

En lo principal: Recurso de reposición. **Primer otrosí:** En subsidio, solicita invalidación. **Segundo otrosí:** Solicita la suspensión de los efectos del acto recurrido. **Tercer otrosí:** Acompaña documentos.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

Matías Desmadryl Lira, en representación convencional de **Aquafarms S.A.** (“Aquafarms”), en el marco del expediente MP-058-2020, abierto por la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), a Ud. respetuosamente digo:

Que, encontrándome dentro de plazo, y conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y de los artículos 15 y 59 de la Ley N°19.880 de Bases Generales de los Procedimientos Administrativos (“LBPA”), vengo en deducir recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 2432 (“Resolución Recurrída”), de 9 de diciembre de 2020, mediante la cual SMA impuso medidas provisionales pre procedimentales en contra de Aquafarms, en atención a los antecedentes de hecho y consideraciones de derecho que se pasarán a exponer:

La Resolución Recurrída impuso dos medidas provisionales sobre Aquafarms. Por un lado, exigió la remoción total del pretil construido por mi representada en el río Rahue, así como de todas las obras que lo conforman. Por otro, exigió tres medidas de monitoreo y análisis del cauce, para efectos de evitar que las faenas a ejecutar para remoción del pretil generen afectaciones ambientales¹.

Es necesario señalar que la medida de retiro total del pretil no se adecúa al marco normativo contemplado para las medidas provisionales pre procedimentales. Con su dictación, en los hechos, la SMA obligará a paralizar la Piscicultura, la cual no solo genera consecuencias excesivamente gravosas sobre mi representada, sino que además no aborda el verdadero problema ambiental del río.

En efecto, la Resolución Recurrída no toma en consideración las perniciosas consecuencias que la extracción de áridos efectuada por Dowling & Schilling S.A. (“D&S”) ha generado sobre el fondo del cauce del río Rahue. Estas intervenciones del río, excediendo los límites fijados en la licencia ambiental de D&S, son la causa final de la existencia del pretil. Si D&S enmendara ambientalmente el río Rahue, recuperando la cota previa a su intervención, no existirían razones para que Aquafarms mantenga instalado el pretil cuestionado por la SMA.

Sin embargo, bajo las condiciones actuales del río, si Aquafarms diera cumplimiento a lo ordenado por la Resolución Recurrída, la principal consecuencia sería que el cauce disminuiría hasta el punto de hacer imposible la obtención de agua y, con ello, la operación de la Piscicultura El Copihue (“Proyecto”).

Pese a que la SMA está en conocimiento de las graves consecuencias ambientales del actuar de D&S, al momento de dictar la Resolución Recurrída ha omitido totalmente dicha circunstancia. Corresponde entonces que se enmiende dicho proceder y se tome en consideración estas consecuencias ambientales, por las cuales se debe determinar que no existe reproche jurídico que efectuar sobre Aquafarms.

¹ Los vicios que se plantean en este recurso sobre la Resolución Recurrída dicen relación con la medida provisional de retiro del pretil (establecida en el Resuelvo Primero N° 1). Sin embargo, atendida la accesoriedad existente entre las dos medidas provisionales impuestas, los vicios de invalidez alcanzan también a la provisional dictada en el Resuelvo Primero N° 2, de manera que también debe ser dejada sin efecto.

En otras palabras, la correcta ponderación de la gravedad del actuar de D&S, debe llevar a la SMA a considerar que el pretil solo se justifica por el daño que ese proyecto provocó sobre el cauce del río Rahue. Sobre esa consideración, se puede descartar la necesidad de medidas provisionales sobre mi representada, siendo ésta una víctima, un receptor del actuar ilegal de D&S.

De esta manera, esta reposición se estructura sobre la base de las siguientes líneas argumentativas: i) se explicarán en detalle los fundamentos en virtud de los cuales D&S es el responsable del desastre ambiental ocurrido en el río Rahue; ii) se aportarán argumentos que acreditan que la instalación del pretil no es susceptible de reproche jurídico alguno; iii) se indican los vicios que afectan la validez de la Resolución Recurrída y; iv) sobre esta base, se descarta la concurrencia de los requisitos que posibilitan la imposición de estas medidas provisionales.

I. SOBRE LA PROCEDENCIA DE ESTE RECURSO

Previo a entrar a las alegaciones de fondo, corresponde dar cuenta de las razones por las que este recurso debe ser admitido a trámite. Para ello, se debe acudir a lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo 15 de la LBPA:

*“Artículo 15. Principio de impugnabilidad. **Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico**, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.*

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”.

Al respecto, es necesario señalar que la Resolución Recurrída constituye un acto autónomo, que no se encuentra subordinado a ninguno posterior, y por lo tanto tiene la aptitud de generar efectos jurídicos propios. Lo anterior hace procedente, desde ya, el recurso que se deduce.

Pero también es impugnabile si se le atribuyera la calidad de un acto de mero trámite, pues se trataría de uno de carácter cualificado, es decir, que provoca indefensión. En efecto, la intensidad de las medidas decretadas por la SMA es tan grande, y provoca efectos tan gravosos sobre el Proyecto que, si no se permitiera la presentación de este recurso, Aquafarms se vería totalmente desprotegido frente a la potestad pública ejercida.

Por lo demás, se debe tener en consideración que nos encontramos ante medidas preprocedimentales dictadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 32 de la LBPA, por lo que corresponde acudir a los presupuestos fundamentales que justifican su dictación. Así, según esta disposición, **no se podrán adoptar medidas que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados**².

Como se demostrará, efectivamente las medidas dispuestas por la SMA son susceptibles de producir el efecto previsto en la norma citada. Por consiguiente, la posibilidad de impugnarlas es completamente procedente. De no ser así, mi representada quedaría en total y absoluta indefensión en sede administrativa.

² Artículo 32, inciso 4° de la LBPA.

II. SÍNTESIS DEL PROBLEMA AMBIENTAL DEL RÍO RAHUE

Resulta de utilidad explicar el contexto en el que se enmarca la decisión de la dictación de medidas provisionales sobre Aquafarms. Una debida ponderación de los antecedentes que se plantearán debe llevar a esta SMA a dejar sin efecto las medidas provisionales decretadas.

1. Sobre la responsabilidad ambiental de D&S

El principal elemento de contexto de esta reposición dice relación con las consecuencias de la operación de D&S sobre el río Rahue. En suma, la actividad de D&S, vulnerando la normativa ambiental y sectorial aplicable, ha generado afectaciones ambientales relevantes sobre el mencionado cauce.

Si bien D&S cuenta con calificación ambiental favorable para su proyecto de extracción de áridos, lo cierto es que dicha autorización ha sido ampliamente vulnerada por su proceder. En dichas autorizaciones ambientales D&S se comprometió, entre otras, a las siguientes limitaciones:

- Solo extraería material sedimentado proveniente del lecho del cauce, sin intervenir las riberas o zonas que pudieran ocasionar pérdidas de suelos ribereños o incrementar riesgo de inundación en zonas aledañas³.
- El sello de extracción no superaría en profundidad las cotas señaladas en los perfiles transversales indicados en la evaluación⁴.
- El aumento de velocidad de las aguas del río no ocasionaría procesos de socavación de importancia⁵.

Dichos márgenes de la autorización ambiental de D&S han sido totalmente vulnerados. El río Rahue ha sufrido una baja sostenible en su eje hidráulico y, a la fecha, su cota ha disminuido entre 4 a 5 metros respecto de su nivel original. Al respecto, existen antecedentes suficientes para vincular dichas afectaciones con la actividad de D&S.

Así, el Departamento de Puentes de la Subdirección de Obras de Vialidad, a propósito de una socavación producida en el puente Cancura, señaló que éstos tienen como origen ***“la intensiva extracción de áridos que se ha realizado en los últimos años en el cauce del río Rahue (...) lo que ha producido una acelerada y dramática degradación del lecho”***⁶.

Dicho de otro modo, debido al dragado excesivo de D&S se ha producido una disminución del eje hidráulico del río. Por ello, sectores que antes formaban parte del lecho, ahora se transforman en riberas, generándose una condición inestable en el cauce. Lo anterior, pues se favorecen procesos de arrastre-depositación, por los cuales secciones del río ubicadas aguas arriba del dragado pierden material de fondo, el cual pasa a depositarse en estas nuevas zonas expuestas.

Como bien señala el informe citado con anterioridad, *“No existe ningún otro fenómeno natural o actividad a la cual atribuirle esta disminución de la cota del lecho del río Rahue (...) si no es a la extracción de áridos en dicho sector”*. Así, resulta indudable la responsabilidad de D&S en las afectaciones provocadas sobre el cauce del río Rahue.

