

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



TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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, traducándose -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.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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 i) 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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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 m³ en el área del Pozo de Lastre, correspondiente a 4,22 hectáreas; 29,25 m³ en la segunda área de corta, correspondiente a 0,23 hectáreas; y a 21,6 m³ 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 m³ 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 m³/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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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-/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 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.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- 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.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

predio de las personas naturales Demandadas, la cubierta vegetal 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.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- 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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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, melí, ulmo, coihue, canelo, avellano, entre otros».

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- 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 SEIA, 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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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, DFZ-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).

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- 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, 26, 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 m³ 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 m³.
- Que, el resultado del análisis de los puntos levantados en terreno dio como superficie intervenida 3,71 has (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 m³ (30000 m³ 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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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 m², 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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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).

DECIMOSEPTIMO. 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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- 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 m³ el volumen de áridos extraídos para el periodo comprendido entre enero 2013 a enero 2017; mientras que la Dirección Regional de Vialidad Los Lagos,

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

la estimó en 654.395 m³, 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 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. 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 m³.
- 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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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 comento, 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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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 comento 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 comento- 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 [...]».

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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 Excma. 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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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».

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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 m³.

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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 SEIA.

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

ocasión del daño descrito, tiene por objeto la reparación del medio ambiente dañado.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que, el art. 2° 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*

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

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.