

**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO
POR SOCIEDAD AQUAFARMS S.A. EN EL MARCO DEL
PROCEDIMIENTO MP-058-2020**

RESOLUCIÓN EXENTA N°349

Santiago, 19 de febrero de 2021

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N°20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); en la Ley N°19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N°18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N°18.834, que Aprueba el Estatuto Administrativo; en el Decreto con Fuerza de Ley N°3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N°40, de 12 de agosto de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que Fija el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("Reglamento SEIA"); en la Resolución Exenta N°2516, de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N°31, de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra Superintendente; en la Resolución en la Resolución Exenta RA 119123/129/2019, de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que nombra cargo de Fiscal; en la Resolución Exenta N°287, de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece orden de subrogancia para el cargo de Fiscal; en el expediente administrativo rol MP-058-2020, y, en la Resolución N°7, de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. La Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") fue creada para ejecutar, organizar y coordinar la fiscalización y seguimiento de los instrumentos de carácter ambiental, así como imponer sanciones en caso que se constaten infracciones a éstas.

2. Dentro de las competencias de la SMA, se encuentra la posibilidad de dictar medidas provisionales con el objetivo de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 48 de la LOSMA y el artículo 32 de la Ley N°19.880.

3. En aplicación de esta normativa, mediante Resolución Exenta N° 2432, de fecha 09 de diciembre de 2020, en adelante "Res. Exenta N°2432/2020", la SMA dictó una serie de medidas provisionales a la Sociedad Aquafarms S.A., en

adelante “Aquafarms” o “el titular”, respecto del proyecto “Piscicultura El Copihue”, que se fundamentan en que con motivo de la construcción de un pretil en forma transversal en el río Rahue, se ha provocado erosión y socavones de la ribera oeste, cambios en las condiciones naturales del flujo y nivel de las aguas del río Rahue, zonas de agradación aguas abajo del pretil, degradación del hábitat de la fauna acuática y el desplazamiento de especies ícticas nativas, lo que hace necesario su adopción por existir una hipótesis de riesgo que se requiere manejar a través de ellas.

4. Las medidas ordenadas correspondieron a las contempladas en las letras a) y f) del artículo 48 LOSMA, en carácter pre procedimental, por el plazo de 15 días hábiles:

1) **En relación al pretil emplazado en el río Rahue:** Ejecutar la remoción total del pretil y todos los elementos que lo conforman (bloques de hormigón, material pétreo, entre otros), ubicado en la bocatoma de la piscicultura El Copihue y dispuesto perpendicularmente entre ambas riberas del río Rahue.

2) **Dentro del período de remoción del pretil y a fin de continuar con las afectaciones ambientales de estas faenas, se deberá considerar:**

(i) Monitoreo diario en la columna de agua de los parámetros: sólidos disueltos, pH, temperatura y Oxígeno disuelto, en a lo menos 5 estaciones, considerando una adicional como Referencia, aguas arriba del pretil. Dichos datos deberán ser tomados durante las citadas faenas.

(ii) Ejecutar dos monitoreos limnológicos, uno al inicio de la vigencia de la presente medida, y otro antes del término de ésta, involucrando fauna íctica y macrobentos, abarcando a lo menos 5 estaciones, y considerando una adicional como Referencia, aguas arriba del pretil. La ubicación de dichas estaciones deberá ser debidamente justificada. Dicho informe deberá contener la metodología, las estaciones, coordenadas geográficas (en Datum WGS-84), y las conclusiones, con el apoyo de gráficos de índices comunitarios, tablas, etc., y de bibliografía afín.

(iii) Levantamiento de perfiles topobatemétricos transversales y longitudinales del cauce, a lo menos, entre las coordenadas UTM: 670.892,00 (Este); 5.486.009,00 (Norte) al 671.227,64 (Este); 5.486.453,00 (Norte).

5. La Res. Exenta N°2432/2020 fue notificada por correo electrónico a Aquafarms, con fecha 10 de diciembre de 2020.

II. SOBRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DE LA RES. EXENTA N°2432/2020

6. Encontrándose dentro de plazo, con fecha 18 de diciembre de 2020, don Matías Desmadryl Lira, en representación convencional del titular, interpuso, **en lo principal**, recurso de reposición en contra de la Res. Exenta N° 2432/2020; **en el primer otrosí**, solicita, en subsidio del recurso de reposición y por los mismos fundamentos, la invalidación de la Res. Exenta N°2432/2020 por ser contraria a derecho; **en el segundo otrosí**, solicita la suspensión de los efectos derivados del acto administrativo impugnado hasta que el

recurso interpuesto en lo principal sea resuelto y debidamente notificado, y en el tercer otrosí, acompaña documentos.

7. En el recurso de reposición el titular hace presente antecedentes relacionados con la situación que afecta al cauce del río Rahue por las faenas de extracción de áridos que realiza la empresa “Dowling&Schilling”, en adelante “D&S”, lo cual ha generado una disminución del eje hidráulico del río, infringiendo con ello su resolución de calificación ambiental, circunstancia que fue omitida por la SMA al dictar la resolución recurrida. No obstante, en conocimiento del actuar de D&S, la SMA procedió a dictar la Resolución Exenta N° 2112, de fecha 21 de octubre de 2020, en la cual impuso la paralización total de faenas de D&S por el plazo de 15 días, habiendo obtenido previamente la autorización judicial correspondiente, según consta en la causa rol S-3-2020, por lo que *“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”*.