³ Adenda 1 de la DIA “Ampliación de Extracción de Aridos Río Rahue sector Cancura”, página 24.

⁴ *Ibid.*

⁵ Adenda 2 de la DIA “Ampliación de Extracción de Aridos Río Rahue sector Cancura”, Anexo 2, punto N° 5.2.4.

⁶ Informe “Análisis de las socavaciones de las cepas del Puente Cancura, Río Rahue, ubicado en la Ruta U-55-V, comuna de Osorno, Provincia de Osorno, Región de Los Lagos”. Este informe fue acompañado al Oficio Ord. N° 692 de 17 de marzo de 2017, donde la Dirección de Vialidad de Los Lagos le solicita a la Dirección Regional de Obras Hidráulicas de Los Lagos *“tomar las medidas pertinentes respecto de la extracción de áridos, tales como, (...) la nueva fijación de la zona de restricción”*.

Por lo demás, el propio D&S ha dado cuenta de la existencia de estas afectaciones sobre el cauce y ha comprometido medidas para su enmienda. Al efecto, en el Informe “Proyecto obras de mitigación de recuperación de cota fondo río Rahue”⁷ D&S propone a la Dirección de Obras Hidráulicas (“DOH”) *“la construcción de un pretil que actúe como barrera de estabilización del cauce y que permita la recuperación de la cota de fondo del río Rahue”*.

En dicha oportunidad, se indicó con claridad cuál sería la zona afectada del río Rahue cuya enmienda D&S pretende lograr. De hecho, el propio informe señala las zonas en las que se observó un proceso generalizado de degradación del lecho, el cual coincide con la ubicación de la bocatoma de Aquafarms.⁸

En suma, la responsabilidad de D&S en relación con las afectaciones del cauce del río Rahue resulta evidente. No solo existen antecedentes emanados de órganos públicos que así lo indican, sino que el propio D&S ha comprometido su enmienda a la DOH, en un proceso que aún se encuentra pendiente.

2. Consecuencias del actuar de D&S sobre la operación de la Piscicultura El Copihue

Aquafarms es propietaria de un derecho de aprovechamiento de aguas de uso no consuntivo⁹ por un caudal de 1.590 l/s, sobre las aguas del Río Rahue. Mediante el ejercicio de dicho derecho se abastecen los requerimientos de agua de la Piscicultura El Copihue, en la cual se desarrolla el cultivo y crianza de más de 3.000.000 de peces.

Para hacer uso de su derecho, el Proyecto cuenta con dos bombas de superficie que extraen el agua desde una bocatoma construida en la ribera izquierda del río Rahue. Desde esa captación, las aguas son conducidas hasta el lugar donde se ubica la piscicultura.

La cota de fondo de la bocatoma es la +44.00 y el nivel de agua requerido para que las bombas puedan extraer el caudal otorgado es la cota +46.10. Con este nivel se alcanza una operación óptima, evitándose la aspiración en vacío (cavitación) de las bombas. En condiciones límite, el sistema puede funcionar a la cota +45.5. Aunque, en ese caso, los equipos no son capaces de extraer la totalidad del caudal otorgado, dañándose los impulsores de las bombas por efecto de la cavitación y generándose un sobre consumo eléctrico. Finalmente, bajo la cota +45.00 no es posible extraer agua ya que el extremo de las tuberías de succión queda fuera del agua.

Producto de los perniciosos efectos ambientales ocasionados por D&S sobre el cauce, Aquafarms ha visto severamente amenazada su operación. Esto, pues el dragado efectuado por D&S ha favorecido el proceso de arrastre-depositación antes descrito. Por lo tanto, el material que forma el sello del río se ha desplazado desde el sector de la bocatoma de Aquafarms, para depositarse en el área intervenida por D&S. De esta manera, a la altura de la bocatoma, el río apenas alcanza la cota +43.8, lo que trae graves inconvenientes operativos para mi representada.

En otros términos, la afectación que D&S ha provocado sobre el río genera la imposibilidad de que el Proyecto pueda operar en los términos amparados por su licencia ambiental. Asimismo, impide el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas con los que cuenta Aquafarms. Por lo tanto, mi representada se ha visto en la obligación de adoptar medidas de contingencia, consisgentes en la ejecución de obras provisionales sobre el río, de modo de evitar que el actuar negligente de D&S impida su operación.

⁷ Elaborado por consultora DSS para D&S y citado por la SMA en la resolución que impone la medida provisional de paralización de faenas sobre D&S.

⁸ Ver Figura N° 1 en sección V.2.b) de esta reposición (página 15).

⁹ Constituido mediante resolución DGA Región de Los Lagos N° 410 de fecha 19 de diciembre de 2005.

Las distintas obras provisionarias instaladas por Aquafarms han tenido el único objeto de peraltar el nivel de agua del río, permitiendo la captación desde la bocatoma. Inicialmente, esta obra estaba compuesta por maxisacos compuestos por material pétreo, los cuales se instalaban sobre el fondo del río. Sin embargo, actualmente consisten en fondeos de hormigón, los cuales no se fijan al cauce y permiten el libre escurrimiento de las aguas.

Sin esta obra provisional, la piscicultura en su totalidad se vuelve inviable al carecer de agua, elemento irremplazable en este tipo de actividades.

En concreto, el Proyecto necesita captar en forma constante e ininterrumpidamente el derecho de aprovechamiento, dado que el agua captada es utilizada para renovar cada hora el 80% del contenido de las piscinas de la piscicultura. Dicho proceso es necesario para mantener estable los niveles de concentración CO₂ en los tanques.

En este sentido, en caso de que el ingreso de aguas se vea interrumpido, la piscicultura tiene una hora para renovar el agua de los tanques. De no realizar esta acción, los niveles de dióxido de carbono suben a tal punto que los peces mueren en el acto por intoxicación. Por lo tanto, sin la obra provisoria el flujo de agua se vería interrumpido en forma permanente, lo que supondría la mortandad total del cultivo de la piscicultura.

3. Sobre el ejercicio de las competencias de la SMA para hacer frente a las consecuencias del actuar de D&S

El actuar de D&S antes descrito no resulta ajeno al conocimiento de la SMA.

Recientemente fue este órgano fiscalizador el que, dando cumplimiento a lo prescrito en el inciso 4° del artículo 48 de LOSMA, solicitó la medida provisional pre procedimental de paralización de faenas de D&S. Para ello, la SMA requirió -y obtuvo- la autorización judicial correspondiente, según consta en la causa S-3-2020. Obtenida dicha autorización, la SMA procedió a dictar la Resolución Exenta N° 2112 (“RE 2112”) de 21 de octubre de 2020, en la cual impuso la paralización total de faenas de D&S por el plazo de 15 días.

Al respecto, resulta de utilidad recordar las consideraciones planteadas en los actos administrativos y jurisdiccionales que llevaron a la imposición de la paralización de la operación de D&S.

Por una parte, la SMA concluye que *“la agresiva intervención de las faenas de extracción de áridos ha generado un desnivel en el río desde la cota original, lo cual se evidencia en las condiciones de escurrimiento del cauce, erosión de las riberas y un menoscabo en el uso del recurso hídrico que a su vez se manifiesta en un cambio en la morfología del río”* ¹⁰. Luego, complementa esta aseveración indicando que *“la situación descrita precedentemente está produciendo un daño grave al cauce, modificándolo significativamente (...), entorpeciendo los derechos de terceros en cuanto al consumo, así como el libre escurrimiento de las aguas, en un área más de 1 kilómetro aproximadamente, lo que ha traído como consecuencia presumiblemente la pérdida de Hábitat de la fauna acuática, así como la pérdida de los servicios ecosistémicos del río, como el uso de agua para fines industriales, proveer de belleza escénica para el turismo y la recreación, así como el uso del río para la pesca recreativa.”* ¹¹.

Por otra parte, el Ilte. 3° Tribunal Ambiental autorizó la imposición de la medida provisional de paralización de faenas en atención a que *“se está realizando extracción de material del río Rabue más allá de*

¹⁰ Superintendencia del Medio Ambiente, Solicitud de autorización de medidas provisionales de 13 de octubre de 2020 (S-3-2020), pág. 20 y RE 2112, considerando 45 (pág. 19).

¹¹ Superintendencia del Medio Ambiente, Solicitud de autorización de medidas provisionales de 13 de octubre (S-3-2020), pág. 21 y RE 2112, considerando 47 (pág. 19).

lo contemplado en la evaluación, lo que podría traer como consecuencia impactos no previstos en la evaluación ambiental del proyecto”¹².

