

Valdivia, veinte de febrero de dos mil veintitrés.

Resolviendo la solicitud de lo principal del escrito de fs. 1:

Vistos y teniendo presente:

- 1°. A fs. 1 de estos autos, compareció la Superintendencia de Medio Ambiente –en adelante, SMA– y solicitó autorización judicial para adoptar la medida provisional pre procedimental del art. 48 letra d) de su Ley Orgánica, contenida en el art. segundo de la Ley N° 20.417 –en adelante, LOSMA–, esto es, *“la detención total de las actividades desarrolladas en el marco del proyecto inmobiliario “Camino Inmobiliaria Nahuel S.A.”, de propiedad de Inmobiliaria Nahuel S.A., RUT N°77.821.710-4, la cual se ubica en el Camino Alto La Paloma S/N, de la comuna de Puerto Montt, por el plazo de 15 días hábiles”*.
- 2°. En su escrito expuso que el proyecto en cuestión se ubica en el sector Alto La Paloma, de la comuna de Puerto Montt, región de Los Lagos, cercano al Humedal Urbano "La Guiña". Añade que el 17 de noviembre de 2022, con ocasión de una inspección ambiental efectuada a una Unidad Fiscalizable distinta a la que motiva la presente solicitud, se constató que, cercano al referido humedal, se encontraban trabajando 2 maquinarias pesadas (excavadoras) en el despeje de un terreno, dando inicio a la construcción de un camino.
- 3°. Señala que el 12 de enero de 2023 efectuaron una nueva inspección donde se constató la construcción de una avenida de 3000 mts., de los que se han construido 1500 metros aproximadamente, además, el proyecto contempla la habilitación de parcelas de 2 hectáreas. Agrega que *“el despeje total será de 30 metros de ancho, con un bandejón central de 8 metros de ancho, caminos de tránsito vehicular de 6 metros de ancho, los cuales van a cada lado del bandejón central más veredas de 5 metros, y otros. El proyecto se desarrolla aproximadamente a 120 metros del núcleo del Humedal Urbano “La Guiña”* (fs. 4).
- 4°. Luego de esta inspección y del análisis de la información *“se constató el trabajo de despeje de la superficie de un predio colindante al Lote “C” de la Unidad Fiscalizable, el cual se realiza con maquinaria pesada tipo retroexcavadora. También se constató la construcción de un camino de unos 6 metros de ancho”* (fs. 7). Además, de la revisión de la información sobre humedales urbanos, específicamente de las imágenes obtenidas del expediente de la solicitud de declaratoria presentada por el Municipio al MMA, actualmente en tramitación, se constató que las intervenciones ejecutadas se ubican a no más de 125 metros del núcleo del



Humedal Urbano "La Güiña", y a no más de 80 metros de la zona de protección del humedal. Además, indica que parte del camino se encuentra dentro del área de drenaje del humedal (fs. 8).

- 5°. En cuanto al *fumus boni iuris*, la SMA sostuvo que parte del camino que se encuentra ejecutando Inmobiliaria Nahuel S.A se ubica sobre el área de drenaje del Humedal Urbano "La Güiña", cuya solicitud se encuentra en tramitación. Por esta razón el proyecto se encontraría en elusión, ya que aplica la causal de ingreso del art. 10, letra s) de la Ley N° 19.300. Para sostener esto, señala que el informe final "Elaboración de expedientes de humedales urbanos de Puerto Montt de acuerdo a la Ley N°21.202" del Centro de Ciencias Ambientales EULA Chile, de la Universidad de Concepción, establece que: "el HU "La Guiña" es un ecosistema que se emplaza en el sector sur oriente del área urbana de la comuna" y, según indica la ficha, "posee una superficie total de 8,52 hectáreas y un área de drenaje de 142 hectáreas, con un núcleo del Humedal de 0,96 hectáreas, y se encuentra totalmente dentro del límite urbano y de propiedad privada". Agrega que, según el Informe citado, "este humedal en la actualidad presenta un delimitado espejo de agua, alimentado por un estero circundante; con amplios paños de vegetación de tipo hidrófila en su anillo perimetral. Las principales alteraciones pueden estar dadas por los caminos que le rodean, dando cuenta del posible desarrollo inmobiliario a desarrollar" (fs. 11).
- 6°. Sobre lo anterior, puntualiza que no hay norma ni instrumento que supedita dicha tipología a un acto de declaración oficial, conforme el dictamen N°E157.665, de 19 de noviembre de 2021, de la Contraloría General de la República; interpretación refrendada por la Excm. Corte Suprema en sentencias de las causas roles N° 21.970-2021 y N° 129.273-2020. Está interpretación además ha sido recogida por el Servicio de Evaluación Ambiental en su Oficio ORD. N°20229910238, de 17 de enero de 2022.
- 7°. Agrega la SMA que, la ejecución de las obras y actividades del proyecto pueden significar la alteración física a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos del humedal, ya que las obras del camino se están ejecutando en parte del área de drenaje del humedal, y además dicha intervención genera ruidos, residuos y la pérdida de vegetación hidrófita y del suelo hídrico que es parte del humedal. De esta forma, y como la elusión implica una infracción al principio preventivo, existen antecedentes suficientes para autorizar la medida.
- 8°. En cuanto al *periculum in mora*, a fs. 16, la SMA sostuvo que se identificaron los siguientes riesgos: "La ejecución de las obras señaladas, están significando una