8. Asimismo, indica que como consecuencia de la extracción de áridos de D&S, Aquafarms tuvo que adoptar medidas de contingencia, consistentes en la ejecución de obras provisionales sobre el río, que consistieron en un inicio en maxisacos compuestos por material pétreo, los cuales se instalaban sobre el fondo del río, pero que actualmente consisten en fondeos de hormigón (pretil), los cuales no se fijan al cauce y permiten el libre escurrimiento de las aguas. Con dichas obras se asegura la operación de la piscicultura, de tal modo de peraltar el nivel de agua del río permitiendo la captación desde la bocatoma y con ello, el ejercicio de su derecho de aprovechamiento consistente en 1.590 l/s.

9. Se indica que las obras temporales en el cauce del río Rahue, buscan resolver la situación provocada por la disminución en la cota del río Rahue, considerando que el proyecto de la piscicultura se 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.

10. Se hace presente que para la construcción del pretil se presentó, con fecha 6 de mayo de 2020, una solicitud de pronunciamiento ante la Dirección General de Aguas (DGA) a objeto que se 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.

11. Ante dicha solicitud, la DGA, mediante el Ord. N°307, de fecha 24 de julio de 2020, da cuenta de que, con anterioridad al fondeo de hormigón, se había ejecutado el pretil contemplando la disposición de maxisacos y material pétreo en forma transversal al curso del río, obras que fueron fiscalizadas, cuyo resultado implicó 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. Ante ello, Aquafarms procedió a retirar los maxisacos entre los años 2018-2019, para efectos de reemplazarlos por una medida que el titular estima como transitoria y temporal.

12. Luego, el Ord. N°307/2020 señala que los actuales fondeos de hormigón *“permiten el flujo de agua logrando recuperar transitoriamente la cota y el eje hidráulico del río”*. 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 de cauce”*.

13. La DGA indica en el Ord. N° 307/2020, que se funda en la Resolución Exenta N° 135, de fecha 31 de enero 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”*. Finalmente, el Ord. N°307/2020 determina que *“corresponderá eximir a la requirente 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”*.

14. Se menciona a continuación el Memorándum DARH N°197, del Depto. de Administración de Recursos Hídricos de la DGA, sobre el cual se fundó el Ord. N°307/2020, en que se señala lo siguiente: 1º *“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”; 2º “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”*.

15. El titular considera que la construcción del pretil no conlleva una infracción a su licencia ambiental, atendido que:

a) 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 su licencia ambiental no produciría efectos. Por lo anterior, señala que la Resolución recurrida realiza un análisis abstracto al basarse en lo dispuesto en la licencia ambiental, la cual no contempló el pretil instalado. Lo que se debe obtener es que la bocatoma sea útil, por lo que, 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, por cuanto: i) no es una obra adscrita al proyecto; ii) 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; iii) 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; iv) Tampoco hay un supuesto caso de impactos no previstos asociados a la construcción del pretil, porque la causa que condujo al emplazamiento de esta obra no tiene su origen en la operación de la Piscicultura.

c) El pretil 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, 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.

16. El titular esgrime a continuación, que en la dictación de la Res. Exenta N°2432/2020 se incurrió en vicios, al no considerar los verdaderos supuestos de hecho del caso, que se refiere a las consecuencias ambientales derivadas de las faenas de extracción de áridos de D&S, y por infringirse el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 de la Ley N°19.880, por cuanto la SMA no actuó con objetividad, ya que sólo consideró parcialmente los antecedentes, ignorando aquellos que justificaban la existencia del pretil, por lo que la Res. Exenta N°2432/2020 deviene en arbitraria por falta de fundamentación

17. Se argumenta, luego **en lo principal** del escrito, que la Res. Exenta N°2432/2020 no dio cumplimiento a ninguno de los requisitos para dictar medidas provisionales pre procedimentales, esto es: 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 pre procedimentales, 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.

18. En cuanto a los requisitos de concurrencia para la adopción de medidas provisionales, se señala en lo particular, lo siguiente:

a) **La medida provisional es una orden de detención de funcionamiento.** Lo que la Res. Exenta N°2432/2020 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), pues su implementación conllevaría la imposibilidad de la operación del proyecto y la mortandad de toda la cosecha de peces; por tanto, debido a su carácter intrusivo, se debió haber solicitado autorización al Tribunal Ambiental.

b) **No existe un humo de buen derecho que fundamente la dictación de las medidas provisionales.** No existen elementos de juicio suficiente para plantear una apariencia de infracción, debido a que el pretil constituye una obra provisional que no requiere permisos y que no forma parte del proyecto; no constituye un cambio de

consideración en los términos del artículo 2° letra g) del Reglamento del SEIA, y de llegar a considerarse una desviación, no tiene la entidad suficiente para sostener una formulación de cargos.

Por el contrario, existen elementos de juicio para estimar que D&S es responsable de las afectaciones al cauce del río Rahue, entre ellos, los antecedentes tenidos a la vista para la dictación de la Resolución Exenta N°2112/2020.

c) **Peligro en la demora.** Se esgrime que no existió un ejercicio oportuno de la potestad cautelar por parte de la SMA, toda vez que estaba en conocimiento de la existencia del pretil, al menos desde diciembre del año 2018, fecha en que recepcionó una denuncia por la instalación de maxisacos.

d) **Proporcionalidad.** La recurrente alega que no se cumple con los supuestos que deben concurrir para efectos que las medidas provisionales sean consideradas proporcionales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior, por cuanto si el fin de la medida es la protección del cauce del río Rahue, ello pasa por la reparación que debe efectuar D&S; además, la resolución resulta gravosa, pues de cumplirse, se produciría la mortandad de todo el cultivo de peces, generando consecuencias económicas, así como un pasivo ambiental de relevancia y no previsto en la Resolución Recurrída. Finalmente, y en relación a lo anterior, el retiro del pretil produciría perjuicios de difícil reparación y una vulneración de la garantía fundamental del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República.