En conclusión, se encuentra acreditado por medio de los propios actos y declaraciones de la SMA - y del Ilte. Tribunal- que la conducta de D&S es responsable de una afectación sustancial del cauce del río Rahue. Lo anterior, no solo implica que nos encontramos ante un daño inminente al medio ambiente, sino que también se ha probado la afectación al ejercicio de los derechos de agua de Aquafarms.

Por ende, resulta necesario que la SMA pondere correctamente estos antecedentes en relación con las medidas provisionales impuestas. Así, a partir de la constatación de que el pretil se origina en el actuar ilícito de D&S, justificando así la calidad de medidas de contingencia, corresponde que esta SMA deje sin efecto la Resolución Recurrída.

III. LA DISPOSICIÓN DE OBRAS TEMPORALES EN EL CAUCE DEL RÍO RAHUE SE ENCUENTRA AJUSTADA A DERECHO

Como ya se explicó latamente, la actuación ilegal de D&S generó una disminución de la cota del río Rahue de hasta 4 metros, afectando severamente el ejercicio del derecho de aprovechamiento de agua de Aquafarms. Por tanto, para efectos de poder continuar con la operación de la piscicultura, fue imprescindible que Aquafarms ejecutara medidas de contingencia mediante la disposición de obras de carácter temporal y provisionales consistentes en fondeos de hormigón; y con ello, buscar restituir, al menos parcialmente, el nivel o cota natural del río. En efecto, a partir de la implementación de estas medidas de contingencia la Piscicultura El Copihue ha podido mantener -aunque temporalmente- el funcionamiento de la planta autorizada mediante las RCA 353/2011 y 769/2012.

En este sentido, estamos frente a la implementación de una solución ante la contingencia provocada por D&S, razón por la cual difícilmente puede estimarse contraria a derecho. Por el contrario, la medida descrita se encuentra completamente ajustada a derecho, en tanto: i) su instalación se justifica en los daños provocados por D&S, y por ende, su permanencia en el río depende única y exclusivamente de la reparación que la empresa de áridos debe efectuar; ii) la obra dispuesta por Aquafarms, su carácter provisional y temporal, así como la improcedencia de permisos a su respecto, se encuentra expresamente respaldada en el Ordinario N°307 (24/07/2020) dictado por el Director General de Aguas (“DGA”); y; iii) existen fundamentos y elementos de juicio que llevan a la conclusión de que la ejecución de la medida de contingencia no infringió los límites de la licencia ambiental de Aquafarms.

1. Las obras consistentes en fondeos de hormigón -que componen el pretil- constituyen una medida de contingencia, en tanto su existencia está supeditada en un 100% al daño causado por D&S

Tal como consta de los antecedentes que motivaron la consulta, revisión y luego el pronunciamiento emitido por parte del Director General de Aguas mediante el Ord. N° 307, las obras asociadas al pretil consisten en fondeos de hormigón, los cuales por su forma y dimensiones, y no encontrarse anclados al cauce, pueden ser fácilmente instalados, reubicados y retirados. Esta solución temporal busca resolver la situación provocada por la disminución de varios metros en la cota del río Rahue, de manera que una vez que D&S cese el dragado y repare el cauce, la bocatoma de la Piscicultura volverá a su funcionamiento normal, esto es, conforme al diseño y permisos existentes.

¹² Resolución del 3° Tribunal Ambiental de fecha 20 de octubre de 2020 (S-3-2020), pág 4.

Lamentablemente, por razones completamente imposibles de prever y ajenas a la voluntad e injerencia de Aquafarms, la disposición y luego la mantención de los fondeos se ha visto forzada por el dato incontrastable de que D&S ha dañado gravemente el cauce, y peor aun, de que continúa ejecutando labores de dragado sin permiso alguno.

Asimismo, no existe ningún plan de abandono conocido (aprobado o en evaluación) que repare los daños provocados en el cauce del río Rahue. Por su parte, la SMA pese a haber dictado una medida provisional pre procedimental en contra de D&S (RE 2112), no formuló cargo alguno en contra de dicha empresa, y ante la gravedad de los hechos, tampoco renovó la medida luego de vencido el plazo de la misma.

En atención a lo anterior, y aun cuando la SMA fue especialmente clara y contundente en todos los fundamentos que habilitaron la dictación de la RE 2112, la situación actual es que ninguna autoridad ha impedido que D&S continúe dragando y extrayendo áridos, a pesar de no contar con licencia ambiental ni sectorial que la habilite.

En este contexto, queda del todo claro que la disposición y mantención de los fondeos de hormigón, constituye una medida 100% de contingencia, al depender única y exclusivamente de la actuación de D&S. Tanto es así, que de no mediar ninguno de los daños sobre el cauce del río Rahue, o bien habiéndose éstos reparado, Aquafarms nunca habría ejecutado estas obras. En la misma línea, si el día de mañana D&S ejecutara una acción reparativa que permita recuperar las cotas naturales del río, Aquafarms no tendrá necesidad de mantener una obra que no cumple función alguna en el Proyecto aprobado ambiental y sectorialmente.

En esta materia, cabe tener presente que Aquafarms diseñó, evaluó y obtuvo su aprobación ambiental y sectorial, en función de una línea de base que contemplaba la situación del río Rahue bajo su comportamiento natural, y además, bajo un supuesto conocido de que D&S no afectaría el cauce, no afectaría las riberas, no disminuiría las cotas del río, no cambiaría la morfología del río, y tampoco su comportamiento hidráulico. Así las cosas, resulta imposible se pretenda exigir a un titular de proyecto, como lo es Aquafarms, que deba haber previsto una situación como ésta, y en consecuencia evaluado un proyecto en un escenario modelado por el daño, incumplimiento y afectación provocada por un tercero. Lo mismo aplica actualmente. En tanto la situación vigente al día de hoy es completamente dinámica al mantener D&S una actividad extractiva continua sobre el río Rahue, resulta técnicamente imposible de diseñar y evaluar un proyecto ante una realidad cambiante causada por la actuación ilegal de un tercero. Tanto es así, que el mismo Director General de Aguas mediante Ord. 307 de 24/07/2020 expresa que en un entorno cambiante como el descrito, no corresponde exigir, ni menos evaluar, un permiso de parte de Aquafarms.

Sobre lo anterior, si bien constituye un pronunciamiento emitido por la Dirección General de Aguas, aun no existiendo un pronunciamiento emitido por la autoridad ambiental, subyace el mismo fundamento. Es del todo improcedente que se le exija a Aquafarms que someta a evaluación y/o autorización una medida -de contingencia- implementada ante una situación provocada por un tercero, respecto de la cual aun no se conoce cuándo ni cómo se reparará el daño, y peor aún, tampoco existe certeza de la efectividad del plan de abandono aun pendiente de aprobación.

En consecuencia, Aquafarms si bien diseñó, aprobó y opera un proyecto en completo cumplimiento a su licencia ambiental y permisos sectoriales vigentes, se ha visto compelida a ejecutar una medida en respuesta a una situación completamente ajena a su voluntad. Así, la existencia y necesidad de mantener los fondeos que componen el pretil están sujetos únicamente a esta condición de la contingencia provocada por D&S.

Habiendo claridad absoluta en que D&S ha sido el único causante de la baja sostenida de la cota del río Rahue, y que el Proyecto no requiere de obra alguna en el cauce ni tampoco tiene problema de

aguas (tiene derechos de aprovechamiento de aguas suficientes, y el río Rahue cuenta con disponibilidad), igualmente Aquafarms ha estado evaluando e implementando diversas medidas para sobrellevar esta contingencia.

En este sentido, junto a la mantención de estas obras provisionales, Aquafarms ha ejecutado una obra consistente en una cámara ubicada fuera del cauce del río Rahue que complementa las obras de captación existentes (bocatoma), para ponerla prontamente en operaciones. El objetivo es que la puesta en marcha de esta nueva obra, luego de asegurar un correcto funcionamiento de la bocatoma existente, permita retirar progresiva y paulatinamente los fondeos de hormigón desde el río Rahue. Al respecto, se informa que el proyecto de la obra actualmente está sometido a conocimiento y visación de la Dirección General de Aguas, a fin de que esa autoridad la valide y la incluya formalmente en la etapa de recepción definitiva de la bocatoma aprobada.

2. La DGA ha revisado y emitido un pronunciamiento sobre la medida de contingencia de los fondeos de hormigón, calificándolas como obras provisionales y temporales, que no requieren permiso alguno (de modificación de cauce ni modificación de bocatoma).

