

Prueba presentada al primer punto de prueba

**Sexto.** Que, respecto al primer punto del auto de prueba, referido a la «Efectividad de que los demandados, debido a su explotación de áridos han afectado componentes ambientales, particularmente suelo, agua, bosque y aire a lo menos, en el sector Punta Larga, comuna de Frutillar», los Demandantes rindieron la siguiente evidencia documental:

- 1) A fs. 12 y ss., copia autorizada de la inscripción de dominio de fs. 526 Vuelta N° 826 del Registro de Propiedad correspondiente al año 2001 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, con certificado de vigencia de fecha 25 de agosto de 2016, que da cuenta que a dicha fecha los Demandados Jerman José, Manfredo Arnoldo e Iris Inés, todos Kuschel Pohl son dueños, por sucesión por causa de muerte, en la parte no transferida, de las acciones y derechos que correspondían a su madre Ema Pohl Klenner en un retazo de terreno ubicado en Punta Larga de una superficie de 197 hectáreas y 50 áreas, cuyos deslindes son Norte, Germán Kuschel, vendido a Oscar Kuschel; Este, Ricardo Schmidt; Sur, Armando Opitz; y Oeste, Armando Opitz y María Brintrup viuda de Wittwer; y cuyo rol de avalúo es el N° 241-9.
- 2) A fs. 14 y ss., copia autorizada de inscripción de dominio de fs. 350 Vuelta N° 447 del Registro de Propiedad, correspondiente al año 1983 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, con certificado de vigencia de fecha 25 de agosto de 2016, que da cuenta de la

adquisición del Sr. Veniero Santiago Margozzini Calderoni, de un predio denominado Lote B, de una superficie aproximada de 123,63 hectáreas, ubicado en Punta Larga, comuna de Frutillar; predio adquirido por compra al Sr. Oscar Kuschel y que tiene su deslinde Sur, con Arnoldo Kuschel, hoy su sucesión. Documento similar rola a fs. 54 y ss., pero como copia de inscripción de dominio de fs. 349 Vuelta N° 447 del Registro de Propiedad, correspondiente al año 1983 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, con certificado de vigencia de fecha 27 de marzo de 2017, dando cuenta de información similar.

- 3) A fs. 18 y ss., dos fotografías aparentemente del lugar de los hechos, sin fecha cierta ni coordenadas referenciales.
- 4) A fs. 24, certificado de avalúo correspondiente al Rol N° 241-9 de la comuna de Frutillar, del inmueble agrícola denominado «Santa Clara».
- 5) A fs. 25, copia de Formulario de Denuncia de Terceros, por Presuntas Infracciones a la Legislación Forestal, N° 102/10-7/16, de 19 de julio 2016, que da cuenta de denuncia del Sr. Felipe Molina Saavedra en contra de los Srs. Jerman José, Manfredo Arnoldo e Iris Inés, todos Kuschel Pohl, por corta de bosque nativo, en el predio rol N° 241-9, ubicado en el sector Punta Larga, de Frutillar.
- 6) A fs. 57 y ss., copia simple de sentencia pronunciada el 9 de diciembre de 2015, en causa Rol V-78-2015 caratulada «Cahis», del 23° Juzgado Civil de Santiago, que acredita que, con esa fecha, el tribunal indicado concedió a los Demandantes, en calidad de cónyuge sobreviviente e hijos, en su caso, la posesión efectiva de la herencia testada quedada al fallecimiento de Sr. Veniero Santiago Carlos Margozzini Calderoni, ocurrido el 23 de septiembre de 2014, cónyuge y padre, respectivamente, de los Demandantes.
- 7) A fs. 60, copia de la inscripción de dominio de fs. 562 Vuelta N° 826 del Registro de Propiedad correspondiente al año 2001 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, con certificado de vigencia de fecha 28 de febrero de 2017, que acredita que a dicha fecha los demandados Jerman José, Manfredo Arnoldo e Iris Inés, todos Kuschel Pohl, son dueños por sucesión por causa de muerte, en la parte no transferida, de las acciones y derechos que correspondían a su madre Ema Pohl Klenner en un retazo de terreno ubicado en Punta Larga de una superficie de 197 hectáreas y 50 áreas, cuyos deslindes son Norte, Germán Kuschel, vendido a Oscar Kuschel; este, Ricardo Schmidt; Sur, Armando Opitz; y Oeste, Armando Opitz y María Brintrup viuda de Wittwer; y cuyo rol de avalúo es el N° 241-9.
- 8) A fs. 62 y ss., obra Informe Técnico de Corta No Autorizada de Bosque Nativo N° 98/2008-7-/16, suscrito por los fiscalizadores de CONAF Sr. Fredy Omar Peña Ríos y Sr. Jorge Aichele Sagredo, de 1 de septiembre de 2016, referido al predio Rol de avalúo 241-9, a nombre de la sucesión Kuschel, en el que se señala como hechos constitutivos de la infracción que

*«en el lugar se pudo constatar la existencia de un pozo de lastre de aproximadamente 10 há, en las cuales la vegetación fue totalmente removida». Agrega que «debido a que no existen vestigios de la vegetación removida en el lugar donde se emplaza el pozo de lastre se procedió a realizar un muestreo del bosque circundante mediante el replanteo de parcelas con la finalidad de calcular el volumen por hectárea que presenta este tipo de bosque y extrapolarlo al área donde fue removido completamente».*

Consigna también que «en el recorrido por el área circundante al pozo de lastre se encontraron dos áreas donde recientemente se había cortado bosque nativo, las cuales presentaban una superficie de 0,23 y 0,17 hectáreas respectivamente». Además, en el documento citado se señala que, tras el recorrido y los muestreos,

*«una vez en oficina se recurrió a fotografías satelitales tomadas el año 2011 a fin de establecer la situación inicial del área alterada correspondiente al área alterada del pozo y se comparó con la situación actual determinándose la superficie cortada a tala rasa y que aún no prescribe para efectos legales, la que se estimó en 4,22 ha».*

*Sostiene, también, que «la madera correspondiente a las 4,22 ha. del pozo no se encuentra en el lugar. En las áreas de corta reciente, la madera se encuentra en el predio aun sin procesar y también en forma de leña, la que está arrumada en el predio».*

Respecto del volumen de corta de madera nativa en las áreas fiscalizadas, el informe las estimó en: 536,78 m<sup>3</sup> en el área del Pozo de Lastre, correspondiente a 4,22 hectáreas; 29,25 m<sup>3</sup> en la segunda área de corta, correspondiente a 0,23 hectáreas; y a 21,6 m<sup>3</sup> en la última área de corta, correspondiente a 0,17 hectáreas; todo lo que arroja -de acuerdo al informe- un volumen total de corta de 587,63 m<sup>3</sup> y un total de 4,62 ha afectadas. Todo lo que fue calculado -señala el informe- mediante el volumen extrapolado de las parcelas de muestreo realizadas en las áreas aledañas del pozo de lastre, que fue de 127,2 m<sup>3</sup>/ha. Agrega, finalmente, que entre las especies afectadas están: canelo, ulmo, luma, arrayán, coihue, avellano, además de otras como notro y melí; agregando que

*«los principales impactos es la deforestación de un área considerable para la habilitación de un pozo de lastre con la consecuente pérdida de bosque, la que no se encuentra abalada (sic) por ningún plan de manejo y además la pérdida de bosque debido a su corta para la producción de leña sin ningún criterio silvícola que permita asegurar la existencia del bosque ubicado en el predio».*

- 9) A fs. 66 y ss., copia de Informe elaborado para la Biblioteca del Congreso Nacional, titulado «Restauración Ambiental de Los Pozos Lastreros en la Legislación Comparada», elaborado por los señores Iván Couso, Pablo Morales, Leonardo Arancibia y Rafael Torres Muñoz. Investigadores Área de «Recursos Naturales, Ciencia, Tecnología e Industria». Asesoría Parlamentaria BCN, 1 de junio de 2009; en el que se expone la regulación de los pozos lastreros en las legislaciones de España, Canadá y Argentina, sobre la base de la obligación de la restauración de los suelos afectados, estableciendo planes de restauración y/o de garantías financieras y ambientales.
- 10) A fs. 83 y ss., copia de Memoria de Título para optar al título profesional de Ingeniero Agrónomo, Mención Manejo de Suelos y Aguas, titulada «Evaluación de coberturas en taludes en un suelo sometido a extracción de áridos», del Sr. Gabriel Aguirre Rojas, Escuela de Agronomía, Facultad de Ciencias Agronómicas, Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- 11) A fs. 123 y ss., Informe de Prueba «Demanda por Daño Ambiental causa Rol N° D-23-2016 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia», atribuido al Sr. Manuel Passalacqua Aravena, Ingeniero Civil en Geografía, Master en Gestión y Auditorías Ambientales, de 14 de marzo de 2017.

**Séptimo.** Que, al mismo punto, los Demandantes no rindieron prueba testimonial, ni de otro tipo que no fuera la documental previamente individualizada. Asimismo, como ya se indicó, la Demandada no compareció a la sustanciación del juicio, por lo que no rindió prueba alguna.

