



**ORDENA MEDIDAS PROVISIONALES PRE-
PROCEDIMENTALES QUE INDICA.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1393

Santiago, 21 NOV 2017

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante LO-SMA); en la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales; en la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 40, del Ministerio del Medio Ambiente, publicado con fecha 12 de agosto de 2013, que fija el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3/2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristian Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón; y en la Resolución Exenta N° 424 del 12 de mayo de 2017, que fijó la estructura orgánica interna de la SMA.

CONSIDERANDO:

1. La Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) es un servicio público creado para ejecutar, organizar y coordinar la fiscalización y seguimiento de los instrumentos de gestión ambiental, así como para imponer sanciones en caso que se constaten infracciones a éstos.

2. Dentro de las competencias de la SMA, se encuentra la posibilidad de dictar medidas provisionales con el objetivo de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas.

3. Las referidas medidas provisionales se encuentran reguladas en el Artículo 48 de la LO-SMA, en los siguientes términos: *“Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundamentadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales: a) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o daño (...). Las medidas señaladas en el inciso anterior podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la Ley N° 19.880 y deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40”.*

4. Por su parte, en el artículo 32 de la Ley N° 19.880, se regulan las medidas provisionales pre-procedimentales en los siguientes términos: *“Medidas provisionales. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. Sin embargo, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes. Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá ejecutarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda (...)”*.

5. Las medidas provisionales que serán decretadas en este acto, recaen sobre la Fábrica Cementos Génesis SpA (en adelante “Cementos Génesis”), que es una empresa que se dedica a la extracción de áridos, los cuales son sometidos a un proceso de chancado, harneado, lavado y selección, obteniendo finalmente grava, gravilla y arena, que posteriormente son vendidos a distintos compradores para ser utilizados directamente en la construcción. La empresa es representada legalmente por don Jermán José Kuschel Phol y por don Carlos Naudam Cárdenas, ejecutando su actividad extractiva en la cantera ubicada en Fundo Santa Clara S/N, Frutillar, Región de Los Lagos.

6. El origen de las medidas provisionales lo encontramos en las denuncias que fueron presentadas ante la SMA el día 21 de noviembre de 2016, por el abogado Felipe Molina Saavedra, quien actuaba en representación de una serie de vecinos del proyecto extractivo y alegaba que la actividad extractiva no había ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante “SEIA”). En paralelo, estos mismos denunciantes presentaron una demanda de reparación del daño ambiental, la cual se tramita ante el Tercer Tribunal Ambiental bajo el rol D-23-2016.

7. Para investigar los hechos relatados en la denuncia, el día 20 de enero de 2017, la SMA realizó una actividad de fiscalización en terreno a la referida cantera, observando que había maquinaria trabajando (dos retroexcavadoras y un *bulldozer*), el funcionamiento de una correa transportadora de material, la operación de la planta chancadora, y el acopio de material en cantidades aproximadas de 2500 m³ de grava, 1000 m³ de gravilla y 500 m³ de arena.

8. Durante el desarrollo de la fiscalización, se revisó la facturación emitida por los dos operadores de la cantera: la Sucesión Kuschel Gredes y Cementos Génesis¹. La consideración de facturas de dos entidades diversas,

¹ En las páginas 4 y 5 de la Res. Ex. N° 1023, se expone una detallada tabla donde se explican todas las facturas que fueron revisadas por SMA, detallando la fecha de emisión y la cantidad de árido que fue vendido. En base a la información contenida en estas facturas, se calculó la cantidad de áridos extraídos por Cementos Génesis.

responde a la declaración realizada por el Sr. Carlos Naudam Cárdenas, quien señaló durante la fiscalización que “[s]e efectuó un cambio en la razón social de la sucesión Kuschel por tema tributario a *Fábrica de Cementos Comprimidos Génesis SpA*”, por lo que se entendió que la última entidad era la continuadora legal de la primera.