alteración al menos física a los componentes bióticos que existen en la zona de drenaje del humedal, y a sus interacciones ecosistémicas.

El proyecto ha implicado corta de vegetación hidrófita, excavaciones, extracción de la cubierta vegetal y el deterioro, y menoscabo, de la flora y la fauna contenida dentro del área de drenaje del HU "La Guiña".

La intervención producto de la construcción de un camino en parte del área de drenaje del Humedal se encuentra generando un impacto significativo sobre dicha área, pues al menos se altera de manera física el suelo y sus componentes bióticos. Asimismo, se interrumpen sus interacciones o flujos ecosistémicos, lo cual trae como consecuencia el deterioro sistemático del humedal.

Lo anterior cobra especial importancia, debido a la existencia de especies de flora que se encuentran en alguna categoría de conservación, en especial, el Alerce, el Canelo o la Costilla de Vaca."

- 9°. Añade la SMA que, en este contexto, la dictación de la medida provisional de detención de funcionamiento constituye una medida destinada a impedir la continuidad de la afectación al medio ambiente, causado por las actividades desarrolladas por la empresa.
- 10°. Por último, indicó que la medida de detención parcial resulta totalmente proporcional a la infracción, consistente en la elusión del SEIA, así como el riesgo al medio ambiente que significa la continuidad de las obras en el área del humedal.

Considerando:

PRIMERO. Que, las medidas provisionales del art. 48 LOSMA resultan procedentes cuando es necesario evitar un daño inminente al medio ambiente o la salud de las personas, debiendo ser proporcionales al tipo de infracción supuestamente cometida y a las circunstancias del art. 40 del mismo cuerpo legal. Al tratarse de una medida con fines cautelares de máxima injerencia –como es la detención parcial de funcionamiento de instalaciones—, la SMA debe suministrar antecedentes suficientes para establecer sus supuestos básicos: a) apariencia de buen derecho; b) peligro en la demora; c) proporcionalidad.

SEGUNDO. Que, la SMA, en apoyo de su solicitud, acompañó los siguientes antecedentes:

- a. A fs. 21 y ss, Acta de inspección ambiental, de 17 de noviembre de 2022, de la SMA;

- b. A fs. 27 y ss, Resolución Exenta N° 77, de 1 de diciembre de 2022, de la SMA, que requiere información que indica al sr. Reinaldo Asem;
- c. A fs. 31 y ss, Carta de respuesta del titular, de 23 de diciembre de 2022;
- d. A fs. 33 y ss, Acta de inspección ambiental, de 12 de enero de 2023;
- e. Carta de respuesta del titular, de 27 de enero de 2023 y adjuntos (S/F);
- f. A fs. 39, Copia de expediente digital de solicitud de declaratoria de Humedal La Güiña;
- g. A fs. 628, Copia de Memorandum N° 010, de 30 de enero de 2023, de la Jefa de la Oficina Regional de Los Lagos de la SMA, que solicita medidas provisionales pre-procedimentales.