III. **SOBRE EL ESCRITO PRESENTADO CON FECHA 07 DE ENERO DE 2021**

19. Con fecha 07 de enero del presente, Aquafarms ingresó un escrito, en que, **en lo principal**, hace presente consideraciones, y **en el otrosí**, acompaña documentos.

20. Al respecto, **en lo principal** señala consideraciones expuestas previamente en el recurso de reposición, que se refieren a que por la disminución de la cota del río Rahue, tuvo que implementar medidas de contingencia consistentes en fondeos de hormigón, habiendo determinado la DGA, por medio de su Ord. N°307/2020, que dichas obras no requerían de permiso.

21. Luego, y en base al informe técnico del Ingeniero Civil Hidráulico, don Carlos Cruz, que se acompaña en un otrosí, se señalan los principales efectos hidráulicos que genera la obra y que, en resumen, son los siguientes: a) la obra provisoria, al generar dos tramos hidráulicos independientes, disminuye la erosión de márgenes y socavación generalizada; b) detiene el proceso de degradación e inicia la recuperación de la pendiente de fondo; c) el retiro de la obra sería perjudicial para el río Rahue, dado que se interrumpiría el proceso de recuperación del lecho y se seguiría acrecentando la erosión de fondo; d) se recomienda dejar la barrera transversal y para propiciar la recuperación del río a su condición original, se debiese replicar la obra hacia aguas abajo; e) en caso de mantenerse la orden de retiro de la barrera, se recomienda realizar un Plan de Manejo de Cauce, que sea visado por la DGA y DOH, para definir los pasos a seguir en ese retiro.

22. Respecto a las alegaciones presentadas, cabe destacar que, respecto a la situación que afecta al cauce del río Rahue en el sector de Cancura, la SMA en ejercicio de sus atribuciones, constató que las faenas de extracción de áridos que ejecutaba D&S desde el centro del lecho y no en forma longitudinal, estaban generando un riesgo al medio ambiente y a la salud de las personas debido a que las mismas estaban provocando un desnivel en el río desde la cota original, dando origen a un cambio 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 y la consecuente afectación a especies nativas. Dichas faenas se desarrollaban en infracción de la Resolución Exenta N°89, de fecha 06 de febrero de 2012, que calificó favorablemente el proyecto “Ampliación de extracción de áridos río Rahue sector Cancura”, así como, el plan de abandono presentado ante la Dirección Regional de Obras Hidráulicas región de Los Lagos, no decía relación con las actividades indicadas en la RCA N°89/2012.

23. En base a dichos antecedentes, la SMA procedió a dictar la Resolución Exenta N°2112, de fecha 21 de octubre de 2020, que ordenó la detención total de funcionamiento de las instalaciones de D&S por el plazo de 15 días hábiles, previa autorización otorgada por el Ilustre Tribunal Ambiental de Valdivia, así como, la presentación de un plan de abandono actualizado que considerara las condiciones batimétricas y morfológicas actuales del cauce, considerando las faenas que se encuentra ejecutando actualmente en el cauce y sus riberas.

24. Por lo anterior, la SMA ejerció sus facultades cautelares sobre la base del principio preventivo y precautorio que informa su actuar, en resguardo del medio ambiente y la salud de las personas, que constituyen su misión, atendido lo cual, no puede negarse que en la dictación de la Res. Exenta N°2432/2020 este servicio tuvo en consideración las faenas de extracción de áridos de D&S, de modo que no cabe efectuar reproche alguno de un supuesto vicio e infracción del principio de imparcialidad.

25. Por otra parte, a la SMA le asiste un deber de protección que conlleva efectuar un análisis integral y objetivo de los antecedentes sometidos a su investigación, lo que implica revisar los efectos que otras actividades que se desarrollen en el sector puedan tener en el cauce del río Rahue, entre ellas, la Piscicultura El Copihue, de tal modo de evaluar si las mismas a su vez generan un riesgo que habilite la adopción de medidas.

26. De esta manera, se hará una exposición de los antecedentes relacionados con el funcionamiento de la piscicultura, que permitan comprender el contexto, así como hacerse cargo de aseveraciones comprendidas en el recurso de reposición y en el escrito de fecha 07 de enero de 2021, para finalmente fundamentar la decisión.

27. El proyecto “Piscicultura El Copihue” fue sometido a evaluación ambiental mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), siendo calificado favorablemente mediante Resolución Exenta N°353, de fecha 27 de julio de 2011 (RCA N°353/2011), el cual consiste en la construcción y operación de una piscicultura de salmónidos de flujo abierto, destinada a la producción de *smolts*, la cual -de acuerdo a lo señalado en su DIA- tendrá una producción anual de trescientas toneladas; se emplazará en una superficie de 5 has, dentro del fundo “El Copihue” de propiedad del titular. Con posterioridad, mediante Resolución Exenta N°769,

de fecha 05 de diciembre de 2012, se calificó favorablemente el proyecto “Modificación Piscicultura El Copihue”, el cual consistió en un aumento del nivel de producción de 300 a 750 toneladas, aumento de caudal afluente, aumento del número de estanques y ampliación de la superficie predial de 5 a 5,8 hectáreas, entre otros aspectos.