9. La revisión de las cantidades detalladas en las facturas, nos entregó las siguientes cantidades extraídas:

Sucesión Kuschel	Cementos Génesis	Total Árido Extraído.
76.909 m ³	134.129,78 m ³	211.038,78 m ³

10. El día 16 de marzo de 2017, la SMA dictó el Ord N° 738, a través del cual esta Superintendencia solicitó informe al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) sobre si el referido proyecto debe ingresar a evaluación ambiental. La respuesta a lo consultado, llegó el día 23 de marzo de 2017, mediante el Ord. N° 143, señalando el Director Regional del SEA de Los Lagos que “(...) *la actividad desarrollada por Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA. requiere ingresar obligatoriamente al SEIA*”.

11. El día 6 de abril de 2017, esta Superintendencia dictó la Res. Ex. N° 272, mediante la cual puso en conocimiento de Cementos Génesis del inicio de un procedimiento administrativo que le requiere de ingreso al SEIA, dándole “traslado” para que en un plazo de 15 días hábiles formulara las alegaciones y presentara las pruebas que estimara pertinente. El referido procedimiento administrativo se inició en aplicación a la facultad conferida en la letra i) del artículo 3 de la LOSMA, y en el marco de sus facultades de fiscalización.

12. La empresa evacuó el traslado conferido, señalando, entre otras materias, que el área intervenida en la cantera es inferior al límite legal, que las facturas utilizadas por la SMA para calcular la cantidad de áridos extraídos no fueron emitidas por Cementos Génesis, sino que fueron emitidas por la Sucesión Kuschel, y que en el sitio inspeccionado se han extraído áridos desde tiempos inmemoriales.

13. El día 2 de agosto de 2017, la SMA dictó la Res. Ex. N° 850, que requirió el ingreso al SEIA al titular y rechazó las alegaciones de la empresa, explicando -en resumen- que el ingreso al SEIA se configura por la cantidad de áridos extraídos por Cementos Génesis y no por la superficie o el área intervenida; que se utilizó la facturación de dos entidades diversas porque la SMA entendió que Cementos Génesis era la continuadora legal de la Sucesión Kuschel; y se explicó que no es relevante el uso inmemorial de la cantera ya que el periodo en análisis abarca desde enero de 2013 a enero de 2017.

14. La elusión al SEIA se acreditó luego de una serie de actividades de fiscalización. En efecto, después de la inspección en terreno y la revisión de la facturación emitida, se logró comprobar que en el periodo comprendido entre enero de 2013 a enero de 2017, se extrajo la cantidad de 134.129,78 m³ de áridos.

15. Tal cantidad implica una superación del umbral de tolerancia establecido en el artículo 3° literal i.5.1) del Decreto Supremo N° 40/2012, que fijó el texto del Reglamento del SEIA, y que obliga a ingresar a los proyectos de extracción de áridos que superen las “cien mil metros cúbicos (100.000 m³) totales de material removido durante la vida útil del proyecto o actividad”, en relación a lo dispuesto en el literal i) del artículo 10 de la Ley N° 19.300.

16. Seguidamente, el titular presentó un recurso administrativo de reposición en contra del requerimiento de ingreso, alegando exclusivamente que para configurar el ingreso al SEIA se incluyeron *“diversas facturas que no corresponden a mi representada FÁBRICA DE CEMENTOS GÉNESIS SpA e incluso son anteriores a su nacimiento a la vida del derecho”*, pero sin solicitar la suspensión de los efectos de la Res. Ex. N° 850 y sin paralizar la actividad extractiva que se desarrolla en la cantera.

17. A través, de la Res. Ex. N° 1023, que fue dictada por la SMA el día 8 de septiembre de 2017, se rechazó el recurso de reposición presentado por la empresa, en atención a que la obligatoriedad de ingreso se puede configurar por la sola cantidad de áridos que ha extraído Cementos Génesis, quien a enero de 2017, había extraído la cantidad de 134.129,78 m³ de áridos, lo que supera el umbral de tolerancia de 100 mil toneladas de material extraído durante toda la vida útil del proyecto. Asimismo se explicó que, atendidos los vínculos comerciales y sociales existentes entre Cementos Génesis y la Sucesión Kuschel, resulta pertinente considerar las cantidades extraídas por dicha sucesión para efectos de evaluar los impactos ambientales que fueron generados por su actividad.