### **Prueba presentada al segundo punto de prueba**

**Octavo.** Que, respecto al segundo punto de prueba, referido a la «Efectividad que resultado del obrar de los demandados, se ha provocado afectación a los servicios ecosistémicos que provee el sector Punta Larga, comuna de Frutillar», los Demandantes rindieron la prueba documental que a continuación se detalla:

- 1) Copia autorizada de la inscripción de dominio de fs. 526 Vuelta N° 826 del Registro de Propiedad correspondiente al año 2001 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas con certificado de vigencia de fecha 25 de agosto de 2016, ya referida en el N° 1 del considerando Sexto precedente.
- 2) Copia autorizada de inscripción de dominio de fs. 350 Vuelta N° 447 del Registro de Propiedad, correspondiente al año 1983 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, con certificado de vigencia de fecha 25 de agosto de 2016, ya referida en el N° 2 del considerando Sexto precedente. Documento similar rola a fs. 54 y ss., pero como copia autorizada de inscripción de dominio de fs. 349 Vuelta N° 447 del Registro de Propiedad, correspondiente al año 1983 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, con certificado de vigencia de fecha 27 de marzo de 2017, dando cuenta de información similar; también referido en el N° 2 del considerando Sexto precedente.
- 3) Set de 2 fotografías, ya referidas en el N° 3 del considerando Sexto precedente.

- 4) Copia de Formulario de Denuncia de Terceros por Presuntas Infracciones a la Legislación Forestal N° 102/10-7/16 de fecha 19 de julio 2016, ya referida en el N° 5 del considerando Sexto precedente.
- 5) Copia simple de sentencia pronunciada el día 9 de diciembre del año 2015, en causa Rol V-78-2015 caratulada «Cahis», del 23° Juzgado Civil de Santiago, que otorga posesión efectiva a los Demandantes, ya referida en el N° 6 del considerando Sexto precedente.
- 6) Copia de la inscripción de dominio de fs. 562 Vuelta N° 826 del Registro de Propiedad del año 2001, del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, con certificado de vigencia de fecha 28 de febrero de 2017, ya referida en el N° 7 del considerando Sexto precedente.
- 7) Informe Técnico de Corta No Autorizada de Bosque Nativo N° 98/2008-7-716 suscrito por el Sr. Fredy Omar Peña Ríos y Sr. Jorge Aichele Sagredo, de 1 de septiembre del año 2016, ya referido en el N° 8 del considerando Sexto precedente.
- 8) Informe elaborado para la Biblioteca del Congreso Nacional «Restauración Ambiental de Los Pozos Lastreros en la Legislación Comparada», elaborado por los señores Iván Cousó, Pablo Morales, Leonardo Arancibia Rafael Torres Muñoz, ya referido en el N° 9 del considerando Sexto precedente.
- 9) Memoria de Título para optar al título profesional de Ingeniero Agrónomo, Mención de Suelos y Aguas, «Evaluación de Coberturas en taludes en un Suelo Sometido a Extracción de Áridos», del Sr. Gabriel Aguirre Rojas, ya referida en el N° 10 del considerando Sexto precedente.
- 10) Informe de Prueba «Demanda por Daño Ambiental causa Rol N° D-23-2016 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia», atribuido a Sr. Manuel Passalacqua Aravena, Ingeniero Civil en Geografía, Master en Gestión y Auditorías Ambientales, de 14 de marzo de 2017, ya referido en el N° 11 del considerando Sexto precedente.

**Noveno.** Que, al mismo punto, los Demandantes no rindieron prueba testimonial, ni de otro tipo que no fuera la documental previamente individualizada. Asimismo, como ya se indicó, la Demandada no compareció a la sustanciación del juicio, por lo que no rindió prueba alguna.

### **Prueba presentada al tercer punto de prueba**

**Décimo.** Que, respecto al tercer punto de prueba, referido a la *«Efectividad de la época o período desde el cual se produjo la manifestación evidente del daño ambiental demandado»*, la Demandante rindió la prueba que se indica a continuación:

- 1) Set de fotografías, ya referidas en el N° 3 del considerando Sexto y en el N° 3 del considerando Octavo, precedentes.
- 2) Informe Técnico de Corta No Autorizada de Bosque Nativo N° 98/2008-7-16, suscrito por el Sr. Fredy Omar Peña Ríos y Sr. Jorge Aichele Sagredo, de 1 de septiembre del año 2016, ya referido en el N° 8 del considerando Sexto y en el N° 7 del considerando Octavo, precedentes.
- 3) Informe de Prueba «Demanda por Daño Ambiental causa Rol N° D-23-2016 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia», atribuido a Sr. Manuel Passalacqua Aravena, Ingeniero Civil en Geografía, Master en Gestión y Auditorías Ambientales, de 14 de marzo de 2017, ya referido en el N° 11 del considerando Sexto y en el N° 10 del considerando Octavo, precedentes.
- 4) Copia de la inscripción de dominio de fs. 562 Vuelta N° 826 del Registro de Propiedad del año 2001, del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, con certificado de vigencia de fecha 28 de febrero de 2017, ya referida en el N° 6 del considerando Octavo y en el N° 7 del considerando Sexto, que anteceden. El Tribunal observa que a fs. 52 los Demandantes acompañaron este documento a los puntos de prueba números 1, 2 y 3. Este instrumento, por las razones que se exponen más abajo, corresponde a la misma copia de inscripción acompañada previamente por los Demandantes en su demanda (fs. 12); documento que en la audiencia de conciliación, prueba y alegaciones (fs. 177) fue presentado a los puntos de prueba números 1 y 2. En consecuencia, de acuerdo a lo dicho y observando el Tribunal que el documento en cuestión no resulta pertinente al esclarecimiento del presente punto de prueba, la inscripción de dominio de fs. 562 Vuelta N°

826 del Registro de Propiedad del año 2001, del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, se tendrá por presentada los puntos de prueba 1 y 2.

**Undécimo.** Que, al mismo punto, los Demandantes no rindieron prueba testimonial, ni de otro tipo que no fuera la documental previamente individualizada. Asimismo, como ya se indicó, la Demandada no compareció a la sustanciación del juicio, por lo que no rindió prueba alguna.

### Medidas para mejor resolver

**Duodécimo.** Que, el Tribunal estimó que habrían existido antecedentes que daban cuenta de una posible alteración de componentes ambientales, derivada de una actividad de extracción de áridos realizada en forma ilegal, por lo que, con la finalidad de precisar los alcances del posible daño en los componentes ambientales afectados, dictó medidas para mejor resolver (fs. 182 y ss.).

**Decimotercero.** Que, como resultado de la medida de oficiar a la I. Municipalidad de Frutillar, para que informare respecto de la existencia de otorgamiento de patentes por labores extractivas de áridos en el predio de los Demandados, dicha corporación edilicia informó que *«no se ha otorgado ni se ha solicitado Patente alguna desde el año 2010, ni antes de esa fecha, en el domicilio Fdo. Santa Clara S/N, de esta comuna, registrado bajo el Rut N° 53.000.410-4»* (fs. 299).

**Decimocuarto.** Que, dando cumplimiento a la medida de oficiar a CONAF, para que informe respecto del estado de la denuncia realizada por los Demandantes, dicha corporación adjuntó la denuncia efectuada ante el Juzgado de Policía Local de Frutillar, en autos rol N° 1867-2016, y la sentencia de primera instancia -no ejecutoriada en ese momento- dictada por aquel Tribunal en dicha causa (fs. 301 y ss.).

Estos antecedentes dan cuenta que la sentencia del Tribunal competente confirmó y dio por establecido el hecho de la corta de madera no autorizada denunciada por CONAF, lo que es coherente con la valoración efectuada por este Tribunal, en el número 6) del considerando Vigésimo segundo, del documento referido en el N° 8 del considerando Sexto, reiterado en el N° 7 de considerando Octavo y en el N° 2 del considerando Décimo (Informe Técnico de Corta No Autorizada de Bosque Nativo N° 98/2008-7-16).

Asimismo, la documentación indicada da cuenta que el Tribunal competente estableció que el volumen de extracción de bosque nativo fue el indicado en la denuncia respectiva, el que se fijó en 587,6 m3. Además, la sentencia indicada tuvo por establecida la responsabilidad infraccional del Sr. Jerman José Kuschel Pohl en la tala de bosque nativo a que se refiere dicha sentencia.