Para efectos de asegurar que la construcción del pretil sobre el río Rahue no implica una vulneración de la normativa sectorial, Aquafarms presentó con fecha 6 de mayo de 2020 una solicitud de pronunciamiento de la DGA. En ella, se buscaba que la autoridad declarara que la medida de contingencia consistente en la disposición de los fondeos de hormigón, no requerían del permiso de modificación de cauce de los artículos 41, 171 y demás pertinentes del Código de Aguas.

El resultado de esta gestión consistió en la dictación del Oficio Ord. N° 307 de 24 de julio de 2020 (“Ord. N° 307”), el cual eximió a Aquafarms de la obtención del referido permiso. Para lo anterior, la DGA realizó un análisis al que vale la pena acudir, en razón de que demuestra el actuar conforme a la normativa sectorial que presenta el pretil instalado en el cauce, cumple con los estándares exigibles, y por cierto, que su instalación obedecen al daño y degradación del cauce provocado por D&S.

Por medio del Ord. N° 307, se da cuenta de que, con anterioridad al fondeo de hormigón, Aquafarms había ejecutado el pretil contemplando la disposición de maxisacos y material pétreo en forma transversal al curso del río. Esto, con el objeto de peraltar el nivel del agua hasta la cota mínima de funcionamiento de la bocatoma de la piscicultura, la cual se encontraba “colgada” desde el año 2018.

Luego, se indica que esas obras iniciales fueron sometidas a fiscalización, según consta en los expedientes FS-1002-46 y FO-1002-39. En este último expediente, Aquafarms se vio expuesta a la sanción de 75 UTM por haber alterado el régimen de escurrimiento de las aguas, exigiéndose la presentación de un proyecto de modificación de cauce.

Atendida esta sanción, Aquafarms procedió a retirar las instalaciones dispuestas en el río Rahue entre los años 2018-2019 (los ya descritos maxisacos), para efectos de reemplazarlos por una medida transitoria y temporal que permitiera ejercer el derecho de aprovechamiento de aguas en la bocatoma autorizada por la DGA. Estas obras, según se indica en el Ord. N° 307, consistieron en los actuales fondeos de hormigón *“los que permiten el flujo de agua logrando recuperar transitoriamente la cota y el eje hidráulico del río”*¹³.

Respecto de estas obras, la DGA señala que *“si bien se busca cambiar el eje hidráulico del río, las labores que se proyectan buscan mantener la operatividad de la bocatoma, y en ese sentido se puede interpretar como que caben dentro de los manejos fluviales provisionales que expresamente están exentos de la aplicación del permiso de modificación”*

¹³ Ord. N° 307, pág. 2.

de cauce”¹⁴. Para fundamentar esta decisión, el Ord. N° 307 se funda en la Resolución Exenta N° 135 de 2020 de la DGA, en cuyo N° 4 letra g), se exige del permiso de modificación de cauce a aquellas “*obras fluviales provisionales que, por sus simplificadas características técnicas, no cuentan con un proyecto de obra civil que deba ser sometido a revisión*”.

Por último, para culminar el razonamiento recién expuesto, la DGA indica expresamente que “*corresponderá eximir a la requiriente AQUAFARMS S.A., de la obligación de presentar un proyecto de modificación de cauce (...), toda vez que las obras ejecutadas en el cauce del río Rahue no se ajusta a las descritas en el Resuelvo 3° de la Resolución DGA (Exenta) N° 135, de 31 de enero de 2020, no siéndole aplicable el permiso de modificación de cauce exigido*”¹⁵.

En suma, es evidente que actualmente las obras del pretil no conllevan una infracción a la normativa sectorial. La DGA -al contrario de la SMA- tomó en consideración el actuar ilegítimo de terceros, permitiendo la ejecución de obras provisionales sobre el cauce del río Rahue, **en tanto se mantengan las afectaciones provocadas por D&S**. Atendidas las reglas sectoriales, las obras del pretil construido por Aquafarms tiene el carácter de provisional, de manera que pueden operar sin el permiso de los artículos 41 y 171 del Código de Aguas.

Para terminar, reforzando lo ya expuesto, resulta especialmente necesario relevar lo resuelto por la DGA al señalar que resulta: “**improcedente que en esta fase la Dirección General de Aguas exija a un tercero que es afectado por los cambios morfológicos en el río, presentar un proyecto definitivo para modificar la obra de captación existente, v antes autorizada para construir conforme al permiso específico establecido en el artículo 151 del Código de Aguas, también aplicada para la modificación de una bocatoma existente, no siendo, en principio, una modificación de cauce natural que se somete al permiso sectorial del artículo 171 del Código de Aguas**” (el destacado es nuestro).

Asimismo, en el Memorándum DARH N°197 del Depto. de Administración de Recursos Hídricos de la DGA, sobre el cual se fundó el Ord. 307, se señala lo siguiente:

1° “**Un factor que además es de suma relevancia para analizar la situación, es el hecho que el proceso de degradación del lecho del río Rahue no podrá ser mitigado ni controlado sin la ejecución de obras fluviales y en un largo período de tiempo, condiciones que no permitirían a un tercero afectado, proyectar una solución definitiva y rápida para modificar una obra de captación construida y además someter dicha modificación a un nuevo permiso de construcción ante esta Dirección**” (el destacado es nuestro).

2° “**Sin embargo, desde ya se debe sopesar la condición dinámica de la degradación del lecho, y el tiempo necesario para que se apruebe, ejecute y concrete la estabilización del lecho en el marco de proyecto de “Abandono de Extracción de Áridos Sector Cancura Río Rahue, Provincia de Osorno”, que es objeto de la evaluación de la Dirección de Obras Hidráulicas y la Superintendencia del Medio Ambiente y, por tanto, no se puede definir en estos instantes una solución definitiva a ejecutar en la obra de captación de la Piscicultura Los Copihues**” (el destacado es nuestro).

3. Existen elementos de juicio suficientes para considerar que la construcción del pretil no conlleva una infracción de la licencia ambiental de Aquafarms

a) El pretil no forma parte del Proyecto, sino que es una obra de emergencia y provisional, instalada ante la contingencia generada por D&S

En primer lugar, se debe insistir en lo ya expuesto en relación al origen del pretil, esto es, que su principal fundamento dice relación con la afectación generada por D&S sobre el cauce del río Rahue.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 3 (destacado original).

¹⁵ *Ibíd.*

A partir de ello, se debe comprender que la naturaleza del pretil no dice relación con una instalación que mejore o complemente el proceso productivo de Aquafarms. Lo único que busca esta obra provisional es que el Proyecto pueda operar de la manera en que se contempló en su licencia ambiental, esto es, por medio de la bocatoma contemplada en el río Rahue.

En este sentido, es razonable plantear que el pretil no forma parte del proyecto o de su operación normal. Su objeto dice relación con ejecutar una medida de emergencia, sin la cual la licencia ambiental de Aquafarms no produciría efectos. En otras palabras, en el caso de que mi representada retirara el pretil -como lo solicita la SMA-, consecuentemente se vería impedida de captar las aguas del río Rahue y, con ello, imposibilitada de ejecutar normalmente la actividad para la cual se encuentra autorizada ambientalmente.

La Resolución Recurrída efectúa un análisis excesivamente abstracto de lo que considera como infracciones del permiso ambiental de Aquafarms. Lo anterior, producto de que la SMA simplemente acude a lo dispuesto en la licencia ambiental de mi representada, la cual no contempló el pretil instalado.

Un ejemplo de esta revisión meramente formal es posible de apreciar en el considerando 24 de la Resolución Recurrída. En dicha sección, se señala que las licencias ambientales de Aquafarms *“consideraron la construcción de una bocatoma constituida por una obra de hormigón armado paralelo a la ribera oeste del río, en una zona de bajo impacto, con el objeto de no afectar el curso del río ni su eje hidráulico, y no la construcción de un pretil en forma transversal al cauce en toda su extensión, cuyos impactos además, no han sido evaluados”*. Esta conclusión resultaría correcta bajo el supuesto de que las condiciones de aprobación de la Piscicultura El Copihue permanecen inalteradas.

Sin embargo, una consideración de la afectación generada por D&S, obliga a realizar un esfuerzo interpretativo que busque que la bocatoma del Proyecto sea útil en las nuevas circunstancias. Así, ante la disminución de la cota del río ocasionada por un tercero, **no resulta improcedente la instalación del pretil para restituir parcialmente el eje hidráulico del cauce y, en suma, permitir la operación de la piscicultura.**

b) El pretil no constituye un cambio de consideración ni genera impactos no previstos

En segundo lugar, la Resolución Recurrída plantea que el presente caso es uno en el cual, eventualmente, se podrían dar los supuestos de modificación de proyecto por cambios de consideración del artículo 2, letra g.3) del D.S. N° 40/2020 del Ministerio del Medio Ambiente (*“RSEIA”*). Esta hipótesis reglamentaria exige que se deben someter a evaluación ambiental aquellas obras que *“modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad”*.

