

Valdivia, cuatro de noviembre de dos mil quince:

A LO PRINCIPAL:

VISTOS:

1°. Que con fecha 2 de noviembre de 2015, la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante "la solicitante", ha solicitado autorización a este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, para adoptar la medida urgente y transitoria de suspensión parcial de las autorizaciones de funcionamiento contenidas en la resolución de calificación ambiental del proyecto "Construcción Camino San Juan - Cabo Froward, Tramo Río San Pedro - Punta Árbol", en adelante "el proyecto", calificado ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N° 199, de 9 de octubre de 2012, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la XII Región de Magallanes y la Antártica Chilena, en adelante "la resolución de calificación ambiental".

2°. La medida urgente y transitoria solicitada se fundamenta, a criterio de la solicitante, en que se están produciendo efectos no previstos en la evaluación ambiental, por cuanto con la ejecución del proyecto se está afectando a la especie *Chloephaga rubidiceps*, conocida comúnmente como Canquén Colorado; la que de acuerdo al Decreto Supremo N° 151, de 24 de marzo de 2007, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se encuentra catalogada como "en peligro", esto es, especies que se considera enfrentan un riesgo muy alto de extinción en estado silvestre.

3°. En ese sentido, la solicitante argumenta que por medio de Oficio Ordinario SE12 N° 1123, de 30 de septiembre de 2015, la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región de Magallanes, denunció ciertos daños ocurridos por la ocupación ilegal de un terreno fiscal en el sector San Juan, por parte de la empresa identificada como IMACO; que dicho terreno fiscal estaría siendo usado como botadero, que es colindante a un empréstito que dicha empresa mantiene para la extracción de áridos desde el cauce del río Santa María; y que

ambos están asociados a la ejecución del proyecto autorizado por la resolución de calificación ambiental antes indicada.

4°. Además, la solicitante argumenta que tomó conocimiento el 2 de octubre de 2015, a través de una noticia publicada en el diario "La Prensa Austral", que una zona de nidificación del Canquén Colorado había sido convertida en botadero ilegal; y que el día 7 de octubre de 2015, fiscalizadores de la Superintendencia del Medio Ambiente, junto a sus contrapartes de la Corporación Nacional Forestal, la Gobernación Marítima y el Servicio Agrícola y Ganadero, realizaron una inspección ambiental al proyecto, con la finalidad de, *inter alia*, verificar la existencia de autorizaciones para extracción de áridos, la vida útil de la actividad de extracción, y la pérdida o alteración del hábitat para la fauna, flora y vegetación.

5°. La solicitante señala que durante la inspección, se detectó la presencia de varios ejemplares de Canquén Colorado, incluso en parejas, en las diversas áreas que constituyen empréstitos o botaderos asociados al proyecto, afirmando nuevamente que a través de una noticia publicada en el diario "La Prensa Austral", tomó conocimiento el 12 y el 26 de octubre de 2015, respecto de efectos negativos que estaría produciendo el proyecto sobre lugares de nidificación del Canquén Colorado.

6°. Señala la solicitante que a raíz de todo lo anterior, por medio de Memorándum MZS N° 222, de 26 de octubre de 2015, el Jefe (S) de la Macrozona Sur de la Superintendencia del Medio Ambiente, solicitó al Superintendente del Medio Ambiente la adopción de las medidas que estimase pertinente, recomendando la detención del funcionamiento del empréstito/botadero Insúa, el empréstito cauce Río Santa María (sector de explotación N° 1), y los botaderos Faja Fiscal N°1, N°2, N°3 y Provisorio, por un período de 4 meses. En consecuencia, se prohibiría cualquier actividad extractiva, movimiento de material acopiado y maquinaria, con el fin de cautelar el ciclo reproductivo del Canquén Colorado.

7°. Previamente, la solicitante ha argumentado que durante esos meses el Canquén Colorado está en su período de mayor criticidad, habida cuenta que está en su período reproductivo, y que a principios del invierno dicha ave migra hacia un área al sur de la provincia de Buenos Aires, República Argentina.

8°. Sostiene que la obra principal del proyecto, esto es, la construcción de la extensión del camino San Juan - Cabo Froward, se está ejecutando en lugares situados dentro de varios lotes fiscales en Cabo Froward, que conforman un área bajo protección oficial por ser un inmueble de autodestinación para fines de conservación y protección del hábitat de la especie *Hippocamelus bisulcus*, conocida comúnmente como Huemul, según el Decreto N° 467, de 29 de diciembre de 2006, del Ministerio de Bienes Nacionales.