Antecedente previo al informe solicitado a CONAF, es el Informe Técnico de Corta No Autorizada de Bosque Nativo N° 98/2008-7- /16, de la CONAF, que da cuenta de la fiscalización realizada el 24 de agosto de 2016 por personal fiscalizador perteneciente a dicha entidad, donde se constató que en el predio de las personas naturales Demandadas existía un pozo de lastre de aproximadamente 10 ha. Asimismo, aquel servicio público constató que, en la superficie ocupada por el pozo indicado, así como en otras áreas cercanas, también ubicadas dentro del predio de las personas naturales Demandadas, la cubierta vegetacional fue totalmente removida en una superficie estimada en 4,62 ha, estableciéndose que se había cortado, al menos, un total de 587,63 m3 de ejemplares de bosque nativo siempre verde valdiviano. Del mismo modo, CONAF acreditó además que la corta de madera nativa no contaba con la autorización de la autoridad exigida por la ley; y, finalmente, se determinó mediante fotografía satelital que la época en la que se produjo la alteración del área del pozo ocurrió gradualmente desde enero del año 2011 al año 2016.

**Decimoquinto.** Que, dando cumplimiento a la medida de oficiar a la SMA, para que informe el estado de la denuncia que señalaron haber realizado los Demandantes, aquel organismo fiscalizador adjuntó la denuncia rol ID N° 1439-2016, presentada en contra de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, acompañando el expediente de denuncia (que rola en autos de fs. 200 a 260) y el Ord. N° 738, del Superintendente del Medio Ambiente (S) al Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, Región de Los Lagos (que rola en autos de fs. 261 a 297).

En lo pertinente a la presente causa, los referidos antecedentes dan cuenta de lo siguiente:

- 1) Que la denuncia ante la SMA, identificada con el rol ID N° 1439-2016, fue presentada por las mismas personas que actúan como Demandantes en la presente causa y se dirigió en contra de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, representada -según la denuncia- por los Srs. Jerman Kuschel Pohl y Carlos Naudam Cárdenas.



- 2) Que los hechos denunciados ante la SMA consistieron en la extracción de áridos, dejando un pozo de 13,4 ha en una profundidad de 25 m en un área boscosa, talando al menos 10 ha de bosque nativo con especies de arrayán, luma, melí, ulmo, coihue, canelo, avellano, entre otros, lo que afectaría la composición del suelo y los elementos bióticos de la zona.
- 3) Que, entre otros documentos -acompañados también en la presente causa y que acreditan la relación de los denunciantes con el predio en cuestión- el denunciante acompañó ante la SMA copia simple de inscripción societaria, del Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Varas, que comienza con la inscripción N° 1 relativo a extracto autorizado de la Constitución de la Sociedad por Acciones Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA (fs. 236 y 237 de autos), documento que da cuenta de la existencia de la referida empresa, de su integración por los socios Srs. Jerman Kuschel Pohl y Carlos Naudam Cárdenas, en partes iguales, de su domicilio ubicado en Frutillar y de su objeto, pero nada dice respecto de la representación de la Sociedad.
- 4) Que la SMA ofició a la Seremi de Salud de la Región de Los Lagos, a la Seremi de Agricultura de la misma región, al Director Regional de la CONAF de la misma región y al Alcalde de la Municipalidad de Frutillar, a fin de solicitar información relevante asociada a la actividad de extracción de áridos realizada por la empresa denunciada.
- 5) Que, en respuesta a la solicitud de información de la autoridad administrativa ambiental, la Seremi de Salud de la Región de Los Lagos, informó que en dicha Seremi *«no existen antecedentes ni registro que acrediten que dicha empresa haya tramitado y obtenido los permisos sanitarios para su sistema de abastecimiento de agua potable y su sistema de tratamiento y disposición de aguas servidas»*, agregando que *«tampoco existe registro que haya tramitado solicitud de calificación Industrial y/o informe Sanitario, necesarios para que la I. Municipalidad de Frutillar le otorgue patente comercial»*.
- 6) Que el Director Regional de la CONAF, Región de Los Lagos, informó a la SMA que producto de la denuncia efectuada ante aquella entidad, *«se llevó a cabo una fiscalización en terreno el día 24 de agosto de 2016, detectándose una infracción a la legislación forestal vigente, por corta no autorizada de bosque nativo»*; agregando el informe del Director Regional de la CONAF que dicha infracción *«involucra una superficie de bosque nativo de aproximadamente 4,62 ha, un volumen de madera de aproximadamente 587,63 metros cúbicos y una multa propuesta de \$42.309.360»* (fs. 249), y que dichos antecedentes *«fueron puestos en conocimiento del Juzgado de Policía Local de Frutillar, denunciándose a la Sucesión Kuschel Pohl y todos Quienes Resulten Responsables»* (sic). Acompañó además copia de la denuncia, del Informe Técnico de Corta No Autorizada de Bosque Nativo N° 98/2008-7-/16, set de diez fotografías en las que se aprecia actividad de corta de bosque, indicándose que dichas fotografías corresponden al sector Punta Larga de Frutillar y al día 30 de septiembre de 2016; y dos imágenes digitales tomadas de Google Earth que corresponderían al mismo predio y que permiten comparar mediante vista satelital el estado del bosque entre enero de 2011 y agosto de 2016.
- 7) Que, con motivo de la denuncia de extracción de áridos desde el Fundo Santa Clara, Frutillar, el Superintendente del Medio Ambiente (S) ofició al Director Regional del SEA Región de Los Lagos (Ord. N° 738, de 16 de marzo de 2017), indicando que la SMA efectuó una fiscalización en terreno el día 20 de enero de 2017, en la que -según señala el documento- se constató,  
*«-en base a la facturación del titular- que el proyecto, contempla extracción de un volumen de 211.038,78 m3, por sobre el límite reglamentario. Además, que este se encuentra emplazado en una superficie de aproximadamente 3,71 há». El Oficio referido agregó que «en terreno, los fiscalizadores verificaron que la actividad se encuentra en etapa de operación, la que consiste en la extracción del árido, chancado, lavado y selección. También, se observó afectación de bosque nativo, en particular especies como el arrayán, luma, metí, ulmo, coihue, canelo, avellano, entre otros».*
- 8) Además, el oficio referido deja constancia que, de la fiscalización en terreno efectuada por la SMA, *«se concluye que el área que ha sido intervenida, corresponde a un total de 3,71 has, y que desde el año 2013 a la fecha, se ha constatado una superación de 211.038,78 m3, de extracción de áridos. De esta manera, en atención al volumen de extracción, el proyecto se enmarca dentro*



del listado del artículo 3 literal i.5.1) del Reglamento del SEIA vigente, catalogado como un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental como resultado de su operación, y que no ha sido calificado ambientalmente». Agregándose que hasta la fecha del Ord. N° 738 (17 de marzo de 2017) no se ha registrado ingreso del proyecto al SETA, por lo que, previo a requerir al titular, se solicitó el pronunciamiento del SEA, en conformidad a lo dispuesto en el art. 3° letra i) de la LOSMA.

- 9) Que, frente al oficio Ord. N° 738/2017, referido, el Director Regional del SEA Los Lagos informó al Superintendente del Medio Ambiente, mediante oficio Ord. N° 143, de 23 de marzo de 2017, señalando, entre otros aspectos, que, en consideración a *«los antecedentes constatados en la actividad de fiscalización de 20 de enero de 2017 y que constan en el informe de fiscalización ambiental Requerimiento de Ingreso al SEIA, Expediente DFZ- 2017-64-X-SRCA-EI, y sus anexos»*, esa Dirección Regional coincide con lo planteado por el Superintendente del Medio Ambiente (S),

*«ya que la actividad desarrollada por Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA requiere ingresar obligatoriamente al SEIA, (...) ya que corresponde a una extracción industrial de áridos en pozo o cantera en un volumen total superior a 100.000 m3 de material removido a la fecha».*

- 10) Que, el 6 de abril de 2017, la SMA dictó la resolución exenta N° 272, mediante la que «se confiere traslado al titular del proyecto “Fábrica de Cemento Génesis SpA” para que en el plazo de 15 días hábiles, haga valer las observaciones o alegaciones que estime pertinente, frente al requerimiento de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental que se hará al proyecto Fábrica de Cemento Génesis SpA», la que fue notificada personalmente el 7 de junio de 2017 al Sr. Jerman José Kuschel Pohl, entregándole copia fiel de los antecedentes, quien recibió y aceptó conforme, dejando constancia de ello con su firma, de acuerdo a lo atestado por el ministro de fe que practicó la diligencia de notificación.
- 11) Que, entre otros aspectos, en el Expediente DFZ-2017-64-X- SRCA-EI, los funcionarios encargados de la fiscalización, consignaron en el acta respectiva los siguientes hechos constatados en terreno:
- a) «Durante el transcurso de la actividad se pudo constatar que había maquinaria operando y extrayendo material además del retiro de material por parte de camiones» (fs. 280).
  - b) «Se constató el acopio de residuos (aceites, lubricantes, neumáticos, tambores de combustible, material contaminado con hidrocarburos), en un sector del pozo sin ninguna medida para su control» (fs. 280).
  - c) «El proceso de extracción involucra: extracción de áridos, chancado, lavado y selección (grava, gravilla, arena)» (fs. 280).
- 12) Que, en el mismo Expediente de Fiscalización, DEZ-2017-64- X-SRCA-EI, los funcionarios encargados de la fiscalización, consignaron que se realizó examen de información a los datos obtenidos en terreno por la SMA, agregando que:

*«Del análisis efectuado en gabinete se establecen los siguientes hechos:*

- *De la revisión de las facturas N° 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 869, 870, 871 y 872 todas emitidas a nombre de la Sucesión Áridos Arnoldo Kuschel Gerdes se constató la venta durante el año 2013 de un total de 46.068 m3 de áridos (ver Tabla 1) (sic).*
- *De la revisión de las facturas N° 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879 (emitidas a nombre de la Sucesión Áridos Arnoldo Kuschel Gerdes) y de las facturas N° 9, 13, 17, 19 y 21 a nombre de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA. se constató la venta durante el año 2014 de un total de 48.673,5 m3 de áridos.*
- *Las facturas N° 24, 25, 26, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 45, 46, 47, 48, 53, 54, 57 y 59 dan cuenta de la venta en el año 2015 de un total de 60.101 m3 de áridos por parte de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA. (ver Tabla 3) (sic).*

- *Para el año 2016 se constató la venta de 49.811,78 m<sup>3</sup> de áridos, los cuales se encuentran amparados en las facturas N° 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 78, 79, 81, 82, 87, 88, 91, 92, 93, 95, 96, 100, 101, 104, 105, 109 y 110 a nombre de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA (ver Tabla 4) (sic).*
- *En el mes de enero 2017 se verificó la venta de 6.384,5 (sic) mediante las facturas n° 112 y 113.*
- *El volumen total de áridos extraídos para el periodo comprendido entre enero 2013 a enero 2017 es de 211.038,78 m<sup>3</sup>.*
- *Que, el resultado del análisis de los puntos levantados en terreno dio como superficie intervenida 3,71 hás (ver imagen 3) (sic) a las cuales se les restó la superficie contenida en los polígonos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 (ver Imagen 4) (sic); que realizado este ejercicio el área afectada es de 3 has aproximadamente.*
- *Que, existe una alta correlación entre los datos de la superficie intervenida y la profundidad promedio medida que fue 7,5 m, que llevado a volumen arroja un valor de 225.000 m<sup>3</sup> (30000 m<sup>3</sup> x 7,5 m) con los datos de ventas de áridos (facturados para el periodo enero 2013 a enero 2017)» (fs. 281).*

**Decimosexto.** Que, dando cumplimiento a la medida de oficiar a la DGA de la Región de los Lagos, para la realización de informe pericial, respecto de la eventual alteración de los niveles freáticos del pozo de los Demandantes, su Director Regional remitió pericia técnica, elaborada por el Jefe de la Unidad de Fiscalización y Medio Ambiente, Sr. Leonardo Vega Ibáñez, quien señaló que se verificó una excavación en terreno particular de aproximadamente 85.000 m<sup>2</sup>, con profundidades variables entre 6 y 12 m aproximadamente. Agregó que a la fecha (20 de junio de 2017), dicho Servicio no había recibido denuncias relacionadas con disminuciones del nivel freático producto de otras extracciones de agua subterránea. Concretamente, respecto de una eventual disminución de los niveles freáticos del pozo de los Demandantes, señaló que

*«[...] no es posible determinar con certeza si el pozo de la demandante corresponde efectivamente a una noria o a un pozo profundo, pues no existen antecedentes que permitan establecer que dicha extracción de aguas subterráneas cuente con derecho de aprovechamiento y, por consiguiente, no se conoce las pruebas de bombeo correspondientes, que permitan conocer los descensos de niveles ante extracción por bombeo, ni se puede establecer fehacientemente si el radio del cono de depresión es superior a 500 metros, correspondiente a la distancia que se encontraría la extracción de áridos» (fs. 317).*

Agregó el perito que,

*«[...] respecto a la presunta afectación de la vertiente, en el Catastro Público de Aguas tampoco figuran derechos de aprovechamiento de aguas superficiales a favor de la demandante, por consiguiente, se desconoce su caudal natural o las variaciones estacionales de esta» (fs. 317). Finalmente, concluyó que «[...] en base a los antecedentes tenidos a la vista no es posible asegurar o descartar que las labores de extracción de áridos por parte de la demandada influyan sobre el nivel de agua del pozo de la parte demandante, principalmente porque no existen antecedentes que permitan suponer que cuenta con el correspondiente derecho de aprovechamiento de aguas» (fs. 318).*

Por último, el perito indicó que,

*«[...] en la zona de extracción de áridos no se visualizan drenajes ni se constató la extracción de aguas de carácter consuntivo, lo que de ocurrir pudiese contribuir a la disminución de los niveles de agua existentes en el sector» (fs. 318).*

**Decimoséptimo.** Que, dando cumplimiento a la medida de oficiar a la Dirección Regional del SERNAGEOMIN de Los Lagos, para la realización de informe pericial, sobre una eventual alteración hidrogeológica en los predios vecinos al lugar de extracción de áridos, en el sector de Punta Larga, de la comuna de Frutillar, se remitió pericia técnica de la Sra. Rosa Troncoso Vásquez, geóloga de dicha entidad, quien señaló que técnicamente se pueden distinguir dos aspectos que modificarían las características naturales del acuífero presente en el lugar y que

pueden ser considerados como una alteración hidrogeológica, estos son la modificación del nivel piezométrico del agua subterránea y la modificación de la vulnerabilidad del acuífero a la contaminación.

Respecto del primero de los elementos mencionados, el informe pericial señaló que, «[...] de acuerdo a lo observado en terreno, no existiría una depresión del nivel de agua subterránea debido a extracción de agua, que pudiera afectar a predios vecinos». Agregó que, «[...] no obstante, de existir drenaje o uso del agua del pozo sin retorno al acuífero (uso consuntivo), en algún momento o periodo del año, esto podría producir el descenso del nivel de agua subterránea en pozos vecinos, debido a que las faenas de extracción de áridos han alcanzado el nivel del agua subterránea de un acuífero libre de alta importancia y potencial hidrogeológico». Continuó el peritaje señalando que, «[...] sobre la base de los antecedentes disponibles, no se puede comprobar que exista un descenso del nivel piezométrico del agua subterránea en predios vecinos debido al aumento de la evaporación en el sitio de la faena». Agregó que, «[...] sin embargo, teóricamente, la evapotranspiración en las condiciones originales del predio y la pérdida de agua desde el acuífero por evaporación desde una superficie de agua libre, como es, en parte, la condición actual, debieran ser del mismo orden de magnitud, por lo que no se considera que este sea un factor relevante en el descenso del nivel». Finalmente, sobre este mismo punto, el peritaje señaló que, «[...] por el contrario, se considera un factor relevante en el descenso de los niveles de agua subterránea en toda la región, especialmente durante los meses de abril y mayo, la disminución de las precipitaciones estivales durante los últimos años (2013-2016)».

Por otro lado, respecto del segundo de los elementos, señaló el referido informe pericial, que «[...] las faenas de extracción de áridos han producido un aumento de la vulnerabilidad a la contaminación del acuífero por remisión de la zona no saturada sobreyacente, lo que implica dejar expuesto el nivel freático». Esto, señaló el informe, «[...] aumenta la posibilidad de que el acuífero sea contaminado y, en tal caso, de acuerdo con los antecedentes hidrogeológicos disponibles, el deterioro de la calidad del agua afectaría principalmente a los predios localizados hacia el este, es decir, en el sentido de escurrimiento de aguas subterráneas y eventualmente, en el largo plazo, podría alcanzar al lago Llanquihue, lugar de descarga de las aguas subterráneas». Finalmente, señaló que «[...] la existencia de contaminación del agua subterránea, actualmente, en el sitio de la faena y que pudiera extenderse hacia los predios vecinos, es un tema que se encuentra fuera del alcance de dicho informe» (fs. 334).

**Decimoctavo.** Que, dando cumplimiento a la medida de Oficiar a la Dirección Regional de Vialidad de Los Lagos, para que elabore pericia, respecto de los metros cúbicos totales extraídos en el predio de los demandados, desde el año 2014 a la fecha, el Director Regional remitió pericia técnica, elaborada por el funcionario de dicha entidad, Ingeniero Geomensor, Sr. Rodrigo Gallardo Rosse, en la que, tras explicar el método de cubicación utilizado, consistente en el método de Superposición de Modelos Digitales de Terreno (MDT) mediante software Autocad Civil 3D, se determinaron tres modelos digitales de terreno: el existente al momento de la pericia (19 de junio de 2017), el original del terreno no excavado y el que corresponde a enero de 2014; a partir de cuya superposición se determinó el volumen total de material extraído hasta enero de 2014 y luego desde enero de 2014 a junio de 2017. De esta forma, el volumen de material extraído a enero de 2014 se estimó en 408.562 metros cúbicos; mientras que el cálculo del volumen extraído desde el inicio al 19 de junio de 2017 se estimó en 654.395 metros cúbicos; siendo el cálculo de volumen extraído desde enero de 2014 a junio de 2017 de 245.833 metros cúbicos (fs. 344).