18. Finalmente, la empresa reclamó judicialmente la legalidad de la Res. Ex. N° 1023 ante el Tercer Tribunal Ambiental, dando origen a la causa que se tramita bajo el Rol R-59-2017.

19. El día 2 de noviembre de 2017, la SMA realizó una actividad de fiscalización en terreno para evaluar el cumplimiento de la Res. Ex. N° 850, en cuyo **Resuelvo II**, se le otorgó a la empresa un plazo de 15 días hábiles para presentar ante esta Superintendencia un cronograma de ingreso al SEIA. Por su parte, en el **Resuelvo III** se efectuó una prevención en el sentido que *“de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 19.300, la actividad extractiva de áridos no podrá seguir ejecutándose mientras no cuente con una Resolución de Calificación Ambiental que lo autorice”*.

20. La fiscalización se realizó en consideración a que el titular en ningún momento ha solicitado la suspensión de los efectos de la Res. Ex. N° 850, por lo que el mandato contenido en dicho acto administrativo está vigente y debió haber sido cumplido, no obstante la interposición de un recurso administrativo de reposición y una posterior reclamación judicial. Ello en virtud de la presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad de los actos administrativos, que proviene de los artículos 3 y 57 de la Ley N° 19.880.

21. De este modo, la empresa estaba en la obligación de presentar el cronograma de ingreso al SEIA y de suspender la extracción de material, mientras la actividad no se evaluara ambientalmente o mientras no se haya decretado la paralización o suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado.

22. Habiendo constatado la SMA que la empresa no presentó el cronograma de ingreso, procedió el día 2 de noviembre de 2017, a fiscalizar las instalaciones de Cementos Génesis, para evaluar el cumplimiento de la prevención formulada en el Resuelvo III de la Res. Ex. N° 850. En aquella oportunidad se pudo constatar lo siguiente:

- (i) Que en el antiguo frente de trabajo se mantiene la extracción y el procesamiento de material;
- (ii) La existencia de una permanente entrada y salida de camiones cargados con áridos;
- (iii) La existencia de un actual funcionamiento de máquinas retroexcavadoras, de un equipo chancador y harneros;
- (iv) La existencia de material acopiado en cantidades aproximadas de 80 m³ y 100 m³;
- (v) También se pudo apreciar la apertura de un nuevo frente de trabajo que es utilizado para procesar el material extraído, donde se instaló un cargador frontal, un equipo chancador, un generador eléctrico y dos bombas para extraer y recircular el agua que se utiliza en el proceso de chancado.

23. Durante el desarrollo de la fiscalización, el encargado de la planta don Nelson Hernández, señaló que en la actualidad la cantera es operada por la empresa **Áridos y Maquinarias Lindemann SpA, cuyo propietario es el Sr. Uwe Lindemann Vierth, quien suscribió un contrato de arrendamiento con Cementos Génesis.** Adicionalmente, el Sr. Hernández informó que Áridos y Maquinarias Lindemann SpA, instaló las maquinarias hace aproximadamente un mes y medio atrás, y que produce actualmente unos 1300 m³ mensuales.

24. La siguiente imagen nos permite graficar las obras y sectores que se encontraban operativos el día de la fiscalización:



25. Sobre la base a los hechos observados en la última actividad de fiscalización realizada, la División de Fiscalización de la SMA dictó el Memorándum DFZ N° 30 de fecha 6 de noviembre de 2017, a través del cual le solicitó al Superintendente de Medio Ambiente la dictación de una serie de medidas provisionales.

26. En dicho Memorándum se explica que la continuidad en la operación de la cantera está generando un daño inminente al medio ambiente y a la salud de las personas, ya que el mantenimiento de las operaciones sumado a la apertura de un nuevo frente de trabajo, está incrementando el deterioro de los recursos naturales presentes en la cantera y aumentando las posibilidades de accidentes.