9°. Que, sin perjuicio de lo anterior, la solicitante afirma que el proyecto también se está ejecutando en lugares situados fuera del área bajo protección oficial, por cuanto los empréstitos y botaderos necesarios para la etapa de construcción, deben estar y están situados fuera de dicha área. Según ha constatado, el empréstito/botadero Insúa, el empréstito cauce Río Santa María (sector de explotación N° 1), y los botaderos Faja Fiscal N°1, N°2, N°3 y Provisorio, están situados dentro de un área que está definida por el Decreto N°744, de 9 de diciembre de 2005, del Ministerio de Agricultura, como sitio fundamental para la conservación del Canquén Colorado, y en el cual se ha prohibido la caza de aves por 30 años.

10°. A criterio de la solicitante, los hechos antes expuestos demostrarían la existencia de efectos no previstos ni considerados en la evaluación ambiental, por lo que ameritaría la suspensión parcial y temporal de la resolución de calificación ambiental, por 4 meses, en virtud de la letra h) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, para el empréstito/botadero Insúa, el empréstito cauce Río Santa María (sector de explotación N° 1), y los botaderos Faja Fiscal N°1, N°2, N°3 y Provisorio;

solicitando además que se ordené que durante ese tiempo, se prohíba en dichos lugares, cualquier actividad extractiva, movimiento de material acopiado y maquinaria, y cualquier actividad similar que pueda afectar al Canguén Colorado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, para pronunciarse respecto de la autorización de la medida, este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental debe precisar qué entiende por efectos no previstos en la evaluación ambiental, para efectos del otorgamiento de autorización para medidas de la letra h) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

SEGUNDO. La letra g) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente establece que la solicitante puede suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones.

TERCERO. La letra h) artículo 3° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente establece que la solicitante puede suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias, para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de los proyectos o actividades, genere efectos no previstos en la evaluación y como consecuencia de ello se pueda generar un daño inminente y grave para el medio ambiente.

CUARTO. Que, en ambos casos, de acuerdo al artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la Superintendencia deberá obtener la autorización previa del

Tribunal Ambiental. Para tales efectos, se deben clarificar los requisitos para su procedencia.

QUINTO. Para acceder a la solicitud en el caso de la letra g) del artículo 3°, se debe demostrar preliminarmente que existe **(i)** incumplimiento grave de la resolución de calificación ambiental, **(ii)** riesgo inminente de daño grave al medio ambiente o de agravación de un daño grave ya producido al medio ambiente, y **(iii)** conexión próxima entre incumplimiento y riesgo.

SEXTO. Por otra parte, para acceder a la solicitud en el caso de la letra h) del artículo 3°, se debe demostrar preliminarmente y alternativamente:

a) que existe **(i)** cumplimiento de la resolución de calificación ambiental, **(ii)** resolución de calificación ambiental no identifica una relación ni genérica ni específica de causa y efecto, por tanto la conducta es lícita *prima facie*, **(iii)** riesgo inminente de daño grave al medio ambiente o de agravación de un daño grave ya producido al medio ambiente, y **(iv)** conexión próxima entre cumplimiento, conducta lícita *prima facie* y riesgo;

b) o que existe: **(i)** incumplimiento de la resolución de calificación ambiental, **(ii)** resolución de calificación ambiental no identifica una relación ni genérica ni específica de causa y efecto, por tanto la acción u omisión es lícita *prima facie*, **(iii)** riesgo inminente de daño grave al medio ambiente o de agravación de un daño grave ya producido al medio ambiente, y **(iv)** ausencia de conexión próxima entre incumplimiento, conducta lícita *prima facie* y riesgo;

SÉPTIMO. Sin embargo, pueden existir casos en que existe: **(i)** incumplimiento de la resolución de calificación ambiental, **(ii)** la resolución de calificación ambiental identifica una relación genérica de causa y efecto, pero no identifica una relación específica de causa y efecto, por tanto la acción u omisión no

es lícita *prima facie*, (iii) riesgo inminente de daño grave al medio ambiente o de agravación de un daño grave ya producido al medio ambiente, y (iv) conexión próxima entre incumplimiento, conducta no lícita *prima facie* y riesgo. Estos casos, deben ser tratados según lo dispuesto en la letra g) del artículo 3°, o en el artículo 48, ambos de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

OCTAVO. Que, como se señaló, a criterio de este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, para acceder a la medida solicitada en cuanto se fundamenta en la letra h) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, en su aspecto de causalidad, es necesario demostrar, *inter alia*, de forma preliminar:

- a) conexión próxima entre cumplimiento, conducta lícita *prima facie* y riesgo; o
- b) ausencia de conexión próxima entre incumplimiento, conducta ilícita *prima facie* y riesgo;

NOVENO. Con los antecedentes tenidos a la vista por la solicitante, esta considera, en su acápite 44, que "...no solicita la presente autorización, como una medida provisional del artículo 48 de la LOSMA, atendido que, al tratarse de un efecto no previsto en la evaluación, no es posible iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio, por no existir un incumplimiento claro involucrado que habilite el ejercicio de la potestad sancionatoria de este Servicio. Lo anterior es relevante, dado que si la medida se hubiera fundamentado en el referido artículo, nos habríamos visto en la necesidad de hacer una formulación de cargos estéril..."