I. Apariencia de buen derecho (*Fumus boni iuris*)

TERCERO. Que, en relación al primer supuesto, esto es, la apariencia de buen derecho, la SMA lo hace consistir en una supuesta elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –en adelante, SEIA– por parte de Inmobiliaria Nahuel S.A., lo que implicaría la comisión de la infracción tipificada en el art. 35 letra b) de la LOSMA, esto es, “la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella [...]”. Para configurar el supuesto en análisis, sostiene lo siguiente:

- a. Que, la elusión se habría producido por las obras asociadas a un proyecto de parcelación de viviendas y que considera la habilitación de un camino cuya ejecución involucra movimientos de tierra, escarpe, corte de vegetación, excavaciones y drenajes, entre otros.
- b. En relación a la hipótesis de elusión, explica que la causal de ingreso al SEIA aplicable, sería la contenida en la letra s) del art. 10 de la Ley N° 19.300. Afirma, que la ausencia de una declaratoria oficial del carácter urbano de un humedal, no es motivo para descartar la aplicación de la tipología. Abona a tal conclusión, lo indicado por Contraloría General de la República mediante su Dictamen N° E157.665, de 2021.
- c. Luego, explica que la ejecución del proyecto podría alterar los componentes bióticos, interacciones o flujos ecosistémicos del humedal “La Güiña”.
- d. Finalmente, la SMA hace referencia a algunas consideraciones generales relativas a la conducta elusiva, y señala que aquellas atentan en contra del principio preventivo, ya que, al ejecutar el proyecto sin evaluación ambiental previa, se imposibilita adoptar medidas que permitan contener posibles efectos adversos que se deriven de su ejecución.

CUARTO. Que, la apariencia de buen derecho está referida a la probabilidad de que la situación jurídica cuya tutela se solicita merezca protección del ordenamiento jurídico; lo que deberá valorarse, en un estadio preliminar.

QUINTO. Que, ahora bien, de acuerdo con los arts. 48 de la LOSMA y 32 de la Ley N° 19.880, el Tribunal podrá autorizar la medida cuando ésta se encuentre fundada, vale decir, “que existan elementos de juicio suficiente para ello”. De esta forma, la autoridad solicitante debe acompañar aquellos antecedentes que, a lo menos, respalden su solicitud y permitan dar cuenta de los motivos para acceder a lo requerido.

SEXTO. Que, conforme a lo anterior, corresponde analizar los antecedentes que permitan –indiciariamente– afirmar la existencia de una infracción y que podría requerir la medida provisional pre procedimental solicitada. Tal examen debe realizarse de forma provisional, esto es, los grados de certeza de los elementos de procedencia de la medida no son equivalentes a los que podrían ser exigibles al acto terminal. Por lo mismo, la existencia de indicios resulta suficiente para la procedencia de la medida provisional.

SÉPTIMO. Que, en este orden, para establecer la posible elusión al SEIA, se debe considerar la causal de ingreso establecida en el art. 10 letra s) de la Ley N° 19.300, que dispone que deberán someterse a evaluación ambiental la: "ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, y que impliquen su relleno, drenaje, secado, extracción de caudales o áridos, la alteración de la barra terminal, de la vegetación azonal hídrica y ripariana, la extracción de la cubierta vegetal o turberas o el deterioro, menoscabo, transformación o invasión de la flora y la fauna contenida dentro del humedal, indistintamente de su superficie".

OCTAVO. Que, esta tipología de ingreso, según lo señalado por Contraloría General de la República, mediante su Oficio N° E157.665 de 19 de noviembre de 2021, se diferencia de aquella contenida en la letra p) del art. 10 de la Ley N° 19.300, pues el literal s) en cuestión, no refiere a humedales que cuentan con una declaratoria que los coloque bajo protección oficial, sino que alude a todos aquellos humedales, que encontrándose total o parcialmente dentro del límite urbano, se vean afectados por la ejecución de obras o actividades que impliquen una alteración física o química en los mismos, en los términos que en esa norma se establecen. Este criterio, además, ha sido reafirmado por la Excma. Corte Suprema en diversos fallos (cfr. SCS, Rol N° 129.273-2020, cons. 9°-12°; Rol N° 57.992-2021, cons. 8°-9°; Rol N° 21.970-2021, cons. 7°, 9°; Rol N° 125.677-2020, cons. 4°-5°, 7°; Rol N° 118-2018, cons. 8°-9°).