Al respecto, el considerando 26 de la Resolución Recurrída señala expresamente que *“la construcción del pretil puede modificar la extensión magnitud o duración de los impactos asociados al proyecto, dada la evidencia levantada en terreno, que da cuenta de afectación del eje hidráulico y erosión de la ribera oeste del río”*¹⁶.

En nuestro concepto, tal aseveración no tiene asidero.

En primer lugar, porque, como se ha dicho, el pretil no es una obra adscrita al proyecto de Aquafarms, sino una que persigue neutralizar los efectos dañosos causados por un tercero.

¹⁶ Resolución Recurrída, pág. 14 (destacado original).

En segundo lugar, y como se ha planteado insistentemente en esta impugnación, la obra que generó la alteración del eje hidráulico del río fue la extracción de áridos efectuada por D&S, la cual excedió y contravino su permiso ambiental. En este sentido, el objeto del pretil es reestablecer el eje hidráulico perdido producto de la actividad de D&S, de manera que no se puede estimar que conlleva una modificación de la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales aprobados para la Piscicultura El Copihue. Al contrario, se busca que el Proyecto pueda operar sobre los márgenes considerados en su evaluación ambiental.

Por ello es que no es efectivo que el pretil sea capaz de alterar los servicios ecosistémicos del Río Rahue, pues lo que persigue es mantener en lo posible las condiciones **naturales** del flujo y nivel de las aguas del río Rahue.

Tampoco hay un supuesto casos de impactos no previstos asociados a la construcción del pretil¹⁷. La atenta consideración del contexto de las afectaciones del río Rahue, habría llevado a determinar que el pretil no es un impacto no previsto de la Piscicultura El Copihue, entre otras razones, porque la causa que condujo al emplazamiento de esta obra no tiene su origen en la operación de la Piscicultura. Por el contrario, es una medida de emergencia que permite viabilizar su operación atendida la afectación que D&S produjo sobre el cauce.

c) Si bien el pretil no está contemplado en la licencia ambiental de Aquafarms, ello no constituye infracción

En tercer y último lugar, corresponde señalar que, efectivamente, el pretil instalado en el cauce del río no fue contemplado en la licencia ambiental del Proyecto. Sin embargo, ello no significa que su construcción conlleve una infracción ambiental.

En efecto, el principio de razonabilidad impide que cualquier tipo de desviación conlleve el ejercicio de las potestades cautelares de la SMA. Corresponde reservar la calidad de infracciones a aquellas que efectivamente producen consecuencias ambientales relevantes.

Al respecto, no existe un catálogo de criterios que determinen qué infracciones son relevantes y cuáles no. No obstante, la práctica de la SMA -y la defensa de sus actos administrativos ante los Tribunales Ambientales¹⁸-, permite deducir algunos criterios que dan cuenta de las desviaciones que ameritan ser consideradas como infracciones.

Por un lado, aquello está dado por la posibilidad de que la desviación altere sustancialmente los supuestos esenciales de la evaluación ambiental (línea de base, área de influencia, efectos o impactos y/o medidas de mitigación, reparación o compensación). Por otra parte, se puede entender que la desviación será de entidad cuando implique un cambio de consideración en los términos del artículo 2 letra g) del RSEIA.

De esta manera, corresponde señalar que el pretil no cumple con ninguno de los criterios antes expuestos: no altera los supuestos esenciales de la evaluación, pues busca restituir el cauce al nivel que se evaluó ambientalmente, de manera de operar en los términos autorizados. Asimismo, como

¹⁷ Estas insinuaciones aparecen en los considerandos 22.A.c. y 22.B.c. que destacan secciones de las RCA N° 353/2011 y RCA N° 769/2012 respectivamente.

¹⁸ Al respecto, se puede citar lo sostenido por la SMA en el informe evacuado en causa Rol R-53-2017, seguida ante el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, donde se indicó que lo que determina la modificación ilegal de un proyecto está determinado por el análisis de **“si dichas modificaciones difieren o alteran sustancialmente los supuestos esenciales o básicos de la evaluación ambiental, entre otros, la línea de base, área de influencia, efectos o impactos y las correspondientes medidas de mitigación, reparación o compensación”**. En el mismo sentido, consta en el informe evacuado en causa Rol R-18-2019, del mismo Tribunal, que **“existen hallazgos que pueden constituir una desviación formal a las exigencias contenidas en un instrumento de carácter ambiental, pero que, debido a que no tienen la capacidad de generar un impacto de relevancia ambiental, razonablemente puede esta SMA (...) no iniciar un procedimiento sancionatorio”**.

ya se señaló anteriormente, el pretil no constituye un cambio de consideración en los términos del artículo 2 letra g.3).

Por lo tanto, el hecho de que la SMA considere como infracción la construcción del pretil resulta contrario al principio de razonabilidad. Una obra provisional, que busca restituir el río Rahue a su condición anterior a la afectación de D&S, no tiene la entidad suficiente para ser considerado como una infracción ambiental.

En suma, en la decisión adoptada por la SMA no se tomó en consideración una serie de argumentos que le permitían llegar a la conclusión de que no existen infracciones de la licencia ambiental de Aquafarms.

IV. VICIOS QUE AFECTAN LA VALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

Sobre la base de lo anterior, se puede sostener que la SMA impuso medidas provisionales a Aquafarms, pese a tener todos los antecedentes para comprender las razones y origen del pretil, o Obra que, por lo demás, se encuentra ajustada a la normativa sectorial y no constituye infracción ambiental alguna.

De esta manera, con la Resolución Recurrída la SMA se aparta de los presupuestos que todo actuar administrativo debe respetar: i) que las competencias se activen a la luz de los supuestos de hecho que habilitan su ejercicio y; ii) que la actividad administrativa se ejerza con imparcialidad y de manera fundada.

Por estas infracciones, corresponde que se dicte un acto de contrario imperio, por el cual esta SMA revierta la decisión de imponer medidas provisionales.

1. La Resolución Recurrída se dictó sin considerar los verdaderos supuestos de hecho del caso

Como se indicó en secciones anteriores, pese a que la SMA estaba en conocimiento de las infracciones y de las perniciosas consecuencias ambientales del actuar de D&S, dichos antecedentes fueron omitidos. Lo anterior, constituye un proceder apartado de los presupuestos fácticos que rodean a la situación ambiental del río Rahue. Por lo tanto, la imposición de medidas provisionales sobre Aquafarms en este contexto, infringe uno de los requisitos objetivos de los actos administrativos.

Al respecto, la doctrina ha señalado que “[p]ara que un acto administrativo se produzca regularmente y no incurra en causa de invalidez, es necesario que la competencia con que cuenta el órgano se active a la vista de los presupuestos de hecho establecidos en la norma (...)”. Complementando lo anterior, se señala que “*las competencias de un órgano administrativo están determinadas por los hechos y estos se deben acreditar durante el procedimiento administrativo, la decisión administrativa se debe adecuar a ellos de manera que el acto en su contenido debe ser congruente con los hechos, de modo que si eso no es así, el acto adolece de un error que vicia el acto administrativo*”¹⁹.

Como se ha señalado, los antecedentes de este caso entregaban elementos de juicio suficientes para estimar que el pretil constituye una obra totalmente ajustada a la normativa, y justificada en razón del actuar ilegal de D&S. Omitir estas consideraciones de la decisión adoptada en la Resolución Recurrída se aparta tan radicalmente de la realidad que el acto adolece de un vicio que justifica su anulación.

¹⁹ Luis Cordero Vega, Lecciones de Derecho Administrativo, Thompson Reuters, 2º Edición, p. 261.

2. La Resolución Recurrída infringe el principio de imparcialidad

El artículo 11 de la LBPA consagra el principio de imparcialidad, bajo los siguientes términos:

*“Artículo 11. Principio de imparcialidad. **La Administración debe actuar con objetividad** y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.*

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

A la luz de todos los antecedentes que daban cuenta de la necesidad del pretil, su construcción ajustada a derecho y la responsabilidad de D&S en todo este asunto, no se puede entender que en la Resolución Recurrída se hayan omitido estos antecedentes para decidir.

Dicha omisión conlleva dos consecuencias que ameritan que se deje sin efecto la Resolución Recurrída.