**Decimonoveno.** Que, en el caso de las pericias reseñadas en los considerandos Decimosexto, Decimoséptimo y Decimoctavo, esto es, de la Dirección de Aguas, de SERNAGEOMIN y de la Dirección de Vialidad, estas dan razón fundada de sus conclusiones y se ajustan a los métodos y principios de las respectivas disciplinas, lo que permite tener por acreditados los aspectos técnicos sobre los que ellos informan. Lo mismo ocurre con los informes de fiscalización referidos en los considerandos Decimocuarto y Decimoquinto, realizados respectivamente por funcionarios de CONAF y de la SMA, con potestades administrativas de fiscalizar en terreno actividades en el ámbito de sus funciones, a los que sus respectivas leyes orgánicas reconocen el valor de presunción a los hechos consignados en las respectivas actas de fiscalización. Así también, respecto de los documentos reseñados en los considerandos Decimotercero y Decimocuarto, emanado, el primero, de autoridad administrativa municipal y, el segundo, correspondiendo a una sentencia judicial, lo que permite presumir la veracidad de los hechos a los que ellos se refieren.

**Vigésimo.** Que, como resultado de la Inspección Personal del Tribunal, llevada a efecto el 13 de junio de 2017, se pudo constatar que en el Fundo Santa Clara ubicado en el sector Punta Larga, comuna de Frutillar, Región de Los Lagos (Rol de Avalúo Fiscal N°241-9), existe un pozo de extracción de áridos que corresponde a un área

intervenida de aproximadamente 9 ha, según el cálculo realizado por el Tribunal con imagen Google Earth de 12 de abril de 2017.

## **E. Valoración de la prueba**

### **Prueba que será desechada**

**Vigésimo primero.** Que, el Tribunal desechará los siguientes documentos, por las razones que indica:

- 1) El documento referido en el N° 6 del considerando Sexto, reiterado en el N° 5 del considerando Octavo, para dar fe de la calidad de sucesores de los Demandantes respecto de su causante Sr. Veniero Margozzini Calderoni, se excluye del segundo punto, por no aportar nada respecto de este.
- 2) Las fotografías referidas en el N° 3 del considerando Sexto, reiteradas en el N° 3 del considerando Octavo y en el N° 1 del considerando Décimo, por sí mismas no tienen mérito probatorio suficiente para acreditar los puntos a los que fueron presentadas, por carecer de información georreferencial y de fecha cierta, por lo que no serán consideradas.
- 3) El documento referido en el N° 5 del considerando Sexto y N° 4 del Considerando Octavo, solo da fe del hecho que el abogado de los Demandantes interpuso una denuncia por los hechos que allí se indican, los que son similares a los de autos, pero no acredita la efectividad de los hechos denunciados.
- 4) Los documentos referidos en los N° 9 y N° 10 del considerando Sexto, reiterados, respectivamente, en los N° 8 y 9 del considerando Octavo, ambos, al no referir en particular a la prueba de los daños demandados a fs. 1 y ss., serán desestimados, constituyendo solo un antecedente de carácter técnico, no vinculante a los puntos presentados.
- 5) El documento referido en el N° 11 del considerando Sexto, reiterado en el N° 10 del considerando Octavo y en el N° 3 del considerando Décimo, será desechado por no constar en él la autoría del profesional al que se atribuye, a través de rúbrica o a través de la declaración testimonial de su supuesto autor, por lo que, este Tribunal estima que dicho documento no tiene la aptitud mínima para producir fe, siquiera, respecto de que lo informado sea de la autoría del especialista a quien se atribuye, por lo que será descartado.

### **Determinación de los hechos**

**Vigésimo segundo.** Que, por tanto, analizados los antecedentes previamente referidos, sumados a la prueba rendida en autos por los Demandantes, es posible —realizando un balance de probabilidades— tener por acreditados los siguientes hechos:

- 1) Los Demandados Sr. Jerman Kuschel Pohl, Sr. Manfredo Kuschel Pohl y la Sra. Iris Kuschel Pohl, son propietarios del fundo «Santa Clara», ubicado en la comuna de Frutillar, Región de Los Lagos, Rol de avalúo N° 241-9.
- 2) Tanto el predio de propiedad de los Demandados Srs. Kuschel Pohl, como aquel que pertenecería a los Demandantes, ubicados en sector Punta Larga, comuna de Frutillar, son colindantes.
- 3) El demandado Sr. Jerman Kuschel Pohl, además es socio de la empresa demandada Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, y, aun cuando, en los hechos, se ha comportado como representante de ésta, al recibir y aceptar la notificación personal de la denuncia interpuesta en contra de dicha fábrica, practicada por la SMA, según da cuenta el documento de fs. 297, no consta en autos que sea el representante legal de dicha persona jurídica, por lo que, como se indica en los considerandos Vigésimo sexto y Vigésimo séptimo, en autos no se encuentra acreditado que dicha persona jurídica demandada haya sido debidamente emplazada en el presente juicio.

- 4) En el referido inmueble, tanto la sucesión Kuschel, integrada por las personas naturales demandadas, como Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, han explotado comercialmente los áridos existentes en el predio.
- 5) Dicha actividad de extracción de áridos se ha desarrollado gradualmente, al menos desde enero del año 2011 hasta la fecha de la demanda, continuándose, incluso, después de la fecha de esta última, según consta del Expediente de Fiscalización acompañado de fs. 272 a fs. 296 y del Informe Pericial acompañado de fs. 337 a 345.
- 6) La actividad comercial de explotación de áridos generó una excavación de profundidad variable, la que va entre los 6 y los 12 metros; cubriendo una superficie que distintos servicios han estimado en 3,71 hectáreas (SMA), 8,5 hectáreas (peritaje del Jefe de la Unidad de Fiscalización y Medio Ambiente de la Dirección Regional de Aguas Región de Los Lagos) y 10 hectáreas (CONAF), diferencias que se explican porque los distintos servicios han tomado fechas diferentes para la realización de los respectivos cálculos. En el caso de la mínima estimación, efectuada por la SMA, el cálculo del área intervenida se efectuó teniendo presente solo desde el año 2013 a enero de 2017, según consta a fs. 248, 262, 284 y 286 de autos; mientras que, en el caso de la máxima estimación, efectuada por la CONAF, el cálculo se efectuó ponderando un periodo mayor, el que va desde enero 2011 a agosto de 2016, según consta en el considerando Decimocuarto. Sobre este punto de hecho, este Tribunal estima que lo que se ajusta más a la entidad y naturaleza del daño es la determinación de la superficie teniendo en cuenta todo el periodo, por lo que se establecerá el área intervenida en 9 hectáreas, cálculo efectuado por este Tribunal mediante imagen Google Earth de 12 de abril de 2017, de acuerdo a lo indicado en el considerando Vigésimo.
- 7) Que, respecto del volumen de material extraído, las cifras de mediciones efectuadas por dos servicios también difieren, lo que -al igual que el caso anterior- es el resultado de las distintas fechas que se han considerado para efectuar los cálculos respectivos. En este sentido, la SMA estimó en 211.038,78 m<sup>3</sup> el volumen de áridos extraídos para el periodo comprendido entre enero 2013 a enero 2017; mientras que la Dirección Regional de Vialidad Los Lagos, la estimó en 654.395 m<sup>3</sup>, incluyendo el periodo de que va desde el inicio de la intervención hasta el 19 de junio de 2017. Por lo tanto, teniendo en cuenta la entidad y naturaleza del daño que se discute en autos, este Tribunal estará a la cifra entregada por Vialidad, pues es esta la que da cuenta de la magnitud total de la intervención en el sitio en cuestión.
- 8) Que, como resultado de la explotación comercial de los áridos en el predio de propiedad de las personas naturales demandadas, se generó la destrucción y pérdida del suelo subyacente y de la cubierta vegetacional sustentada en el área en la que se desarrolló dicha explotación, con la consiguiente pérdida de especies nativas cuyo soporte de vida lo constituía el suelo que había en el sector en que se llevó a cabo dicha actividad. Entre las especies nativas se encontraban individuos de ulmo, canelo, coihue, luma, arrayán, avellano, notro y melí, algunas de ellas explotadas como leña en un volumen estimado en 587,63 m<sup>3</sup>.
- 9) Tanto la actividad comercial principal -explotación de áridos- como la secundaria -explotación de leña-, no cuentan con las autorizaciones legales correspondientes ni han dado inicio a la tramitación de estas. Así lo informaron respectivamente la Ilustre Municipalidad de Frutillar y CONAF y fue confirmado por la SMA. De esta forma, no existe permiso o patente de la I. Municipalidad de Frutillar que ampare la explotación comercial de áridos. Tampoco existe autorización de CONAF que permita la explotación de madera nativa. Tampoco existe, de acuerdo a lo informado por la Seremi de Salud competente, permiso sanitario alguno otorgado por la autoridad sanitaria para el sistema de abastecimiento de agua potable y el de tratamiento y disposición de aguas servidas, necesarios para la explotación referida. Finalmente, tampoco existe evaluación ambiental, por lo tanto, la actividad comercial de explotación de áridos tampoco cuenta con Resolución de Calificación Ambiental que se pronuncie sobre dicha actividad, tal como se acreditó mediante la información acompañada por la SMA.