DÉCIMO. En consecuencia, es necesario discernir si de los antecedentes tenidos a la vista por la solicitante, deriva preliminarmente una situación de efecto no previsto en la evaluación ambiental, para efectos de la adopción de una medida urgente y transitoria de letra h) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

UNDÉCIMO. En su escrito, la solicitante afirma en su acápite 23 que en la declaración de impacto ambiental, el titular, "...si bien indicó que durante la fase de construcción haría uso de empréstitos y botaderos, no estableció respecto de aquellos una ubicación exacta, sino que por el contrario, solamente se limitó a señalar que estos debían encontrarse fuera del Lote Cabo Forward (sic), es decir, fuera del área colocada bajo protección oficial. Además, se comprometió a cumplir con una serie de especificaciones ambientales que se encuentran listadas en el Anexo 2 de dicha declaración y en la Adenda del Proyecto.", el subrayado es de la solicitante.

DUODÉCIMO. Además, afirma en su acápite 24 que "...al no encontrarse determinada la ubicación exacta de dichas instalaciones en la evaluación ambiental, no fueron analizados los efectos ambientales que se producirían sobre las especies del lugar, y en específico, sobre el Canquén Colorado, cuyo hábitat y lugar de reproducción fue elegido para construir los botaderos y empréstitos del Proyecto, generándose **por tal un efecto no previsto en la evaluación ambiental.** Sólo existen compromisos altamente genéricos, que no dicen relación precisa con esta materia. Lo anterior, se confirma con el propio expediente de evaluación, el cual en ninguna pieza ni siquiera menciona la posibilidad de afectar la señalada especie en peligro, no ordenándose por lo tanto, ninguna medida de manejo y protección que se hiciera cargo de la situación de peligro concreto que se ha generado.", el subrayado y negrita es de la solicitante.

DECIMOTERCERO. Que, tal como lo señaló la solicitante, el titular del proyecto "...se comprometió a cumplir con una serie de especificaciones ambientales que se encuentran listadas en el Anexo 2 de dicha declaración y en la Adenda del Proyecto.", por tanto, este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental ha procedido a revisar el citado Anexo 2, y en él se señala en sus "Especificaciones orientadas a la protección de la fauna terrestre" que "...el Contratista deberá seleccionar obligatoriamente zonas fuera del área protegida Lote Cabo Forward (sic) para la habilitación de botaderos y sitios de

empréstitos, con el objeto de proteger la fauna autóctona. Además, queda prohibida la utilización para botaderos o escombreras de zonas de bosques, fondos de quebradas y humedales, y en general cualquier ambiente que represente un nicho ecológico y ecosistema para la fauna.", el subrayado es nuestro.

DECIMOCUARTO. En efecto, ni en la evaluación de impacto ambiental ni en la resolución de calificación ambiental existe una referencia específica al lugar donde se emplazarán los empréstitos y botaderos y el impacto que su emplazamiento pueda producir en el Canquén Colorado. Sin embargo la resolución de calificación ambiental indica -claramente- que los empréstitos y botaderos no podrán estar dentro del lote fiscal Cabo Froward, y que se debe cumplir con lo establecido en el Anexo 2, que establece -claramente- que los botaderos ubicados fuera del lote fiscal Cabo Froward no podrán estar en cualquier ambiente que represente un nicho ecológico y ecosistema para la fauna.

DECIMOQUINTO. Es decir, la resolución de calificación ambiental tiene una referencia genérica a relaciones causa y efecto, tanto dentro como fuera del lote fiscal Cabo Froward, y además contiene dos prohibiciones acotadas por el área geográfica, una específica y absoluta, y otra genérica y condicional. La prohibición específica y absoluta aplica al interior del lote fiscal Cabo Froward: no se pueden instalar en ellas ni empréstitos ni botaderos. La genérica y condicional aplica al exterior del lote fiscal Cabo Froward: se pueden instalar botaderos siempre que se ubiquen en lugares que no representen un nicho ecológico y ecosistema para la fauna.