Por un lado, a partir de ella se constata que la SMA no actuó con objetividad, ya que solo consideró parcialmente los antecedentes, ignorando aquellos que justificaban la existencia del pretil. Por otro lado, por esa misma razón el acto deviene en arbitrario por falta de fundamentación.

V. LA RESOLUCIÓN RECURRIDA NO DIO CUMPLIMIENTO A NINGUNO DE LOS REQUISITOS PARA DICTAR MEDIDAS PROVISIONALES PRE PROCEDIMENTALES

Corresponde plantear de manera sucinta qué requisitos establece la normativa ambiental para efectos de la dictación de medidas provisionales pre procedimentales.

Estos son los siguientes: i) En el caso de consistir en una de las medidas más gravosas (letras c), d) y e) del artículo 48 LOSMA), la SMA debe solicitar autorización al Tribunal Ambiental competente; ii) Debe existir una apariencia de comisión de una infracción o antecedentes que den cuenta de una situación de riesgo para el medio ambiente o la salud de las personas (humo de buen derecho); iii) El riesgo o peligro de daño al medio ambiente o salud de las personas debe ser de carácter inminente y, al ser preprocedimentales, requieren acreditar la urgencia que amerita su dictación (peligro en la demora); iv) No deben ocasionar perjuicios de difícil o imposible reparación o violar derechos amparados por las leyes y; v) Deben ser proporcionales en relación al tipo de infracción y a las circunstancias del artículo 40 LOSMA.

A la luz de lo anterior, es posible plantear reparos al cumplimiento de cada uno de estos requisitos por parte de la Resolución Recurrída. Especialmente, en lo que dice relación con la medida de remoción total del pretil contemplada en el Resolvo Primero N° 1 ²⁰.

²⁰ No obstante que los vicios de la Resolución Recurrída se concentran en dicha medida, esto no implica que la provisional impuesta en el Resolvo Primer N° 2 pueda permanecer vigente. En efecto, existe una relación de accesoriadad, por la cual, dejada sin efecto la primera medida, la segunda pierde todo sentido.

Para acreditar lo anterior, basta la simple lectura de la segunda medida provisional: *“Dentro del periodo de remoción del pretil y a fin de evitar continuar con las afectaciones ambientales de estas faenas (...)”*. Evidentemente, si se deja sin efecto la remoción del pretil no se realizará faena alguna en el cauce, por lo cual esta medida provisional pierde su objeto.

1. La medida provisional de remoción total del pretil es una orden de detención de funcionamiento y, por lo tanto, la SMA no cumplió con el requisito de solicitar autorización al Tribunal Ambiental

En el marco de esta reposición ya han sido planteadas las consecuencias que generaría la remoción del pretil provisorio instalado transversalmente en el río Rahue. En efecto, la implementación de la medida provisional contemplada en el Resuelvo Primero N° 1 conllevaría la imposibilidad de la operación del Proyecto y la mortandad de toda la cosecha de peces.

De esta manera, lo que la Resolución Recurrída plantea como una medida de corrección (artículo 48, letra a), LOSMA), en realidad consiste en una medida de cierre de la piscicultura (artículo 48 letra d), LOSMA). Por tanto, debido a su carácter intrusivo, se debió haber solicitado autorización al Tribunal Ambiental, cuestión que evidentemente no se efectuó.

De esta manera, al imponer la medida provisional de “remoción total del pretil” sin haber obtenido la autorización del Ilte. Tribunal Ambiental competente, la SMA actuó ilegalmente y al margen de sus competencias. Así, se justifica que la Resolución Recurrída sea dejada sin efecto.

2. No existe un humo de buen derecho que fundamente la dictación de las medidas provisionales impuestas en la Resolución Recurrída

En virtud de este requisito se deben dar cuenta de fundamentos y elementos de juicio suficientes que amparen, al menos a primera vista, que se puede constatar tanto una apariencia de infracción, como un riesgo de daño inminente sobre el medio ambiente.

El propio artículo 48 LOSMA, en su remisión al artículo 32 de la LBPA, permite constatar que la dictación de las medidas provisionales requiere de la “*existencia de elementos de juicio suficiente para ello*”. Dicho de otro modo, la autoridad administrativa debe fundarse en elementos de juicio suficientes e idóneos para efectos de constatar tanto la apariencia de infracción como el riesgo de daño inminente.

a) Los elementos de juicio disponibles llevan a la conclusión de que no existe una apariencia de infracción

Respecto de la apariencia de infracción, y como se sostuvo con anterioridad, existen al menos tres argumentos para señalar que no existen elementos de juicio suficiente para plantear una apariencia de infracción a la licencia ambiental de Aquafarms: i) debido a que constituye una obra provisional que no requiere permisos y que no forma parte del Proyecto, sino que busca permitir su operación ante una contingencia ambiental ocasionada por D&S; ii) atendido a que no constituye un cambio de consideración en los términos del artículo 2, letra g.3) del RSEIA, al contrario, el pretil busca retornar la operación del Proyecto a las condiciones consideradas en la evaluación ambiental y; iii) debido a que el pretil, de llegar a considerarse una desviación respecto del permiso ambiental de Aquafarms, no tendría la entidad suficiente para sostener una formulación de cargos.

Estos antecedentes deben ser ponderados en su debido mérito. Ejercicio a partir del cual, la SMA podrá acoger este recurso de reposición, dejando sin efecto la Resolución Recurrída.

b) Existen elementos de juicio para señalar que D&S es el responsable de las afectaciones al cauce del río Rahue

En lo que respecta a la producción el daño inminente al medio ambiente, los considerandos 36 y 37 de la Resolución Recurrída resumen de manera bastante ilustrativa los fundamentos de la SMA:

“36. En este contexto, es dable indicar que **la instalación del pretil está produciendo un daño inminente al medio ambiente**, dado que ha provocado erosión y socavones de la ribera adena a la bocatoma; cambios en las condiciones naturales del flujo y nivel de las aguas del río Rahue; zonas de agradación aguas abajo del pretil; la degradación del hábitat de la fauna acuática y el desplazamiento de especies ícticas nativas, las cuales son pequeñas, de baja movilidad, frágiles y que se encuentran en estado de conservación.

37. En esta línea, y considerando el trabajo de la Seremi del Medio Ambiente, a través de la Mesa de Recuperación del Río Rahue, la instalación del mencionado pretil conlleva la probabilidad de accidentes por parte de embarcaciones o afectar su libre desplazamiento, la pérdida de los servicios ecosistémicos del río, el proveer de belleza escénica para el turismo y la recreación, así como el uso del río para la pesca recreativa, además de la intervención hacia los derechos de un tercero, de finalizar su proyecto de extracción de áridos”.

Sin embargo, estas aseveraciones son efectuadas por la SMA, pese a que cuenta con antecedentes y declaraciones del propio D&S donde indica las afectaciones provocadas sobre el cauce. En efecto, el informe citado en el considerando 20 de la RE 2112 da cuenta de la existencia de “un proceso generalizado de degradación del lecho”²¹ del río Rahue, respecto del cual D&S compromete medidas de mitigación.

Como se verá, la zona en la cual D&A indica que se concentraría este proceso de degradación del río Rahue coincide plenamente con la ubicación de la bocatoma de Aquafarms:

Figura N° 1



Fuente: Informe D&S (2019) y RE 2112 (2020)

Es más, el recuadro rojo no solo coincide con la bocatoma de la Piscicultura El Copihue, sino que también se superpone con todas las zonas respecto de las cuales la SMA indica que Aquafarms estaría generando riesgos al medio ambiente. De hecho, las Imágenes N° 5 a N° 12 de la Resolución Recurrída, con las cuales la SMA pretende acreditar el daño inminente generado por Aquafarms, fueron tomadas dentro de este sector afectado por la extracción de áridos de D&S.

Por último, llama profundamente la atención que la SMA cuestione a Aquafarms por la instalación de un pretil que, cuando es propuesto como mitigación por parte de D&S no es objeto de ningún

²¹ Informe “Proyecto obras de mitigación recuperación de cota fondo río Rahue”, elaborado por DSS S.A. para D&S.

reparo. En efecto, esta autoridad señala en el considerando 20 de la RE 2112 -sin manifestar disconformidad- que D&S pretende instalar un pretil longitudinal al río Rahue, con el objeto de que éste “actúe como barrera de estabilización del cauce y que permita la recuperación de la cota de fondo del río”²².

La disparidad de criterio de la SMA se ve graficada en el hecho de que ni el pretil construido por mi representada, ni el propuesto D&S forman parte de las correspondientes licencias ambientales. En otras palabras, la RCA de D&S no contempló la construcción de un pretil y, en este sentido, se encuentra en la misma situación permisológica que la obra provisional de Aquafarms. No obstante la igualdad de condiciones fácticas, la SMA demuestra un trato desigual y arbitrario al considerar que la construcción del pretil conlleva una infracción al permiso ambiental de mi representada.