28. En la DIA del proyecto “Piscicultura El Copihue”, se indica, en relación al sistema productivo, y en particular al uso de aguas, en el punto 5.1, que *“el abastecimiento permanente de agua para todas las instalaciones de cultivo, está compuesto por bocatoma, (...)”* y en el apartado 5.1.1 se señala que estará *“constituida por una obra de hormigón armado paralelo a la rivera oeste del río, el que contara con las protecciones adecuadas y sistemas de regulación de caudal, cálculos de ingeniería (...)”*. En relación a los caudales, el punto 6.2 de la DIA informa que *“cada etapa de producción tiene diferentes demandas de caudal expresado en litros por una unidad de tiempo, los que dependen directamente de la temperatura del agua y su contenido de oxígeno disuelto”*.

29. En la RCA N°353/2011 se establece en su considerando 3, en cuanto a la etapa de construcción: i. *“Circuito Hidráulico. Consulta la solución de abastecimiento permanente de agua para todas las instalaciones de cultivo. Estará compuesto por bocatoma (...); ii. Bocatoma. La bocatoma estará constituida por una obra de hormigón armado paralelo a la rivera oeste del río, el que contará con las protecciones adecuadas (...)”*.

30. Conforme señala la Resolución Exenta N°776, de fecha 30 de diciembre de 2019, de la Dirección Regional de Aguas de la Región de Los Lagos, en adelante, DGA X Región, con fecha 21 de febrero de 2019 dicho servicio realizó una fiscalización a las instalaciones de la Piscicultura El Copihue, oportunidad en que se constató la acumulación de material árido y maxisacos desde la ribera izquierda del cauce, con erosión de la ribera derecha y caída de árboles al río; la intervención abarcaba aproximadamente el 80% de la sección del cauce y producía cambios en la velocidad de escurrimiento, lo cual generó un socavón en la ribera derecha del río; por tal razón se aplicó una multa de 75 UTM a Aquafarms.

31. Mediante el Ord. N°766, de fecha 06 de mayo de 2020, la DGA X Región señaló, en relación a la inspección efectuada el día 20 de abril de 2020, en el tramo del río Rahue, donde se ubican las instalaciones de la piscicultura “El Copihue”, lo siguiente: (i) *“Se observó la construcción de un pretil en forma perpendicular al flujo de las aguas del río Rahue, que interviene el 100% de la sección del cauce. La obra antes señalada tiene una extensión de aproximadamente 83 m y está compuesta por la acumulación de material fluvial suelto, además de bloques de hormigón y bolsas de material polímero rellenas con material fluvial”*. Con posterioridad, dicha obra también fue constatada por la SMA y la DGA X Región, en inspección conjunta efectuada con fecha 22 de octubre de 2020, constatando que disponía de bloques de hormigón en fila, que sobrepasaban el pelo de agua, generando un cambio notorio en la velocidad del flujo del río (lo resaltado es nuestro).

32. Con fecha 6 de mayo de 2020, el titular presentó un escrito, junto a los respectivos anexos, solicitando al Director General de Aguas un pronunciamiento respecto a la pertinencia del permiso de modificación de cauce, en conformidad a lo dispuesto en los Resuelvo N° 5 y N° 6 de la Resolución DGA (Exenta) N° 135, de fecha 31 de enero de 2020, en específico, requiriendo la no aplicabilidad de dicho permiso relacionado al

proyecto denominado “Medidas de Contingencia captación Piscicultura El Copihue”, implementado en el río Rahue.

33. En el contexto de dicha solicitud, en MEMORÁNDUM DARH¹ N° 197, de fecha 15 de junio de 2020, se especifica que “AQUAFARMS S.A. proyecta la instalación de bloques de hormigón en parte de la sección transversal de escurrimiento del río Rahue en la zona donde se ubica su obra de captación. Los bloques serían de un volumen de 1,5 m x 1,5 m x 1,2 m y se dispondrían conforme se muestra en la Figura 2, extraída de la presentación de AQUAFARMS S.A.”:

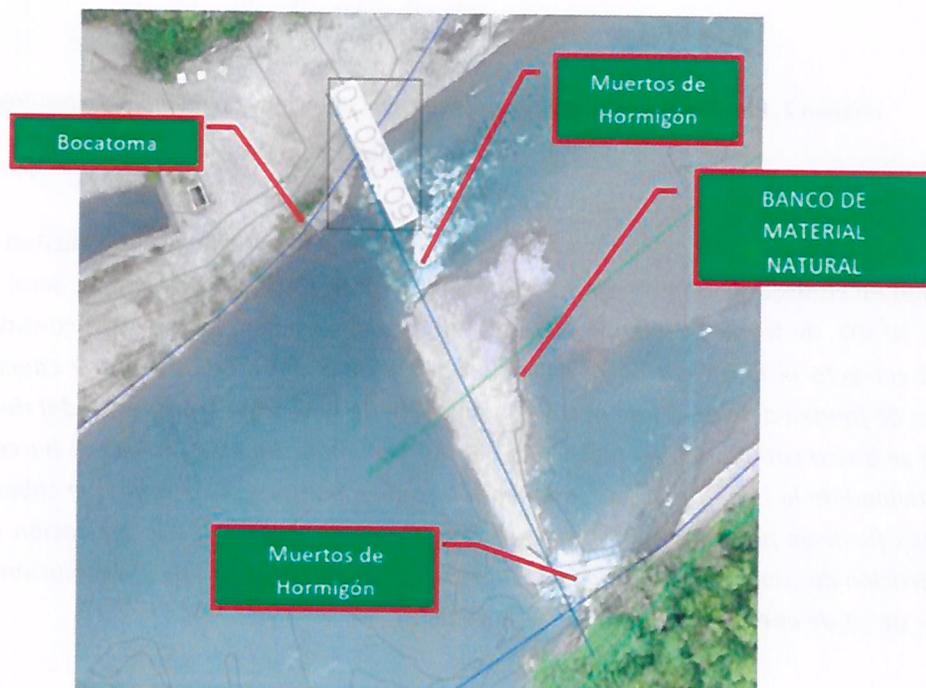


Imagen 1: disposición de los bloques de hormigón para parte del lecho del río Rahue