NOVENO. Que, de la información acompañada por la SMA para configurar la causal de ingreso al SEIA en examen, se advierte lo siguiente:

- a. El Humedal “La Güiña” ha sido propuesto por la Municipalidad de Puerto Montt para su declaración como humedal urbano, de conformidad a la Ley N° 21.202 (fs. 621 y ss). Esta solicitud, fue admitida a trámite por la SEREMI de Medio Ambiente de Los Lagos, mediante la Res. Ex. N° 207, de 16 de noviembre de 2021 (fs. 624 y ss), encontrándose en tramitación a la fecha de la presente solicitud.
- b. De acuerdo con la delimitación propuesta por el Municipio, la superficie del Humedal comprende un total de 8,52 ha y que es denominada en la solicitud como “Área de protección”. Al interior de esta superficie, el Municipio identifica una área que denomina “Núcleo Humedal” y que posee una superficie de 0,96 ha (fs. 59; fs.587). Además, el Humedal referido fue caracterizado a través del informe denominado “Elaboración de expediente de humedales urbanos de Puerto Montt de acuerdo con la Ley N° 21.202”, elaborado por el Centro de Ciencias Ambientales EULA-Chile, de la Universidad de Concepción (fs. 471 y ss). Este informe “delimita el perímetro de los 17 humedales de la zona urbana [de Puerto Montt] [...] considerando su área drenaje [sic] y área definida como humedal propiamente tal” (fs. 475). Luego, continúa presentando los resultados de la información levantada, dando cuenta que el Humedal “La Güiña” posee las superficies ya indicadas y, junto a lo anterior, identifica un área de drenaje de 142 ha (fs. 587).
- c. Por otra parte, de los datos obtenidos por la SMA en las fiscalizaciones de 17 de noviembre de 2022 (fs. 21 y ss.) y 12 de enero de 2023 (fs. 33 y ss), se obtuvo que la construcción del camino, en su punto más cercano, se ubica a 125 metros del núcleo del Humedal “La Güiña”, a 80 metros de su zona de protección y que, además, la mencionada obra se superpone con el área de drenaje del humedal, en una superficie aproximada de 0,21 ha (fs. 12). Asimismo, se señala que la intervención genera “la pérdida de la vegetación hidrófita y del suelo hídrico que es parte del humedal, lo que claramente genera un impacto significativo sobre el humedal” (fs. 12).

DÉCIMO. Que, en este orden, para afirmar la existencia de un indicio de infracción, se deben configurar –prima facie– los supuestos hechos de la disposición. En lo que interesa, el literal s) del art. 10 de la Ley N° 19.300, exige la ejecución de obras o actividades que puedan, disyuntivamente, alterar: (i) a los componentes bióticos del humedal; (ii) a los flujos ecosistémicos de humedales; o (iii) sus eventuales interacciones. En tal sentido, de las alegaciones de la SMA, se infiere que el Proyecto afectaría los componentes bióticos, pues se habría constatado la pérdida de vegetación

hidrófita sobre un área que –según señala– sería humedal. Además, estaría afirmando que se afectan los flujos ecosistémicos, pues las obras se sitúan sobre el área de drenaje del humedal, lo que podría implicar un desvío de cursos de agua que sustentan el humedal.

UNDÉCIMO. Que, en relación a la afectación de los componente bióticos, se advierte –de acuerdo con la información disponible en el expediente–, que parte de las intervenciones denunciadas por la SMA se ubican dentro de la denominada área de drenaje, como se puede ver en la siguiente imagen:

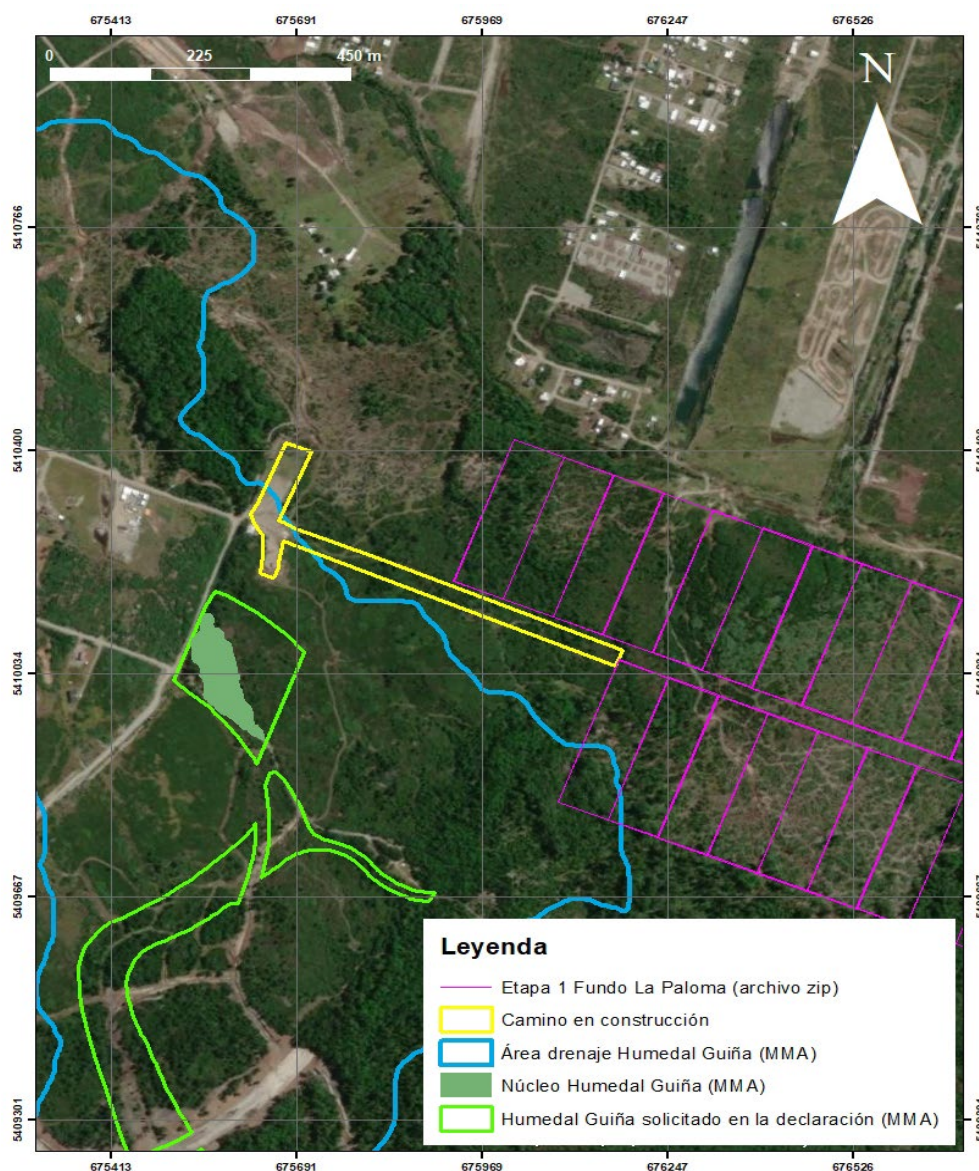


Imagen 1. Proyecto Inmobiliario Camino Inmobiliaria Nahuel S.A. y área núcleo, área de protección y área de drenaje del Humedal La Güiña. Fuente: elaboración propia del Tribunal, en base a la propuesta de delimitación de humedal urbano de la Municipalidad de Puerto Montt (fs. 59); Informe “Elaboración de expediente de humedales urbanos de Puerto Montt de acuerdo con la Ley N° 21.202” (fs. 587); y “Plano Informativo Fundo La Paloma” (S/F).

DUODÉCIMO. Que, –sin perjuicio de las modificaciones que pueda realizar el Ministerio del Medio Ambiente a la propuesta original– el área de drenaje no forma parte de la solicitud de reconocimiento de humedal urbano y, por tanto, se infiere que en la mencionada área no concurren los requisitos para que ésta sea considerada como un ecosistema con características de humedal, ni menos aún se puede deducir a partir de este antecedente que la superficie del humedal sería mayor a la indicada por la solicitud de declaratoria. De esta forma, al no existir obras que se ejecuten en el área de protección del humedal no es posible establecer que exista una afectación directa a sus componentes bióticos.