DECIMOSEXTO. Que la solicitante ha señalado que los botaderos cuya autorización pide suspender son el empréstito/botadero Insúa, el empréstito cauce Río Santa María (sector de explotación N° 1), y los botaderos Faja Fiscal N°1, N°2, N°3 y Provisorio, todos los cuales se encuentran al interior de un área que está definida por el Decreto N°744, de 9 de diciembre de 2005, del Ministerio de Agricultura, como sitio fundamental

para la conservación del Canquén Colorado, y en el cual se ha prohibido la caza de aves por 30 años.

DECIMOSÉPTIMO. Que el titular del proyecto es la Gobernación Provincial de Magallanes, y que ha correspondido a la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas la implementación administrativa de éste. De los antecedentes que constan en la solicitud, aparece que la ejecución del proyecto fue objeto de un contrato de obra que fue adjudicado a la empresa IMACO; quedando claro en el ya citado Anexo 2 de la Declaración de Impacto Ambiental que dio lugar a la aprobación del proyecto, y que la el Ministerio de Obras Públicas, a través de inspección fiscal, estaría interactuando constantemente con el contratista para cautelar la protección del medio ambiente.

DECIMOCTAVO. Que no obstante lo anterior, la solicitante es categórica en señalar que estamos ante un efecto no previsto, que no es posible iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio, y que enmarcar las medidas en una de las medidas provisionales del artículo 48, haría necesario el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio "estéril".

DECIMONOVENO. Que, para este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, no se está en presencia de un efecto no previsto para efectos de las medidas provisionales de la letra h) del artículo 3°, por cuanto, en principio existe una divergencia entre la exigencia de localización de botaderos que establece la resolución de calificación ambiental y los hechos constatados en la inspección ambiental, y por tanto, no se ha demostrado de forma preliminar que exista:

- a) conexión próxima entre cumplimiento, conducta lícita *prima facie* y riesgo; o
- b) ausencia de conexión próxima entre incumplimiento, conducta lícita *prima facie* y riesgo;

VIGÉSIMO. Que, en el procedimiento sancionatorio D-015-2013, seguido por la Superintendencia del Medio Ambiente en contra

de ENDESA S.A., tenemos que la evaluación ambiental si previó específicamente relación causa y efecto entre la succión de agua para fines de enfriamiento del proceso térmico y un volumen de succión de recursos hidrobiológicos junto con ella, resultando en el establecimiento de una medida de mitigación: una rejilla con ciertas características. Sin embargo, ante un volumen de succión de recursos hidrobiológicos más alto que el predicho, la medida de mitigación -cumplida escrupulosamente por el titular como mismo reconoce la Superintendencia del Medio Ambiente- devino insuficiente, produciéndose un efecto no previsto, y el reproche al titular viene dado por su insuficiente respuesta ante este efecto no previsto.

VIGÉSIMO PRIMERO. En el caso presente, tenemos que la evaluación no previó específicamente relación de causa y efecto entre la utilización de botaderos fuera del lote fiscal Cabo Froward y el efecto sobre especies determinadas de animales, pero sí previó genéricamente una relación causa y efecto entre la ubicación de botaderos y la afectación a lugares que constituyesen un nicho ecológico y ecosistema para la fauna, resultando en una prohibición: fuera de Cabo Froward no se pueden ubicar botaderos en áreas que constituyeran un nicho ecológico y ecosistema para la fauna.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Sin embargo, y esto es lo contradictorio en la presentación de la Superintendencia del Medio Ambiente, la solicitante indica que los botaderos están un lugar que, si no constituye un nicho ecológico y ecosistema para la fauna, es muy parecido, pues lo describe como un "*...sitio fundamental para la conservación del Canquén Colorado...*", utilizando los términos del Decreto N° 744, de 9 de diciembre de 2005, del Ministerio de Agricultura; y que están extremadamente próximos a un área que está destinada a "*...la conservación y protección del hábitat y zona de anidamiento del Canquén Colorado...*", utilizando los términos del Decreto N° 423, de 5 de diciembre de 2006, del Ministerio de Bienes Nacionales, en referencia al área de Punta Sedger.

VIGÉSIMO TERCERO. Que este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, no puede pronunciarse acerca de si existe o no infracción en los hechos que ha descrito la Superintendencia del Medio Ambiente, por cuanto estamos en presencia de una solicitud de autorización de una medida provisional; pero si debe pronunciarse respecto del cumplimiento de los requisitos para autorizarla.

VIGÉSIMO CUARTO. Que en la presente solicitud, como ya se ha dicho, la Superintendencia del Medio Ambiente no ha demostrado preliminarmente que exista un efecto no previsto como la ha planteado este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, por cuanto existen discrepancias entre la medida establecida en la resolución de calificación ambiental y las ubicaciones de botaderos constatadas en la inspección ambiental, los que como mínimo son indiciarios de una infracción, y en consecuencia, no estaríamos en una hipótesis de efecto no previsto.