Fuente: Figura 5 Memorándum DAHR

34. Además, dicho Memorándum informa que “Conforme lo establece la Resolución DGA (Exenta) N°135/2020, ésta sólo se refiere a la aplicación del permiso de modificación de cauce establecido en el artículo 171 del Código de Aguas, y permite definir cuándo se está ante una obra o labor en el cauce que puede ser tipificada como una modificación de cauce para efectos del artículo 41 del citado cuerpo legal. También cabe destacar que su aplicación escapa a los permisos de construcción de obras hidráulicas establecidos en los artículos 151 y 294 del Código de Aguas”.

35. Luego, el mismo Memorándum indica que “Conforme se indica en la presentación, la medida de **disposición de estos bloques de hormigón o muertos en parte de la sección transversal** al escurrimiento del río Rahue, correspondería sólo a una **medida de contingencia** para permitir la operación de la obra de captación, (...)” (Ver Imagen 1 y 2). (énfasis agregado).

¹ Departamento de Administración de Recursos Hídricos, de la Dirección General de Aguas

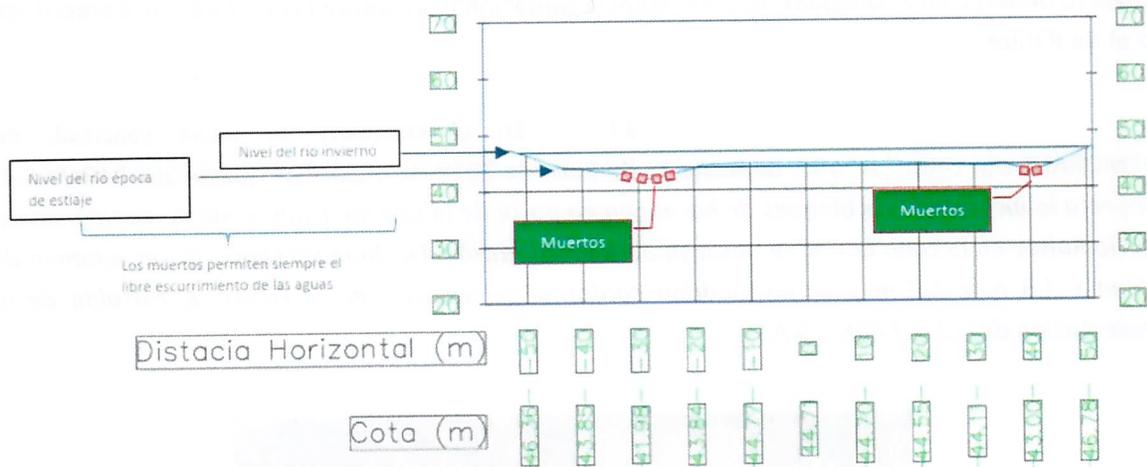


Imagen 2. Perfil transversal del río en sector de Captación con medidas de contingencia

Fuente: Figura 6 Memorándum DARH

36. En respuesta a la solicitud del titular y teniendo en consideración el Memorándum DARH N°197/2020, el Director General de Aguas dictó el Ord. N°307, de fecha 24 de julio de 2020, en el cual se señala, entre otras consideraciones, que *“no es correcto ni la aplicación ni eximición del permiso de modificación de cauce natural a las labores de fondeo de bloques de hormigón en parte de la sección transversal del río Rahue ya 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 de cauce según se indica en la letra g) del Resuelvo N°4 de la Resolución D.G.A (Exenta) N°135, de 31 de enero de 2020”* (énfasis agregado).

37. El Resuelvo cuarto de la resolución referida, establece las excepciones a someterse a dicho permiso, entre ellas, letra g) *“Obras fluviales provisionales que, por sus características técnicas, no cuentan con un proyecto de obra civil que deba ser sometido a revisión y aprobación de la Dirección General de Aguas, tales como, la construcción de las denominadas “patas de cabras” para encauzar las aguas a una captación, o captaciones de agua superficial que no consultan más obras civiles en el cauce que una canalización mediante movimientos de tierra. La responsabilidad de este tipo de obras recaerá expresamente en el respectivo Titular”*.

38. El Director General de Aguas concluyó *“eximir al requirente de la presentación de 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”*.

39. Cabe destacar que el pronunciamiento del Director General de Aguas **versó sobre un proyecto de “medida de contingencia”** consistente en la disposición de bloques o fondeos de hormigón (“muertos”) **sólo cerca de las riberas adyacentes y no en la totalidad de dicha sección del cauce**, siendo su finalidad, levantar el nivel del agua para caudales menores, para de esa forma, pudiera el titular ejercer su derecho de aprovechamiento en la zona de captación.