27. Los accidentes se pueden producir porque el sitio no cuenta con un cerco perimetral que impida el acceso a las personas y a los animales, cuya peligrosidad radica en el hecho de que la cantera colinda con un camino de acceso público que conecta la ruta V-155 con la caletería de la Ruta 5 sur. Por otro lado, dado la altura de la explotación y las constantes lluvias y vientos propios de la zona sur, existe un alto riesgo de derrumbes en las paredes internas de la cantera, poniendo en riesgo a los trabajadores y operadores de la cantera.

28. En materia de bosque nativo, se indica en el Memorándum N° 30 que la falta de evaluación ambiental impide conocer si en el sector hay alguna especie arbórea que se encuentre en alguna categoría de protección o

conservación. Sin embargo, en la fiscalización que fue realizada por CONAF² el día 24 de agosto de 2016, *“se estimó el área afectada en 4.22 hectáreas de bosque siempreverde, las cuales fueron cortadas a tala rasa”*.

29. Pero la actividad extractiva no solo ha afectado el bosque nativo, sino que también ha producido una preocupante erosión del suelo, señalándose en este sentido en el Memorándum N° 30, que: *“es la evidente perdida de la matriz suelo, la superficie aproximada es de más de 10 has, y se ha comprobado, además, según la inspección desarrollado por la SMA de fecha 20.01.2017 que la profundidad en algunos sectores del norte del pozo que se mantienen seco llega a los casi 8 mts (...)”*.

30. Al respecto, existen importantes impactos no evaluados, lo que se traduce, por ejemplo, en la imposibilidad de determinar las especies arbóreas que se han visto afectadas, o la fauna nativa que está presente en la zona, o establecer si las aguas acumuladas en su interior provienen de la napa subterránea o si se originaron por la acumulación de aguas lluvias. Algo similar ocurre con los impactos asociados a las emisiones, pues se ignoran los efectos generados por el polvo en suspensión que se levanta en la faena, los efectos de los gases de los motores, o los niveles de ruidos que son emitidos, etc. Asimismo, se ignora que ocurre con los efluentes que se originan en el lavado de los áridos, o el destino de los hidrocarburos y aceites que utilizan las maquinarias que operan en la cantera.

31. El desconocimiento de los impactos que está produciendo la actividad productiva, es una consecuencia directa de la elusión al SEIA, que es un procedimiento administrativo cuyo objetivo es que los proyectos o actividades establecidos en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, sean evaluados ambientalmente en forma previa, para identificar sus impactos y adoptar de manera preventiva y oportuna las medidas ambientales que permitan su ejecución dentro de los estándares ambientales vigentes, para evitar así cualquier perjuicio o menoscabo a los bienes jurídicos tutelados por la regulación ambiental.

32. De este modo, la elusión al SEIA no es el único antecedente que nos permite justificar la presente medida provisional, pues a lo anterior debemos agregar que la empresa ha perseverado en la operación de la cantera y ha resistido el cumplimiento de las instrucciones de la SMA, ya que sin solicitar la suspensión de los efectos de la Res. Ex. N° 850, no presentó el cronograma de ingreso al SEIA que le fue exigido y ha ignorado la prevención formulada en sentido de que las actividades listadas en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, sólo pueden ejecutarse o modificarse después de su evaluación de su impacto ambiental.

² Ord. CONAF N° 25 del 18 de enero de 2017, que fue presentado ante la SMA en el contexto del requerimiento de ingreso seguido contra Cementos Génesis.

33. En opinión de este Superintendente, los antecedentes contenidos en el Memorandum N° 30 permiten dar cumplimiento a los requisitos contenidos en el artículo 48 de la LO-SMA y en el artículo 32 de la Ley N° 19.880, para efectos de dictar una medida como la que se indicará.

34. Asimismo, se considera que las medidas provisionales pre-procedimentales, son proporcionales al tipo de infracción supuestamente cometida, la cual está consagrada en el artículo 35 letra b) de la LOSMA, la cual se clasifica a lo menos como grave, y son proporcionales a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, las que serán aplicadas y evaluadas en la etapa procedimental que corresponda.