Con esto, se ratifican los vicios consistentes en la arbitrariedad y falta de imparcialidad de la Resolución Recurrída, al que se suma esta discriminación arbitraria efectuada por la SMA. Así, no solo se justifica, sino que se hace imperioso que se deje sin efecto dicho acto administrativo.

3. No existe un peligro inminente de daño atendida la falta de urgencia en el actuar de la SMA

El peligro en la demora constituye el siguiente de los requisitos que toda medida provisional debe cumplir para efectos de que se justifique su imposición. En el presente caso, al haberse dictado medidas provisionales pre procedimentales, la normativa aplicable hace exigencias más intensas para efectos de su procedencia.

Así, el artículo 32 LBPA señala que las medidas pre procedimentales proceden en “casos de urgencia”, requisito que ha sido ratificado por la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales. Al respecto, el 2° Tribunal Ambiental ha señalado que “lo relevante es la oportunidad en que se adopten las medidas provisionales, por lo tanto, **la urgencia o inminencia exigida por la ley, constituye un requisito que debe configurarse al momento de adoptarse la decisión con miras a dar protección al bien jurídico involucrado, a saber, evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas**”²³.

De este modo, si la SMA estima que existe una situación urgente ¿se puede estimar que ejerció su potestad cautelar de manera oportuna y eficiente una vez constatado el riesgo ambiental?

La respuesta es negativa. No es posible sostener que existió un ejercicio oportuno de la potestad cautelar de la SMA, menos cuando dicho órgano está en conocimiento de la existencia del pretil al menos desde diciembre del año 2018. En efecto, el considerando 6 de la Resolución Recurrída señala expresamente que “[e]sta Superintendencia recibió **con fecha 18 de diciembre de 2018** (...) **antecedentes asociados a la intervención del cauce del río Rahue** (...) y, en específico, **denuncia a la Piscicultura El Copihue, quien instaló maxisacos, con la consecuente contaminación del cauce por rotura de éstos, así como su obstrucción, afectando las actividades de navegación y turismo**”²⁴.

De esta manera, el transcurso de casi 2 años desde las primeras denuncias, hasta la dictación de la Resolución Recurrída, es un plazo excesivo que, por ningún motivo, da cuenta de un actuar eficiente, mucho menos urgente.

Lo sostenido, por lo demás, resulta coincidente con la jurisprudencia de la judicatura ambiental.

Particularmente, el 2° Tribunal Ambiental ha indicado que “**resulta inconsistente la urgencia a la que alude la SMA y en la que funda la aplicación de las medidas con el tiempo transcurrido**”

²² RE 2112, pág. 7.

²³ Sentencia del 2° Tribunal Ambiental, Rol R-44-2014, de 4 de diciembre de 2012, considerando 59°.

²⁴ Resolución Recurrída, pág. 2.

desde que tomó conocimiento de los hechos -el 15 de junio de 2018- sin que hubiere adoptado las acciones de seguridad o control sino hasta el día 29 de octubre de 2018, vulnerando el principio de celeridad, contemplado en el artículo 7° de la Ley N° 19.880, y los de eficiencia, eficacia e impulso de oficio, consagrados en el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575”²⁵.

En suma, la Resolución Recurrída no fue dictada con la urgencia que el artículo 32 LBPA impone. De este modo, tanto esa disposición como los principios de celeridad, eficacia, eficiencia e impulso de oficio han sido infringidos por la SMA en el presente caso.

4. La Resolución Recurrída causa perjuicios de difícil reparación y, al mismo tiempo, afecta derechos fundamentales de Aquafarms

Nuevamente, corresponde atender a los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LBPA para efectos de analizar la correspondencia entre la normativa aplicable y la Resolución Recurrída. En el inciso 4° de dicha disposición, se establece que “[n]o se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.

Como se podrá apreciar, en el presente caso la SMA incumplió estas dos limitaciones.

Por un lado, al imponerse la medida de retiro total del pretil, la Resolución Recurrída genera una imposibilidad de funcionamiento de la Piscicultura El Copihue. Esto, debido a que el pretil tiene el objeto de restituir al cauce al estado previo a la afectación provocada por D&S, de manera de permitir que la bocatoma de mi representada pueda captar el agua del río Rahue.

De retirarse esta obra, la única consecuencia posible sería la disminución del cauce del río, la imposibilidad de la bocatoma del Proyecto de captar agua y, por lo tanto, la detención de funcionamiento de la piscicultura. Esto, como se indicó previamente, implicaría la mortandad total del cultivo luego de una hora del descuelgue de la bocatoma con respecto al cauce del río.

Lo anterior, conllevaría cuantiosos incumplimientos contractuales con terceros, los cuales terminarían por llevar a la insolvencia a Aquafarms.

Por otro lado, la Resolución Recurrída, si bien se propone como una medida de corrección, consiste en una paralización de la actividad de Aquafarms. Por lo tanto, desde que la SMA no solicitó la autorización al Tribunal Ambiental para ello, existe una vulneración de la garantía fundamental del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Disposición constitucional que consagra el “derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas regales que la regulen”.

En otras palabras, el retiro del pretil traería consigo consecuencias mucho más invasivas que la sola corrección de la operación de Aquafarms. A tal punto, que la propia actividad económica de mi representada se vería amenazada de mantenerse la vigencia de la Resolución Recurrída.

5. Las medidas provisionales pre procedimentales contenidas en la Resolución Recurrída infringen el principio de proporcionalidad

a) La Resolución Recurrída no cumple con los presupuestos legales de proporcionalidad

²⁵ Sentencia del 2° Tribunal Ambiental, Rol R-198-2018, de 15 de marzo de 2019, considerando 76°.

El inciso 2° del artículo 48 LOSMA establece que las medidas provisionales cuando son preprocedimentales “*deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40*”.

En cuanto al cumplimiento de este mandato de la LOSMA, el considerando 45 de la Resolución Recurrída señala, por un lado, que existe un incumplimiento grave de la licencia ambiental de Aquafarms. Ello, debido a que dicho permiso no contempló la instalación de un pretil transversal sobre el río Rahue. Por lo tanto, existiría -según este acto administrativo- una infracción del numeral 2°, letra e) del artículo 36 LOSMA.

Como ya se ha explicado en detalle en esta presentación, los elementos de juicio vinculados a la construcción del pretil llevan a la conclusión de que Aquafarms no se encuentra en una hipótesis infractora. Por el contrario, es D&S quien ha continuado con la extracción de áridos pese a encontrarse en etapa de abandono de su proyecto. Es más, dicha infracción se ha seguido cometiendo con posterioridad a la vigencia de la paralización de faenas a la que dicha sociedad se vio afecta.

Por el otro lado, en lo relativo a las circunstancias del artículo 40, el considerando 45 de la Resolución Recurrída señala que las medidas impuestas tienen por objeto controlar el riesgo al medio ambiente. De este modo, si bien no lo señala expresamente, es posible asimilarlo a la circunstancia de la importancia del peligro ocasionado, consagrada en el artículo 40 letra a) de la LOSMA.

Sin embargo, la obra del pretil no generó ningún riesgo sobre el cauce, su único objeto fue restaurar su condición original, para efectos de viabilizar la continuidad operacional de la Piscicultura El Copihue.

b) La Resolución recurrída no satisface los supuestos del test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad es en una herramienta elaborada doctrinariamente y que ha sido utilizada por los Tribunales Ambientales para efectos de determinar la proporcionalidad de la dictación de medidas provisionales preprocedimentales por parte de la SMA.

Este test consta de tres conceptos que deben concurrir para efectos de que las medidas provisionales se puedan considerar como proporcionales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, ninguno de ellos concurre en la Resolución Recurrída, lo cual está dado por el hecho de que ésta no ha tomado en consideración la entidad y consecuencias del daño ocasionado por D&S en el cauce.

En primer lugar, la idoneidad consiste en la eficacia de la medida para alcanzar el fin que la motiva. Si el fin de la Resolución Recurrída es la protección del cauce del río Rahue, no se puede entender que pretenda la remoción del pretil instalado, dejando completamente de lado el actuar ilegal de D&S. La única medida idónea para efectos de la protección del río y sus servicios ecosistémicos pasa por la reparación que D&S debe efectuar del fondo del cauce. En tanto no se subsane ese problema ambiental, el pretil instalado por mi representada va a seguir siendo necesario.