40. En efecto, el Ord. N°307/2020 se refiere específicamente a las obras de fondeos de hormigón, con las características (ubicación y número propuesto por el titular) evaluadas en el Memorandum DARH N°197, obras que no requieren la aprobación de los artículos 41 y 171 del Código de Aguas, debido a que, a juicio de la DGA, dicho sistema de fondeos de hormigón no generaba cambios en el régimen de escurrimiento. Además, el Ord. N°307/2020 asume que las obras (maxisacos y áridos) que fueron objeto de sanción mediante la Res. Exenta DGA N°776/2020, fueron retirados, dado que éstas si modificaban la sección del río y generaban un cambio en la velocidad de escurrimiento.

41. No obstante, de acuerdo a las inspecciones realizadas tanto por la DGA X Región como por la SMA durante el año 2020, **la obra actualmente instalada no corresponde a la contemplada en el proyecto presentado al Director General de Aguas, y revisado por el Departamento de Administración de Recursos Hídricos**, atendido a que el titular no se limitó al diseño de instalación de los fondeos de hormigón proyectados, sino que **ejecutó una obra distinta**, compuesta de un indeterminado número de fondeos de hormigón junto a maxisacos (“big bag”) y material árido, **que atraviesa el 100% del cauce, funcionando como barrera impermeable, lo que se traduce en la modificación del régimen de escurrimiento de las aguas de dicha sección del cauce, cambiando las velocidades de flujo y produciendo la acumulación de sedimentos aguas arriba del pretil**. En resumen, el organismo técnico evaluó el proyecto con un cierto número de bloques de hormigón, dispuestos en 2 determinadas áreas del eje transversal del río (cerca de las riberas), lo cual no se corresponde a la obra instalada actualmente en el cauce.

42. En cuanto a la **temporalidad de las obras** en el río Rahue, es importante señalar que éstas **se han ejecutado desde el año 2016 hasta el año 2020**, consistiendo actualmente en un pretil transversal dispuesto en el 100% de la sección del cauce, por lo cual definir las como obras temporales y provisionales es discutible, más aun si el propio titular informa que *“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”*, concluyéndose que de no mejorar el eje hidráulico del río Rahue, se mantendrá dicha obra instalada.

43. Respecto a los requisitos que se deben cumplir para la dictación de medidas provisionales, en primer lugar, se argumenta que no existe una apariencia de infracción (**humo de buen derecho**), debido a que el pretil constituye una obra provisional que no requiere permiso, no forma parte del proyecto, no constituye un cambio de consideración, en los términos del artículo 2° letra g) del Reglamento del SEIA, y existen elementos de juicio para estimar que D&S es responsable de las afectaciones al cauce del río Rahue.

44. La parte recurrente pretende dissociar el pretil del proyecto aprobado ambientalmente, presentándolo como una solución temporal ante lo que acontece en el río aguas abajo, solución que no requiere permiso conforme al Ord. N°307/2020 de la DGA. Sobre el particular, cabe señalar que, si bien el pretil no formó parte de la evaluación ambiental del proyecto, su instalación no puede ser desvinculada del mismo, porque constituye un complemento de la bocatoma, de tal modo que ésta pueda captar el agua necesaria para la operación del proyecto. Al señalar que el pretil no impide el libre escurrimiento de las aguas, no

reconoce un impacto en el entorno y por ello se aduce que no constituye un cambio de consideración; no obstante, se constató la afectación del eje hidráulico y erosión de la ribera oeste del río, y en este mismo sentido, la DGA en su Ord. N°307/2020 señala que: *“(...) no es correcto ni la aplicación ni eximición del permiso de modificación de cauce natural a las labores de fondeo de bloques de hormigón en parte de la sección transversal del río Rahue ya 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 de cauce (...)”*. Con tales antecedentes, no se ha abordado el riesgo ambiental que conlleva la instalación de la obra, riesgo que se pretende manejar precisamente por medio de las medidas.

45. Respecto al segundo requisito, **peligro en la demora (*Periculum in mora*)**, se acusa un actuar tardío por parte de la SMA, dado el tiempo transcurrido desde las denuncias; no obstante, las medidas se adoptaron ante el resultado de una fiscalización actual que daba cuenta de un indeterminado número de fondeos de hormigón, junto a maxisacos (“big bag”) y material árido, que atraviesa el 100% del cauce, abarcando ambas riberas del río Rahue, funcionando como barrera impermeable. De esta manera, el solo hecho de instalar dicho pretil ha producido efectos en la ribera del cauce en un corto plazo, el cual actualmente se encuentra en nivel estival, por lo que no es posible determinar las consecuencias de su mantenimiento en periodo invernal, en que el caudal del río Rahue aumenta producto de las precipitaciones.

46. Asimismo, en cuanto al libre escurrimiento de las aguas, se ha evidenciado visualmente un cambio en la velocidad del flujo, generando un remanso, y producto de ello, se está modificando el eje hidráulico del río, produciendo un socavón y consecuente caída de árboles, sumado a la acumulación de material antes y después del pretil. Precisamente, es esta situación la que ha generado un impacto que ha motivado la dictación de la Resolución Exenta N°2432/2020, para gestionar el daño inminente al medio ambiente que la instalación de la obra conlleva.

47. Respecto al requisito de la **proporcionalidad**, se argumenta que la medida no lo cumple, por cuanto el retiro total del pretil genera una imposibilidad de funcionamiento de la piscicultura (que conllevaría una mortalidad masiva de peces), y con ello, causa perjuicios de difícil reparación y una vulneración del artículo 19 N° 21 de la Constitución, además que más que una medida de corrección, consiste en una paralización que debió contar con la autorización del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia.

48. Concluye, finalmente, que las medidas provisionales decretadas por esta Superintendencia deben dejarse sin efecto al no satisfacer los supuestos de hecho y derecho que las harían procedentes.