**Vigésimo tercero.** Que, no obstante lo anterior, en autos no se acreditó un daño efectivo al componente agua alegado por las Demandantes, pero sí un riesgo o peligro derivado de la actividad de extracción de áridos. Así se desprende del análisis de la pericia técnica realizada por el Jefe de la Unidad de Fiscalización y Medio Ambiente de la Dirección Regional de Aguas de la Región de Los Lagos, quien señaló que no existen antecedentes en el Catastro Público de Aguas, que permitan asegurar o descartar que las labores de extracción de áridos influyan sobre el nivel de agua del pozo de los Demandantes. Es decir, no hay antecedentes o registros previos que permitan comparar la situación anterior a la extracción con la situación posterior a la extracción de áridos.

Por su parte, mediante la pericia de la profesional geóloga de la Oficina Técnica Puerto Varas de SERNAGEOMIN, al analizar el primero de los elementos que configuran una alteración hidrogeológica, esto es el nivel piezométrico del agua subterránea, se confirmó que no existían antecedentes de una depresión del nivel de agua subterránea que pudiese afectar a los predios vecinos. Sin embargo, dicho informe dio cuenta de un doble riesgo generado por la actividad en cuestión. El primero consiste en que, bajo condiciones de drenaje o uso de agua sin retorno al acuífero, se podría producir el descenso en el nivel de pozos vecinos en algún periodo del año; lo que, por simple lógica y de acuerdo a las razones científicas que sustentan el informe citado, se explicaría causalmente porque las faenas de extracción de áridos han alcanzado el nivel del agua subterránea. En este contexto, este Tribunal comparte las conclusiones de la pericia en comentario, en el sentido que la disminución de las precipitaciones estivales, es un factor relevante -a diferencia de la evapotranspiración- que podría llevar a una disminución en el nivel piezométrico del agua subterránea de toda la zona; y considera que el alumbramiento del acuífero, producto de la excavación podría alterar el nivel piezométrico del acuífero, si es que se extrae agua desde el mismo, lo que podría actuar sinérgicamente con la disminución de la recarga, en caso de que la extracción se realice en períodos estivales o de escasas precipitaciones.

El segundo riesgo causado por la extracción de áridos consiste en la vulnerabilidad del acuífero a la contaminación. En este sentido, la pericia en comentario da cuenta de la existencia de un riesgo al medio ambiente, en su componente agua, generado por las faenas de extracción de áridos. En este sentido, este Tribunal tiene por acreditado que se ha «[...] producido un aumento de la vulnerabilidad a la contaminación del acuífero por remisión de la zona no saturada sobreyacente, lo que implica dejar expuesto el nivel freático». Es decir, con ello se aumentó la posibilidad de que el acuífero sea contaminado, aunque, como es lógico, cualquier deterioro de la calidad del agua afectaría a los predios localizados hacia el este, en el sector de Punta Larga, Frutillar, que es el sentido en el que escurren las aguas subterráneas y eventualmente, en el largo plazo, -como sostiene la pericia en comentario- podría alcanzar al lago Llanquihue, que es el lugar de descarga natural de las aguas subterráneas.

## **F. Sobre la legitimación activa y pasiva; y del emplazamiento de los Demandados**

**Vigésimo cuarto.** Que la legitimación activa es un requisito para la admisibilidad de la acción en la sentencia, para el caso que exista calidad o identidad de la persona del actor con aquél favorecido por el legislador en la norma invocada. Por su parte, la legitimación pasiva supone la calidad o identidad de la persona del demandado con el obligado por el legislador según la norma invocada.

En cuanto a la legitimación activa, el art. 54 LBGMA, en lo que interesa, dispone:

*«Son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio [...]».*

Similar criterio se reitera en la Ley 20.600 cuando autoriza la intervención como parte en las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, a «[...] las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio [...]» (art. 18 N°2).

En los autos, los Demandantes solicitaron que se declare la responsabilidad de los Demandados por daño ambiental causado por una extracción ilegal de áridos, disponiéndose su reparación. Acusaron una supuesta afectación a los componentes agua, suelo, bosque y aire del lugar de la extracción, como también un excesivo drenaje en el terreno de los Demandantes (fs. 4 y 5).

De los antecedentes del proceso, estos sentenciadores observan un interés directo de los demandantes en la reparación del daño y una vinculación inmediata con el medio ambiente que se considera perjudicado. Se aprecia, sin evidencia en contrario, la existencia de una relación de vecindad entre el terreno de la explotación de áridos, y aquel que pertenecería a los demandantes. Así, los efectos del daño ambiental imputado a los Demandados, a juicio de estos sentenciadores, podrían alcanzar a extenderse a los Demandantes, en tanto



interactúan permanentemente con el ecosistema que abarca, al menos, la localidad de Punta Larga en la comuna de Frutillar; o, lo que es lo mismo, los Demandantes pueden sufrir el daño o perjuicio —que se ponderará más adelante—, como lo requieren los arts. 54 LBGMA y 18 N° 2 LTA.

En abono de lo anterior, el Tribunal observa que los Demandantes serían propietarios en comunidad hereditaria del predio que estiman afectado, el que deslindaría hacia el Sur con el predio de propiedad de señores Kuschel Pohl, y que, conforme lo informado en presentación de fs. 171 y ss., las acciones y derechos correspondientes a un retazo vendido por la sucesión Kuschel Pohl a un tercero (Agrícola BF Ltda.), no limitarían con el predio de los Demandantes. Así se evidencia

en los documentos acompañados a fs. 12 y ss., el que fue reiterado a fs. 60 a 61, a fs. 14 y ss., y a fs. 57 y ss. Con lo dicho, el Tribunal tendrá por establecida la legitimación activa de los Demandantes, al existir identidad entre éstos con el titular favorecido en la ley.

En cuanto a la legitimación pasiva del Sres. Jerman José, Manfredo Arnoldo, y Sra. Iris Inés, todos Kuschel Pohl, aun cuando no contestaron la demandada, de los antecedentes del proceso estos sentenciadores aprecian que tuvieron intervención o vinculación con el hecho basal de la demanda. En consecuencia, a juicio de estos sentenciadores, se cumplen los requisitos de procesabilidad en contra de dichas personas, constituyéndose en legítimos contradictores.

**Vigésimo quinto.** Que, no obstante lo anterior, respecto de la persona jurídica demandada, Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, sobre la cual los Demandantes no han presentado en autos prueba alguna que acredite siquiera su existencia; y no obstante lo que emana de las medidas para mejor resolver, según se expondrá más adelante, que solo acreditan la existencia, domicilio, duración, giro e integración de la referida sociedad; sin embargo, no consta en autos antecedente alguno que acredite que efectivamente la persona natural que fue notificada en autos por dicha persona jurídica sea su representante legal.

**Vigésimo sexto.** Que, por lo expresado precedentemente, no consta en autos que Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA haya sido correctamente emplazada en el presente juicio, lo que impide a este Tribunal pronunciarse sobre el fondo de la pretensión de condena de los Demandantes en contra de esa empresa. En efecto, la pretensión busca imponer una obligación a Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, y no solo incumbe probar la existencia de la obligación a quien la alega, sino que además, como ha señalado la Excm. Corte Suprema en sentencia recaída en los autos Rol N° 88.987-2016, debe demostrarse la legitimación directa, propia u ordinaria (*legitimatio ad causam*), tanto activa como pasiva, lo que en autos no ha sucedido respecto de la empresa señalada, toda vez que, durante la tramitación del juicio, no se ha acreditado por los Demandantes que la persona señalada como representante legal de la sociedad demandada sea quien la representa en conformidad a la ley y a sus estatutos.

**Vigésimo séptimo.** Que, por lo expresado precedentemente, y no habiéndose acreditado que la demandada Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA tomó conocimiento de la acción en su contra por medio de notificación a su representante legal, se le tendrá por no emplazada para todos los efectos legales.

## **G. De la responsabilidad ambiental**

**Vigésimo octavo.** Que, sobre la base de los hechos determinados precedentemente, y a efectos de resolver si la Demandada está o no obligada a reparar el daño ambiental que se le imputa, se analizarán los elementos de la responsabilidad por daño ambiental.

### **Daño ambiental**

**Vigésimo noveno.** Que, de acuerdo al art. 3° LBGMA, «todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo»; lo que es reiterado por el art. 51 de la misma norma, al señalar que «todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley», de lo que se desprende que, para estar frente a la obligación de reparar, debe existir un daño ambiental y que este sea consecuencia de un actuar doloso o culposo del Demandado.