En segundo lugar, la necesidad apunta a que se deben adoptar las medidas que resulten menos gravosas, debiendo preferirse aquellas que sean eficaces al menor sacrificio posible. Al respecto, la Resolución Recurrída es sumamente gravosa para Aquafarms, cuestión que se debe a que se hace un análisis en abstracto de las consecuencias del retiro del pretil. En efecto, de cumplirse con la medida, en cuestión de horas se produciría la mortandad de todo el cultivo de peces, generando consecuencias económicas gravosas para mi representada, así como un pasivo ambiental de relevancia y no previsto en la Resolución Recurrída.

De esta manera, resulta evidente que la medida no es la menos intensa que se encontraba al alcance de la SMA. Por tanto, no cumple con el segundo elemento del test de proporcionalidad.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto exige un ejercicio de ponderación entre principios, buscando que la medida sea equilibrada generándose un mayor beneficio para el interés público que el perjuicio sobre los otros bienes en conflicto. En este sentido, la búsqueda de la Resolución Recurrída tampoco cumple con este elemento del test por las razones ya expuestas. No solo es excesivamente gravosa para mi representada, sino que su ejecución llevaría a pasivos ambientales no previstos e inexistentes en la actualidad, como lo son los asociados a la mortandad masiva de peces en la piscicultura.

En conclusión, a juicio de Aquafarms las medidas provisionales decretadas por esta Superintendencia deben dejarse sin efecto al no satisfacer los supuestos de hecho y derecho que las harían procedentes.

Sin perjuicio de lo anterior, atendidos los fundamentos del recurso de reposición interpuesto en contra de Resolución Recurrída, en especial, al hecho de que las obras objeto de la MP impugnada constituyen una medida estrictamente de contingencia, se reitera a Ud. que en el evento que se disponga el retiro efectivo, ello depende de que D&S cese el dragado y extracción de áridos, y repare los daños causados en el cauce del río Rahue. Con ello, luego de rechazar cualquier imputación de responsabilidad sobre los daños y efectos que han justificado el pretil, no se descarta la posibilidad de que se estudie y/o evalúe la ejecución del retiro progresivo de las obras del pretil, lo cual deberá estar condicionado a la puesta en operaciones de la obra (cámara) complementaria a la bocatoma existente, lo cual, deberá permitir la captación de agua necesaria para el normal funcionamiento de la Piscicultura.

POR TANTO,

A UD. PIDO, tener por interpuesto recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 2432, de 9 de diciembre de 2020, declararlo admisible; y, en definitiva, dejar sin efecto dicho acto administrativo.

PRIMER OTROSÍ: En subsidio del recurso de reposición interpuesto en lo principal y por los mismos fundamentos, los cuales doy por expresamente reproducidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880 solicito al Señor Superintendente del Medio Ambiente que invalide la Resolución Exenta N° 2432, de 9 de diciembre de 2020, por ser esta contraria a derecho.

SEGUNDO OTROSÍ: Sobre la base de lo que disponen los artículos 3, 32, 52 y 57 de la LBPA, solicito al Sr. Superintendente del Medio Ambiente se sirva decretar la suspensión inmediata de los efectos derivados del acto administrativo impugnado, hasta que el recurso interpuesto en lo principal sea resuelto y debidamente notificado.

Lo anterior se funda en el hecho de que, si así no se dispone, entre otras consecuencias continuarán corriendo los plazos que mi representada tiene para implementar las medidas ordenadas por la Resolución Recurrída. Por lo mismo, de no decretarse la suspensión solicitada, se consolidarán los efectos que precisamente buscan ser eliminados a través del recurso deducido.

Tal como se señaló en lo principal de esta presentación, el artículo 32 de la LBPA establece que “[n]o se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”. No obstante, y a pesar de esa expresa limitación normativa, la medida provisional consistente en el retiro total del pretil implica una

imposibilidad de funcionamiento de la Piscicultura El Copihue. Esto, debido a que el pretil tiene por único objeto restituir el cauce al estado previo a la afectación provocada por D&S. Solo de esta manera se permite que la bocatoma de mi representada pueda captar el agua necesaria para la operación de la piscicultura.

Resulta evidente que, de materializarse la medida dictada y de retirarse la obra temporal, la consecuencia será la imposibilidad de captar agua y, por lo tanto, se afectará insalvablemente el funcionamiento de la piscicultura. Lo anterior, conllevará la mortandad total del cultivo luego de una hora del descuelgue de la bocatoma con respecto al cauce del río.

A mayor abundamiento, además de los impactos propios sobre el cultivo, tal escenario traería como consecuencia severos impactos contractuales y económicos para la Compañía.

Por otro lado, el artículo 57 de la LBPA dispone que: “...la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, podrá suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere **causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resuelve, en caso de acogerse el recurso**”.

De acuerdo con lo señalado, concurren los dos supuestos previstos para la procedencia de la suspensión de la ejecución del acto recurrido. Primero, porque es claro que en caso de implementarse la medida ordenada por la SMA se generará una mortalidad masiva, siendo esperable la pérdida de la totalidad del cultivo de la piscicultura. No resulta difícil vislumbrar que los potenciales perjuicios que traería el cumplimiento de la medida provisional de retiro del pretil llevarían a la insolvencia de Aquafarms.

Segundo, porque ejecutar la medida ordenada haría a su vez imposible el cumplimiento de lo que se resuelve, en caso de acogerse el presente recurso, por lo que este mecanismo de impugnación perdería su objeto.

A su vez, dada la calidad accesoria de las medidas dictadas en el N° 2 de la Resolución Recurrída, en tanto deberían ejecutarse “*Dentro del período de remoción del pretil*”, disponiéndose la suspensión de esto último, consecuencialmente se deben entender también suspendidas las medidas de monitoreo y levantamiento de los perfiles topobatimétricos del cauce.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 de la propia LBPA, el acto que establezca la suspensión de los efectos de la Resolución Recurrída debe considerar que su alcance debe tener un efecto retroactivo, de manera tal de que quede establecido expresamente que en el tiempo intermedio entre la notificación de las medidas procedimentales y la resolución que se pronuncie sobre esta presentación, Aquafarms no se encuentra en un estado incumplimiento de las mismas.

TERCER OTROSÍ: Ruego al Sr. Superintendente tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Copia con vigencia de la inscripción de fojas 106 N° 68 del Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Osorno, correspondiente al año 2012, donde consta inscrito el derecho de aprovechamiento de aguas propiedad de Aquafarms S.A. y que abastece a la Piscicultura El Copihue.
2. Resolución DGA Los Lagos N°130, de 5 de marzo de 2014, que autoriza el proyecto de construcción de Bocatoma de Aquafarms.
3. Copia del Oficio Ordinario DGA N° 307, de 24 de julio de 2020, mediante el cual el Director General de Aguas se pronunció respecto de las obras provisorias (fondeos de hormigón) dispuestas por Aquafarms en el río Rahue, y donde se deja constancia el carácter reactivo y de emergencia de las referidas medidas.

4. Memorándum DARH N° 197, de 15 de junio de 2020, que contiene el análisis técnico del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA, que respalda y sustenta lo resuelto en el Oficio Ordinario DGA 307-2020 acompañado en el número anterior.
5. Fotografías y videos que dan cuenta de que D&S continúa ejecutando labores de dragado en el cauce del río Rahue. Estos registros fueron obtenidos desde el día 18 de noviembre de 2020 en adelante.
6. Copia de Resolución SMA N° 2.112 de 21 de octubre de 2020, que ordenó medidas provisionales pre procedimentales en contra de D&S, en la que se deja constancia del daño ambiental provocado y de las infracciones cometidas por D&S respecto de su RCA.
7. Copia de la Resolución de fecha 20 de octubre de 2020 del Ilustre 3° Tribunal Ambiental, que autorizó a la SMA a dictar la medida provisional pre procedimental de detención de funcionamiento de instalaciones de la actividad extractiva desarrollada por D&S.
8. Plan de Abandono Original presentado por D&S, que la SMA ordenó actualizar y aprobar nuevamente mediante la Resolución SMA N° 2.112 de 22 de octubre de 2020.
9. Plan de Abandono Actualizado presentado por D&S el pasado 6 de noviembre de 2020 a la DOH en el marco de lo ordenado por la SMA en la Resolución SMA N° 2.112 de 22 de octubre de 2020 y que actualmente está en evaluación técnica por parte de la DOH.
10. Ord. DOH N° 692 de 17 de marzo de 2017 e Informe Visita Puente Cancura elaborado por el Ingeniero Iván Tudela, funcionario del Dirección de Vialidad.
11. Mandato en que consta mi poder para representar a Aquafarms S.A.