49. Analizados los antecedentes, efectivamente se concluye que la función del pretil permitiría el desvío de las aguas del cauce hacia la entrada de la bocatoma de la piscicultura, y con ello, la operación del cultivo de peces. Por lo anterior, pareciera ser razonable que el retiro de la totalidad del pretil podría afectar la operación de la piscicultura y con ello causar perjuicios económicos al titular.

50. No obstante, para una adecuada resolución del caso, es relevante para la SMA considerar los antecedentes que fueron presentados al Director General de Aguas, que dicen relación con un proyecto que consiste en la disposición de bloques o fondeos de hormigón (“muertos”) sólo cerca de las riberas adyacentes y no en la totalidad del cauce, siendo su finalidad, levantar el nivel del agua para su captación a través de la bocatoma de la piscicultura. Este proyecto fue presentado por el titular con el mismo fin indicado en el considerando anterior, que es precisamente, asegurar la ejecución de su actividad.

51. En efecto, como se muestra en las Figuras 5 y 6 del Memorándum DARH N°197, “(...) desde ya se observa que, el fin de la disposición de los bloques **en parte del lecho del río Rahue es modificar los niveles de agua en el sector de la captación (...)**” (énfasis agregado), dato relevante, toda vez que sobre este proyecto se basó el pronunciamiento del Director General de Aguas al señalar, que no le es aplicable el permiso de modificación de cauce. Además, dicho Memorándum señala “(...) **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 pueden interpretar dentro de los manejos fluviales provisionales que expresamente están exentos de la aplicación del permiso de modificación de cauce (...)**” (énfasis agregado).

52. De lo anterior, y contrastados dichos antecedentes con lo constatado durante las inspecciones ambientales, que dan cuenta de la instalación de un pretil en forma perpendicular que interviene el 100% de la sección del cauce, lo que corresponde es que **el titular se ajuste a su proyecto**, que, si bien modifica el eje hidráulico del río, permite la operatividad de la piscicultura, en términos tales, que el riesgo ambiental que pudiera producirse fuere de menor entidad.

53. Por otra parte, en cuanto al informe técnico presentado en escrito de fecha 07 de enero de 2021, denominado “Evaluación de Posibles Impactos en Río Rahue de Pretil de Captación”, se señala que la obra provisoria, tipo barrera, permitiría la recuperación del cauce, y, por otra, que su retiro no es recomendable desde un punto de vista hidráulico y mecánico fluvial.

54. De lo anterior, es preciso comentar que revisado dicho informe, éste sólo aporta conceptos teóricos y denota que el enfoque del titular es mantener el pretil, señalando los efectos positivos de su permanencia para restaurar el eje hidráulico del río, pero no se hace cargo de que la erosión evidenciada aguas abajo del pretil no se soluciona, y que la recuperación de la cota del cauce aguas arriba, sólo es probable y en un tiempo indefinido, por lo que se observa que la intención es ejercer su derecho de aprovechamiento de aguas, no considerando el manejo integral del río.

55. En cuanto al pretil, si bien el titular justifica su existencia en el citado informe, la SMA verificó que éste no cumple con lo visado por la DGA; es más, **el diseño de dicha barrera no impide que las partículas de sedimento se retengan aguas arriba, dado que éstas escurren aguas abajo (y por lo mismo se está generando su acumulación de dicha zona)**, lo cual fue abordado por la DGA Regional, que hizo presente en la Res. Exenta N°776/2019

que "(...) la obra altera el régimen de escurrimiento de las aguas y la acumulación de material depositado en el cauce generó el estrangulamiento de la sección (...)".

56. Por su parte, si se tiene en cuenta lo indicado en el Memorándum DARH N°197, que señala que la obra "(...) busca cambiar el eje hidráulico del río (...)", incluido a su vez en la Resolución Exenta N°2432/2020, y se contrasta con lo constatado en terreno respecto a la materialidad de las obras, no cabe sino concluir que dicha construcción evidentemente es distinta de la aprobada por la autoridad sectorial y por otra parte, está causando un efecto sinérgico con la extracción de áridos en el cauce, que empeora la situación del río.

57. A mayor abundamiento, el titular reconoce que su obra genera dos tramos independientes; sin embargo, no repara en que la propia DIA del proyecto, presentada a evaluación por él mismo, considera un hábitat respecto del cual deben mitigarse los impactos de su ejecución. Claramente, la instalación de un pretil transversal que atraviesa el 100% del cauce, genera que el río pierda continuidad, afectando inevitablemente el régimen de caudales, régimen térmico y régimen de gasto sólido, todos esenciales para el desarrollo de la vida acuática, en especial de aquellas especies en estado de conservación. Esta es precisamente la hipótesis de riesgo que se buscó fundadamente manejar, a través de la adopción de medidas provisionales.

58. Conforme lo expuesto, el informe técnico señalado no modifica la conclusión a la que la SMA ha arribado, en cuanto a que el titular o bien debe ajustarse al proyecto visado por la DGA, cuyo análisis técnico fue abordado por dicho servicio, no siendo necesario para estos efectos, contar con un Plan de Manejo del Cauce adicional, o debe presentar una consulta de pertinencia ante el organismo competente en caso de que dicho proyecto contemple modificaciones relevantes en términos de su impacto ambiental.

59. En razón de lo anterior, se acogerá el recurso de reposición presentado por el titular, en lo principal, en cuanto se procederá a modificar las medidas provisionales N°1 y N°2 del Resuelvo Primero de la Resolución Exenta N°2432/2020.