35. El 16 de noviembre se presentó una solicitud ante el Tercer Tribunal Ambiental, a efectos de que se autorice la dictación de la medida provisional contemplada en la letra c) del artículo 48 de la LO-SMA, esto es, la “clausura temporal total”, de la actividad extractiva objeto del requerimiento de ingreso.

36. El 17 de noviembre de 2017, el Tercer Tribunal Ambiental se pronunció sobre la medida sometida a autorización, a través de una resolución que fue dictada en la causa Rol S-15-2017, y que en su parte resolutive señala: *“Autorizar la medida provisional prevista en la letra c) del artículo 48 LOSMA, consistente en la clausura temporal total de las instalaciones existentes en la cantera ubicada en el Fundo Santa Clara S/N, de Frutillar, Región de Los Lagos, por el plazo de 15 días hábiles”*.

37. En razón de lo anterior, se procede a resolver:

RESUELVO:

PRIMERO: Adóptese por “Cementos Génesis SpA”, las medidas provisionales pre-procedimentales que se indican a continuación.

a) En razón de lo dispuesto en la letra c) del artículo 48 LO-SMA, se ordena la “clausura temporal total”, de la cantera ubicada en Fundo Santa Clara S/N, Frutillar, Región de Los Lagos, con el fin de que no se ejecute ningún tipo de actividad extractiva y ninguna otra actividad accesoria a ella. Lo anterior, incluirá además: (i) el retiro de toda la maquinaria móvil utilizada para tales efectos, como retroexcavadoras, cargadores, camiones o vehículos menores; (ii) la imposibilidad de ocupar cualquiera de los equipos utilizados para el desarrollo de la extracción de áridos, tales como, chancadores, correas transportadoras, harneros, generadores y bombas. La presente medida provisional entrará en vigencia a partir de su fecha de notificación y tendrá una duración de 15 días hábiles.

b) La medida de clausura temporal total, se hará extensiva a la Fábrica de Cementos Comprimidos Génesis SpA, a la Sucesión Kuschel, y a la



empresa Áridos y Maquinarias Lindemann SpA, en los términos y condiciones explicados en el literal anterior.

c) En razón de lo dispuesto en la letra a) del artículo 48 LO-SMA, se ordena el cierre de los accesos a la cantera ubicada en Fundo Santa Clara S/N, Frutillar, Región de Los Lagos, de manera de impedir el acceso de personas y animales a la cantera, evitando así el riesgo de caídas o accidentes. La presente medida provisional deberá empezar a ser ejecutada a partir de su fecha de notificación y tendrá una duración de 15 días hábiles.

d) Como medio de verificación, Cementos Génesis SpA deberá presentar ante la SMA mediante un reporte final que explique las obras que fueron implementadas por la empresa para dar cumplimiento de estas medidas provisionales, incluyendo: fotografías del pozo, fotografías de la paralización de los equipos con una georreferenciación del o los lugares donde se reubicará la maquinaria móvil, y fotografías de la obras realizadas para cerrar los accesos. Este reporte final se debe presentar ante la SMA en 15 días hábiles a partir de la fecha de notificación de la presente medida provisional.

SEGUNDO: Designese a un funcionario de la Superintendencia del Medio Ambiente, para notificar la presente resolución de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 46 de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DESE

CUMPLIMIENTO.


DHE/PTC



SUPERINTENDENTE
CRISTIAN FRANZ THORUD
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE
GOBIERNO DE CHILE



Notifíquese por funcionario:

- Fábrica de Cementos Génesis SpA., Sucesión Kuschel, y a la empresa Áridos y Maquinarias Lindemann SpA, todos domiciliados en Fundo Santa Clara S/N, Frutillar, Región de Los Lagos.

C.C.

- División de Fiscalización, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional de Los Lagos SMA.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.

Adj.

- Memorándum de Solicitud de Medidas Provisionales N° 30 del 6 de noviembre de 2017.
- Autorización dictada por el Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol S-15-2017.