DECIMOTERCERO. Que, tampoco la SMA justifica adecuadamente que “el área que está siendo afectada por el proyecto cumple con el criterio de delimitación establecido en el Reglamento (presencia de vegetación hidrófita)” (fs. 13). La autoridad indica que en el área intervenida se presenta vegetación típica de zonas húmedas, entre ellas, *Blechnum cordatum*, *Blechnum pennamarina*. Ahora bien, la sola presencia de individuos de características helófitas o hidrófitas no necesariamente significa la concurrencia del referido requisito de delimitación del humedal. Esto pues, de acuerdo con la “Guía de Delimitación y Caracterización de Humedales Urbanos de Chile” (MMA, 2022, p. 58), para configurar este presupuesto se debe acreditar la dominancia de la unidad vegetacional muestreada, cuestión que tampoco fue tratada por la SMA, razón por lo que la aseveración no puede ser corroborada, ni aun indiciariamente.

DECIMOCUARTO. Que, por otra parte, en relación a la afectación sobre los flujos ecosistémicos del humedal, se observa que el Informe elaborado por el Centro de Ciencias Ambientales EULA-Chile, no presenta una justificación suficiente sobre el área de drenaje, como, por ejemplo, lo podría hacer a través de un modelo de elevación que entregue información sobre la forma en que se determinaron las cuencas o microcuencas aportantes. Esto impide comprender el escurrimiento de las aguas, cómo se delimitó el área de drenaje y, en definitiva, la relevancia de los distintos territorios que sustentan el humedal La Güiña. Así, dada la ausencia de dicha información, correspondía que la SMA aporte antecedentes que permitieran afirmar que el área de drenaje que está siendo intervenida, posee singularidad o relevancia para afectar flujos ecosistémicos del humedal objeto de la solicitud de declaratoria, circunstancia que no ha sido justificada. Por el contrario, se observa que el principal cauce que alimenta al humedal “La Güiña” corresponde al estero La Paloma. En este

orden, considerando el lugar en que se sitúan las obras, la SMA tampoco ha acreditado que estas provoquen una interrupción en el escurrimiento del mencionado estero y, por consiguiente, no es posible concluir que la intervención cause una afectación sobre los flujos ecosistémicos. Tampoco se observan indicios de eventuales interacciones que, influyendo sobre los flujos ecosistémicos, pudiesen afectar, a su vez, a los componentes bióticos del humedal.

DECIMOQUINTO. Que, finalmente, tampoco se advierte que la extensión de la superficie intervenida importe una afectación mayor sobre el área de drenaje. De acuerdo a lo señalado por la SMA, el Proyecto interviene 0,21 ha de 142 ha correspondientes a esta área. Incluso si se hacen mediciones a partir de la correlación de los datos geospaciales, se obtiene que el área de afectación, incluyendo las parcelaciones y el camino, involucra aproximadamente 1 ha del área de drenaje. Esta última superficie representa menos del 1% de esta área, circunstancia que –prima facie– permite desestimar que exista un impacto significativo o de relevancia susceptible de afectar las características ecológicas del humedal.

DECIMOSEXTO. Que, por todo lo anterior, no existen antecedentes suficientes para estimar, en un contexto previsional, que el Proyecto ejecutado por Inmobiliaria Nahuel S.A. podría estar afectando a los componentes bióticos y/o los flujos ecosistémicos del Humedal “La Güiña”, razón por la que no se accederá a la medida provisional solicitada por la SMA en los términos indicados en el escrito de fs. 1 y siguientes, pues no se verifica una apariencia de buen derecho.

SE RESUELVE:

- I. **RECHAZAR la solicitud de autorización de la medida provisional de detención de funcionamiento de instalaciones, en los términos solicitados por la Superintendencia del Medio Ambiente a fs. 1 y ss**
- II. Notifíquese a la solicitante por correo electrónico.

S-1-2023

Proveyó el ministro, Sr. Javier Millar Silva.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Francisco Pinilla Rodríguez.

En Valdivia, a veinte de febrero de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución precedente.