60. Considerando lo anterior, se procede a resolver lo siguiente:

RESUELVO:

PRIMERO: En relación al recurso de reposición indicado en los considerandos 6 y siguientes del presente acto:

(i) **A lo principal:** acoger parcialmente el recurso de reposición presentado por AQUAFARMS S.A. en los siguientes términos:

1. Reemplazar la medida ordenada en el numeral 1 del resuelvo primero de la Resolución Exenta N°2432, de 09 de diciembre de 2020, por la siguiente:

Ejecutar la remoción de todos los elementos (entendiéndose como tales a muertos de hormigón, material pétreo, maxi sacos, entre otros) que componen el pretil transversal y que no forman parte del proyecto revisado por el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas en su Memorándum N° 197, de 15 de junio de 2020, y que fue un fundamento para la dictación del Ord. N° 307, de 24 de julio de 2020, del Director General de Aguas, a saber, cuatro (4) y dos (2) fondeos de hormigón, en cada ribera del río.

2. Reemplazar el encabezado de la medida ordenada en el numeral 2 del resuelvo primero de la Resolución Exenta N° 2432, de 09 de diciembre de 2020, que indica *“Dentro del período de remoción del pretil y a fin de evitar continuar con las afectaciones ambientales de estas faenas, se deberá considerar”*, por el siguiente *“Dentro del período de remoción de la parte del pretil que no forma parte del proyecto revisado por el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas, y a fin de evitar continuar con las afectaciones ambientales de estas faenas, se deberá considerar (...)”*.

3. Para efectos de analizar y coordinar el cumplimiento de lo ordenado, se deja constancia que las medidas reemplazadas se decretan por un plazo de 15 días hábiles, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 48 de la LOSMA y el artículo 32 de la Ley N° 19.880. Dicho plazo se computará desde la notificación del presente acto.

4. En lo demás se mantiene vigente la Resolución Exenta N°2432, de 09 de diciembre de 2020.

(ii) **Al primer otrosí y segundo otrosí:** estese a lo resuelto.

(iii) **Al tercer otrosí:** téngase por acompañados los siguientes documentos: a) 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; b) Resolución DGA Los Lagos N°130, de 5 de marzo de 2014, que autoriza el proyecto de construcción de bocatoma de Aquafarms; c) Copia del Oficio Ordinario DGA N° 307, de 24 de julio de 2020, del Director General de Aguas; d) 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; e) Fotografías y videos del día 18 de noviembre de 2020 en adelante; f) Copia de Resolución SMA N° 2.112, de 21 de octubre de 2020, que ordenó medidas provisionales pre procedimentales en contra de D&S; g) 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; h) Plan de Abandono Original presentado por D&S; i) Plan de Abandono Actualizado presentado por D&S; j) 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; k) Mandato en que consta el poder de don Matías Desmadryl Lira para representar a Aquafarms.

SEGUNDO: En relación al escrito presentado con fecha 07 de enero de 2021:

(i) **A lo principal:** téngase presente;

(ii) **Al otrosí:** téngase por acompañados los siguientes documentos: a) Informe Técnico “Evaluación de Posibles Impactos en Rio Rahue de Pretil de Captación”, elaborado por el Ingeniero Civil Hidráulico Carlos Curz T; b) Ordinario DGA N° 307 de 24 de julio de 2020.

TERCERO: **HACER PRESENTE** que el incumplimiento de las medidas provisionales dictadas por esta Superintendencia, según dispone el literal I) del artículo 35 de la LOSMA, constituye una infracción sancionable por este organismo.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



EMANUEL IBARRA SOTO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)

PTB/BMA/MMA

Notificación por correo electrónico:

- Sociedad Aquafarms S.A., con domicilio en Bilbao N°1129, comuna de Osorno, región de Los Lagos, casillas de correo electrónico vns@iyagan.cl y oliver.bertens@aquafarmschile.cl

C.C.:

- SEREMI de Medio Ambiente Región de Los Lagos, con domicilio en San Martín N°80, piso 3, comuna de Puerto Montt, casillas de correo electrónico kkosiel@mma.gob.cl y paburto@mma.gob.cl
- Dirección Regional de Aguas Región de Los Lagos, con domicilio en O'Higgins 451, Piso 7, comuna de Puerto Montt, casilla de correo electrónico javier.vidal@mop.gov.cl
- Dirección Regional de Obras Hidráulicas Región de Los Lagos, con domicilio en O'Higgins 451, Piso 6, comuna de Puerto Montt, casilla de correo electrónico barbara.astudillo@mop.gov.cl
- Sr. Rafael Dowling Montalva, con domicilio en Avda. M.A. Matta N°549, Oficina 706, comuna de Osorno, casilla de correo electrónico rafael.dowling@aridosads.cl
- Ilustre Municipalidad de Osorno, con domicilio en Juan Mackenna N°851, comuna de Osorno, región de Los Lagos, casilla de correo electrónico alcaldia@imo.cl y angela.villarroel@imo.cl
- Ilustre Municipalidad de Puerto Octay, con domicilio en Esperanza N°555, comuna de Puerto Octay, región de Los Lagos, casilla de correo electrónico gabinetealcaldiaoctay@gmail.com, dompuertoctay@gmail.com y secmunoctay@surnet.com
- Departamento Jurídico, Fiscalía, SMA.
- Departamento de Sanción y Cumplimiento, Fiscalía, SMA.
- Oficina Regional de Los Lagos, SMA.
- Oficina de Partes, SMA.

Expediente N°: 4.200

Memorandum N°: 8333