VIGÉSIMO QUINTO. Que el Ministro que suscribe, luego de haber analizado los antecedentes, se encuentra en condiciones de concluir que los hechos y circunstancias que motivan la solicitud, no son aquellos que se pueden subsumir en el supuesto de la letra h) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

VIGÉSIMO SEXTO. Que, no obstante, existe la necesidad de cautelar inmediatamente los sitios de anidación del Canquén Colorado, por cuanto es una especie clasificada "en peligro", por lo que enfrenta un riesgo muy alto de extinción en estado silvestre; y como se ha acreditado en la inspección ambiental, existiría un riesgo de daño gravísimo al medio ambiente, o riesgo de agravamiento de un daño gravísimo ya producido al medio ambiente, en particular a la biodiversidad, por la sobrevivencia del Canquén Colorado como especie. Que además existe una conexión próxima entre las actividades materiales que se realizan para dar ejecución a la resolución de calificación ambiental -sin pronunciarse en definitiva si hay infracción o no a esta-, por lo que se ejercerá de oficio la

potestad cautelar del artículo 24 de la Ley N° 20.600, y con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de los hechos acaecidos y sus efectos, se procederá a decretar una medida cautelar innovativa según se indicará.

Y TENIENDO PRESENTE:

Lo recientemente razonado, lo dispuesto en el Acta de Sesión Ordinaria N° 1 sobre instalación y funcionamiento del Tercer Tribunal Ambiental, el Acta de Sesión N° 2 de este Tercer Tribunal Ambiental, sobre régimen de turno, de Ministros para solicitudes de la Superintendencia del Medio Ambiente, el Acta de Sesión Extraordinaria N° 3 de este Tercer Tribunal Ambiental sobre autorizaciones y consultas de la Superintendencia del Medio Ambiente, y, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 N° 4, y el artículo 24 de la ley N° 20.600, y en los artículos 3° y 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente,

SE RESUELVE:

DENÍEGESE la autorización de medida urgente y transitoria de suspensión parcial de las autorizaciones de funcionamiento contenidas en la resolución de calificación ambiental del proyecto "Construcción Camino San Juan - Cabo Froward, Tramo Río San Pedro - Punta Árbol", respecto del empréstito/botadero Insúa, el empréstito cauce Río Santa María (sector de explotación N° 1), y los botaderos Faja Fiscal N°1, N°2, N°3 y Provisorio.

ORDÉNESE medida cautelar de suspensión parcial de las autorizaciones de funcionamiento contenidas en la resolución de calificación ambiental del proyecto "Construcción Camino San Juan - Cabo Froward, Tramo Río San Pedro - Punta Árbol", respecto del empréstito/botadero Insúa, el empréstito cauce Río Santa María (sector de explotación N° 1), y los botaderos Faja Fiscal N°1, N°2, N°3 y Provisorio; prohibiéndose en dichos lugares, cualquier actividad extractiva, movimiento de

material acopiado y maquinaria, y cualquier actividad similar que pueda afectar al Canquén Colorado, por un plazo de 30 días corridos, contados a partir de la notificación de la presente resolución judicial. Para tales efectos, la Superintendencia del Medio Ambiente, directamente o en colaboración con organismos sectoriales con competencias ambientales, deberán inspeccionar semanalmente los botaderos en cuestión, para velar por el cumplimiento de la presente medida cautelar.

ORDÉNESE a la Superintendencia del Medio Ambiente, que reingrese adecuadamente la solicitud de medida urgente y transitoria, justificando adecuadamente la existencia de impactos no previstos, así como de cualquier posible incumplimiento que tenga conexión con los efectos perjudiciales en el hábitat del Canquén Colorado, en un plazo de 30 días corridos, contados a partir de la notificación de la presente resolución judicial.

AL PRIMER OTROSI: Ténganse por acompañados los documentos, en la forma solicitada.

AL SEGUNDO OTROSI: Como se pide, notifíquese a la Superintendencia del Medio Ambiente por correo electrónico.

AL TERCER OTROSI: Ténganse presente.

AL CUARTO OTROSI: Ténganse presente.

Rol S-7-2015.

RHC

Proveída por el Ministro de Turno señor **ROBERTO PASTEN CARRASCO**.



Autoriza el Secretario Abogado don **FELIPE RIESCO EYZAGUIRRE**.

En Valdivia, a cuatro de noviembre de dos mil quince, se notificó por el estado diario la resolución precedente.-