**Trigésimo.** Que, a su vez, el daño ambiental es definido normativamente, en el art. 2° letra e) de la LBGMA, como «toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o



más de sus componentes»; mientras que, el medio ambiente es conceptualizado en la letra 11) del art. 2° de la misma ley, como:

*«el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones».*

**Trigésimo primero.** Que, en la especie, se encuentra acreditado que en el predio de propiedad de las personas naturales demandadas, esto es en el Fundo Santa Clara, ubicado en la comuna de Frutillar, Rol de avalúo N°241-09, tanto la Sucesión Kuschel, integrada por todas las personas naturales demandadas, como Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis Spa, integrada por una de las personas naturales demandada, han llevado a cabo la explotación comercial de los áridos que se encuentran en el suelo de dicha propiedad, generando un pozo de aproximadamente 9 ha de superficie y de una profundidad variable que va entre los 6 y 12 m, con la consecuente remoción de suelo y destrucción de la cubierta vegetal, que incluye la pérdida o destrucción de bosque nativo, compuesto por individuos de especies, tales como ulmo, coihue, arrayán, luma, entre otros, que han sido explotados como leña en un volumen estimado en 587,63 m<sup>3</sup>.

Todo lo anterior, sin perjuicio del aumento del riesgo de descenso en el nivel de agua de pozos vecinos y de contaminación del agua subterránea, al dejar expuesto el nivel freático de las aguas subterráneas.

**Trigésimo segundo.** Que, todo lo anterior representa una pérdida o detrimento significativo al medio ambiente en sus componentes suelo y bosque, en tanto estos brindan servicios ecosistémicos de soporte a la vida silvestre en sus diversas manifestaciones, el que se ha perdido en el sitio intervenido con la actividad de extracción de áridos, provocando, entre otros efectos:

- 1) La desaparición del hábitat natural de especies como los invertebrados que proporcionan servicios ecosistémicos como la polinización de cultivos y flores silvestres;
- 2) La alteración del ciclo de nutrientes, principalmente de Carbono, Nitrógeno y Fósforo producto de la desaparición del suelo en el sitio intervenido, específicamente sus horizontes O, A y B; y, por ende, de su fertilidad; y
- 3) La afectación de las tramas tróficas vinculadas directa e indirectamente a las especies vegetales y al suelo eliminados por la extracción de áridos en el sitio de explotación ya referido.

A ello, se suman los ya descritos riesgos de disminución de caudal y contaminación de las aguas subterráneas, generados a consecuencia de la exposición del nivel de estas.

### Relación causal

**Trigésimo tercero.** Que, el daño descrito en los considerandos Trigésimo primero y Trigésimo segundo precedentes es consecuencia directa de la explotación de áridos, efectuada en el predio de propiedad de las Demandadas.

En efecto, la explotación de áridos desde el pozo de lastre en el predio de propiedad de las personas naturales demandadas, explotación que -como ya se indicó- se efectuó por las mismas personas naturales demandadas como integrantes de la sucesión Kuschel y como por Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, en el volumen y extensión temporal durante la cual fue realizada, fue el elemento material y factor substancial del daño constatado.

La excavación profunda realizada a propósito de la explotación comercial del pozo de lastre, abarcó 9 ha, y significó extraer una cantidad de áridos que produjo, como se estableció,

*«[...] la destrucción y pérdida del suelo subyacente y de la cubierta vegetal sustentada en el área en la que se desarrolló dicha explotación, con la consiguiente pérdida de especies nativas cuyo soporte de vida lo constituía el suelo que había en el sector en que se llevó a cabo dicha actividad» (Considerando Vigésimo segundo).*

Esta actividad de los Demandados también produjo sendos riesgos de disminución en los niveles de los pozos de extracción de aguas subterráneas aledaños. Al alumbrar las aguas subterráneas, el nivel de las mismas se podría ver alterado en la medida que los Demandados pudiesen extraerlas en períodos de escasez de recarga del acuífero (por ejemplo, en verano o en períodos de poca lluvia). Del mismo modo, la excavación incontrolada

de los Demandados permitió la posibilidad de que el agua subterránea pudiese contaminarse con los desechos propios de la actividad extractiva.

Por lo tanto, este Tribunal dará por acreditada, también, la relación causal entre la actividad de las personas naturales Demandadas y el daño producido.

### **Culpa o negligencia**

**Trigésimo cuarto.** Que, el daño ambiental descrito es el resultado de la actividad de explotación de áridos realizada en el predio de propiedad de las personas naturales demandadas, tanto por ellas individualmente como integrantes de la sucesión Kuschel, como por Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, los que, de acuerdo a lo acreditado, al menos desde enero de 2013 a enero de 2017 han emitido facturas por la actividad de venta de áridos a terceros, en un volumen de extracción de 211.038,78 m3, por sobre el límite reglamentario; y, desde el inicio de la intervención, en un volumen de 654.395 m3.

Lo anterior evidencia que la actividad que generó el daño ambiental descrito, se realizó con la tolerancia y conocimiento fehaciente de los Demandados Srs. Jerman, Manfredo e Iris Kuschel Pohl, toda vez que se trata de una actividad que se realizó en condiciones de permanencia o habitualidad en el tiempo, y en un volumen que es imposible desatender, lo que permite presumir que, al menos, se operó con negligencia o culpa, pues pudiendo evitar la destrucción del hábitat natural descrito, se optó por tolerar y continuar por años con dicha explotación.

Por de pronto, la actitud de los Demandados es reprochable, pues permitieron la extracción de áridos en contravención —y total desprecio— de las normas de protección ambiental, contenidas en la normativa sobre corta de bosque nativo y de evaluación de impacto ambiental, no solo sin contar con permiso o autorización alguna de las exigidas por la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, y por la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, sino que sin informar a la autoridad competente ni someter a tramitación permiso alguno.

**Trigésimo quinto.** Que, a mayor abundamiento, y sin perjuicio de estimar, como se ha indicado en el considerando precedente, que el daño originado por dicha actividad se realizó de manera, al menos, culpable o negligente; se aprecia también que dicha actividad y el daño derivado de esta se realizó con infracción a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales contenidas en N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, y por la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente.

Esto, toda vez que se ha infringido el art. 5° de la primera norma mencionada, el cual exige que «Toda acción de corta de bosque nativo, cualquiera sea el tipo de terreno en que éste se encuentre, deberá hacerse previo plan de manejo aprobado por la Corporación», refiriéndose a la CONAF, lo que, en la especie, no ocurrió. Asimismo, dicha actividad se habría realizado sin someterla a evaluación de impacto ambiental, en conformidad a lo exigido en el art. 10 letra i) de la segunda norma mencionada, que exige someter al sistema de evaluación de impacto ambiental a todo proyecto o actividad de «extracción industrial de áridos», lo que es complementado por lo dispuesto en el art. 3, literal i) N° 5.1 RSEIA, que dispone que, tratándose de extracciones de áridos en pozos o canteras, se entiende por extracción industrial a aquella que «sea igual o superior a diez mil metros cúbicos mensuales (10.000 m3/mes), o a cien mil metros cúbicos (100.000 m3) totales de material removido durante la vida útil del proyecto o actividad, o abarca una superficie total igual o mayor a cinco hectáreas (5 ha)»; lo que se habría vulnerado en la especie, toda vez que se ha acreditado que la actividad que originó el daño no ha ingresado al SEIA y que se trata de una actividad que ha superado con creces el límite que establece la normativa citada para disponer el ingreso al SETA.

Lo anterior, configura, de por sí, la presunción de responsabilidad contenida en el art. 52 de la LBGMA, que no ha sido desvirtuada en autos, sino que, por el contrario, se ha visto reforzada en virtud de lo expresado en el considerando precedente.

### **La responsabilidad no se encuentra prescrita**

**Trigésimo sexto.** Que, en concordancia con lo señalado en el considerando Decimoctavo, al menos hasta la fecha de presentación de la demanda, la actividad generadora del daño ha continuado su operación. Por tanto, este Tribunal estima que, tratándose de un daño que ha ido aumentando gradual y sostenidamente en el tiempo, éste ha continuado produciéndose y manifestándose hasta la fecha de presentación de la demanda. Esto es concordante, además, con lo apreciado por el Tribunal durante la Inspección Personal llevada a cabo el 13 de junio de 2017, oportunidad en la que fueron observadas en el sitio actividades propias de una faena de extracción de áridos mecanizada mediante retroexcavadora, labores de selección de materiales y carguío de camiones, con

presencia de generadores eléctricos, estanques de combustibles, acopio de tambores de lubricantes y baterías, además de tuberías de bombeo y canalización en el interior del pozo. Además, se observaron algunos restos de materiales de construcción en el entorno. Todo ello evidencia que la actuación de la que emana el daño, así como su manifestación progresiva, se ha continuado produciendo en el tiempo; razón por la cual este Tribunal estima que la acción no se encuentra prescrita.

**Trigésimo séptimo.** Que, por todo lo expuesto en los considerandos precedentes, este Tribunal estima que efectivamente se está ante los supuestos que permiten acoger la presente acción de responsabilidad ambiental, respecto de los demandados Srs. Jerman José, Manfredo Arnoldo, y Sra. Iris Inés, todos Kuschel Pohl, razón por la cual así se declarará en lo resolutivo del presente fallo.

## H. Medidas de reparación

**Trigésimo octavo.** Que la responsabilidad en que han incurrido los demandados Srs. Jerman, Manfredo e Iris Kuschel Pohl, con ocasión del daño descrito, tiene por objeto la reparación del medio ambiente dañado.

**Trigésimo noveno.** Que, el art. 2º letra s) LBGMA define la reparación como la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas. Por tanto, este Tribunal procederá a determinar las medidas o acciones tendientes a reponer los componentes suelo y vegetación, a una calidad similar a la que tenían con anterioridad a la extracción de áridos o a restablecer sus propiedades básicas.

**Cuadragésimo.** Que, en la especie, para lograr lo anterior se debe proceder a la detención inmediata de las faenas, suspendiendo la perturbación del sitio, para luego dar paso a la restauración del área afectada por la actividad de extracción industrial de áridos, en la medida que es esta restauración la que ofrece la oportunidad de restablecer las funciones básicas del hábitat original. En este sentido, la experiencia internacional demuestra que se pueden recrear diversos hábitats en sitios de extracción de áridos. En Gran Bretaña, por ejemplo, muchos de los mejores sitios de vida silvestre se encuentran en antiguos lugares de extracción (como las canteras), los que presentan grandes oportunidades para crear hábitats de alto valor para los invertebrados (abejas, mariposas, escarabajos, arañas y otros). Lo que puede beneficiar también a toda una diversidad de aves, plantas, anfibios, reptiles y otras especies silvestres. (Whitehouse, A.T., 2008, Managing Aggregates Sites for Invertebrates: a best practice guide. *Buglife* - The Invertebrate Conservation Trust, Peterborough).

Por otro lado, la experiencia comparada también demuestra que con la regeneración natural se pueden obtener resultados aceptables, pero se debe considerar un período prolongado de tiempo en años, sobre todo si el sustrato está desnudo y la vegetación es escasa y dispersa (Wheater CP, Cullen WR. 1997. «The Flora and Invertebrate Fauna of Abandoned limestone Quarries in Derbyshire, United Kingdom». *Restoration Ecology* 5: 77-84). Sin embargo, en la especie, el estado de deterioro en que se encuentra el sitio intervenido requerirá de regeneración asistida para restituir las funciones ecosistémicas potenciales del sitio alterado.

**Cuadragésimo primero.** Que, de acuerdo a lo precedentemente expuesto, este Tribunal estima apropiada la adopción de las siguientes medidas, y así se ordenará en lo resolutivo:

- 1) En forma inmediata a que la sentencia cause ejecutoria o quede firme:
  - a) Paralizar la extracción de áridos.
  - b) Cerrar el área intervenida, impidiendo el libre acceso de personas y ganado.
  - c) Retirar todas las instalaciones y equipos, así como residuos de toda naturaleza, pudiendo permanecer en el terreno sólo la maquinaria indispensable para las faenas de restauración.
- 2) Dentro de los primeros 120 días desde que la sentencia quede ejecutoriada, los Demandados deberán elaborar un **Plan de Restauración** del sitio de extracción de áridos, el cual deberá ser presentado a aprobación de este Tribunal en forma previa a su ejecución por las Demandadas. Este Plan de Restauración deberá considerar, a lo menos, lo siguiente:
  - a) **Proyecto paisajístico:** Se deberá especificar el uso prioritario que se dará al predio, la nueva morfología del terreno, incluyendo un lay-out

con la ubicación de masas y cursos de agua y las zonas de restauración de bosque.

- b) **Adecuación de superficies y taludes:** Teniendo presente la geomorfología del entorno se deberá adecuar las pendientes asimilándolas a la topografía natural, evitando al máximo los taludes verticales. La pendiente máxima, salvo excepciones justificadas, no deberán ser superiores al 100% o 45° ó 1:1.
- c) De haberse alumbrado aguas subterráneas, se deberá considerar la adecuación de los taludes contiguos al nuevo cuerpo de agua dejando la mayor parte de la ribera con taludes suaves, entre 20% y 30% (siempre inferiores a 18,4° ó 1:3). Se deberá privilegiar, para esta faena, la redistribución de los estériles que aún permanezcan en el terreno, pudiendo utilizarse también estériles y escombros de otras obras, siempre que se acredite la ausencia de elementos contaminantes. Una vez restaurada la topografía del sector, se deberá asegurar la estabilidad de las pendientes mediante técnicas de compactación que eviten que material suelto pueda ser removido por eventos climáticos, tales como viento o lluvia.
- d) **Restitución del suelo:** El material de escarpe del mismo sitio deberá ser recuperado para proporcionar una cobertura adecuada que favorezca la colonización y/o siembra de especies vegetales. Si no fuese suficiente el escarpe propio de la obra, se podrá utilizar suelo de sitios en construcción o adquirir material sólo en sitios que cuenten con autorización de obras, lo que deberá acreditarse. Si la textura y composición del suelo lo permite, se podrá promover la regeneración natural. De ser necesario, se podrán utilizar técnicas agronómicas de mejoramiento de suelo.
- e) **Restitución de la cubierta vegetal:** Una vez mejorado el suelo, se deberá desarrollar un proceso de regeneración asistida, incluyendo las especies herbáceas, arbustivas y arbóreas presentes en el entorno, favoreciendo el uso de semillas de dichas especies, evitando la colonización por especies exóticas invasoras tales como la murra (*Rubus ulmifolius*) y el espinillo (*Ulex europaeus*).
- f) **Restitución de la cubierta forestal:** En las zonas que, por pendiente y estructura del suelo resulten apropiadas, se deberán restituir las especies nativas eliminadas, conforme a un plan de reforestación que considere un monitoreo del prendimiento y crecimiento de los árboles.
- g) **Restitución de biodiversidad neta:** para ello se deberá estudiar la biodiversidad neta del hábitat boscoso contiguo al proyecto, en una superficie equivalente - en términos de riqueza de especies- atendiendo la vegetación (herbácea, arbustiva y arbórea), los invertebrados, los vertebrados menores y las aves. El proyecto de restauración, aún cuando por sus características propias no pueda restituir las mismas especies, deberá acreditar que mantendrá la riqueza específica, en comparación con el hábitat contiguo.
- h) **Programa de seguimiento:** se deberá considerar, además, un programa de vigilancia y reporte de los resultados de cada una de las etapas anteriores, para ser presentado anualmente a la aprobación de este Tribunal. Teniendo presente que el programa deberá dar cuenta del crecimiento de la cubierta forestal, éste no podrá ser de una duración inferior a los 5 años.
- i) Los aspectos específicos del Plan de Restauración, deberán contemplar las autorizaciones y aprobaciones correspondientes en conformidad a la normativa vigente.

- j) Finalmente, este Plan deberá especificar las acciones y plazos a ejecutar y cumplir por la Demandada, aspectos que podrán ser verificados en cualquier oportunidad por este Tribunal.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en los arts. 17 N° 2, 18 N°2, 20, 25, 33, 35 y 40 de la Ley N°20.600; 2°, 3°, 51, 53, 54, 60, y 63 de la Ley N° 19.300; el art. 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

**SE RESUELVE:**

- 1) **Que se acoge parcialmente** la demanda interpuesta a fs. 1 y ss., declarando que los demandados señores Jerman José, Manfredo Arnoldo e Iris Inés, todos Kuschel Pohl, son responsables del daño ambiental causado en el sitio de extracción de áridos ubicado al interior del Fundo Santa Clara, comuna de Frutillar, producido por culpa de aquellos y con ocasión de dicha actividad extractiva.
- 2) **Que no se emite pronunciamiento** de fondo respecto de Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, por no constar que esta haya sido válidamente emplazada en el juicio.
- 3) **Que se condena** a los demandados señores Jerman José, Manfredo Arnoldo e Iris Inés, todos Kuschel Pohl, a reparar materialmente el daño ambiental producido, de conformidad a lo dispuesto en el art. 53 de la ley N° 19.300. En consecuencia, los demandados señores Jerman José, Manfredo Arnoldo e Iris Inés, todos Kuschel Pohl, deberán ejecutar todas las medidas de paralización, cierre y retiro indicadas en el número Uno del Considerando Cuadragésimo primero; y enseguida elaborar, adoptar e implementar a su costa un **Plan de Restauración** para el sitio de extracción de áridos, indicado en el número Dos del Considerando Cuadragésimo primero.
- 4) **Que se condena en costas** a los demandados señores Jerman José, Manfredo Arnoldo e Iris Inés, todos Kuschel Pohl.

Notifíquese y regístrese

**Rol N° D 23-2016**

Pronunciada por el I. Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sr. Roberto Pastén Carrasco y Sr. Pablo Miranda Nigro. No firman los Ministros Sr. Roberto Pastén Carrasco y Sr. Pablo Miranda Nigro, por haber cesado en sus funciones, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Pablo Miranda Nigro.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, quince de mayo de dos mil dieciocho, se anunció por el Estado Diario.

---







Boletín de Sentencias  
Valdivia, julio de 2018

**TERCER  
TRIBUNAL  
AMBIENTAL**