

Antofagasta, a 22 de julio de dos mil veinticuatro.

Resolviendo la solicitud de fs. 1 y siguientes:

A LO PRINCIPAL:

VISTOS:

1. Que, con fecha 19 de julio de 2024, ingresó a este Tribunal una solicitud de la Superintendencia de Medioambiente (SMA) para autorizar la dictación de la medida provisional procedimental contemplada en la letra g) del artículo 3 de la Ley N° 20.417, de 2010, del Ministerio Presidencia de la República, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), consistente en la detención temporal hasta diciembre inclusive de todas las obras, trabajos y actividades de la etapa de construcción del proyecto Fotovoltaico Taruca (el proyecto) que se desarrolla en la comuna de Arica, Región de Arica, cuyo titular es Taruca Solar SpA (la empresa) con domicilio en Rosario Norte N° 555, oficina 1601, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.
2. Que, Taruca Solar SpA es un proyecto fotovoltaico proyectado para ocupar una superficie aproximada de 25,57 hectáreas y que considera la instalación de 30.060 módulos fotovoltaicos. Cuenta con Resolución de Calificación Ambiental favorable, según consta en Resolución Exenta N° 28 de 14 de octubre de 2021, en adelante e indistintamente Res. Ex. N° 28/2021 o "RCA", la cual en su considerando 5.2, reconoce la existencia de tres especies en estado de conservación que habitan en el lugar de emplazamiento del proyecto, a saber: a) Dragón de Poconchile, b) Salamanqueja del Norte Grande y c) Golondrina de Mar Negra.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la referida RCA, en lo que resulta pertinente dispone:

- (i) En su considerando 3.1. "Que, se determine una zona de buffer¹ de los nidos de 50 mts. y que la etapa de construcción del proyecto no se realice en época de nidificación de la Golondrina de Mar Negra".
- (ii) En su considerando 3.2. "Que, por cada nido activo, finalizada la temporada de nidificación se construirá un cercado permanente, malla metálica en un radio de 25 metros, con altura suficiente para impedir depredadores".

¹ Zona de amortiguamiento o franja de protección absoluta usada por ejemplo para protección de suelos, humedales o en este caso de especies en conservación.

- (iii) En su considerando 5.2. “En cuanto a la fenología, se sabe las fechas en donde se lleva a cabo el ciclo reproductivo en colonias presentes en Arica, comienza con el marcaje de territorio entre junio y agosto, la incubación en agosto y septiembre y la salida de los volantes entre octubre y diciembre” (Barros et al 2019).
- (iv) Agrega en el mismo considerando 5.2 “(...) el proyecto no afectará la incubación ni la nidificación de las especies durante la construcción (actividad de mayor generación de emisiones de ruido y polvo y presencia de trabajadores) dado que se planifica la construcción para el primer semestre de 2022 (entre febrero y junio). Por lo que la construcción del proyecto no interferiría con la época reproductiva”

Segundo: En este contexto, la solicitud de la SMA se fundamenta en la necesidad de evitar un daño o riesgo para la especie Golondrina de Mar Negra (*Oceanodroma Markhami*) cuyo ciclo reproductivo (nidificación) según expresa la RCA individualizada precedentemente, es entre los meses de junio a diciembre de cada año, plazo que se amplía de abril a diciembre, según lo expuesto por el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) en su oficio N° 783, de 31 de agosto de 2021.

Tercero: Este mismo oficio N° 783/2021, el SAG da cuenta que con fecha 27 de agosto de 2021, constató la existencia de 06 nidos activos, uno de ellos al interior del área de influencia del proyecto con las sgtes. coordenadas UTM (WGS 84, Huso 195):

Número Nido	Este	Oeste
N1	378.138	7.953.864
N2	378.130	7.953.869
N3	378.131	7.953.518
N4	377.893	7.953.826
N5	377.903	7.953.847
N6	377.874	7.953.849

Imagen satelital de 6 nidos activos de Gaviota de Mar Negra



Fuente: Escrito de solicitud de la SMA, fojas tres. En rojo los nidos activos.

A lo anterior se suma según lo señala la SMA que, durante la evaluación ambiental, se identificaron al menos tres nidos activos en la zona de afectación del proyecto, los que fueron avistados durante las campañas iniciales de levantamiento de información para el proyecto. (Fs. 3).

Cuarto: A su vez, esta especie Golondrina de Mar Negra está categorizada por el Decreto Supremo N° 79 de 2018, del Ministerio de Medio Ambiente, que “Aprueba y Oficializa Clasificación de Especies según Estado de Conservación, Décimo Cuarto Proceso” como “**En Peligro B1ab(iii)+2ab(iii)**”, donde:

B	Distribución geográfica en la forma B1 (extensión de presencia) o B2 (área de ocupación) o ambas.
2	Área de ocupación estimada menor a km ² , y estimaciones indicando el cumplimiento de al menos, dos puntos de los a / c.
a	Área de ocupación severamente fragmentada o se sabe que no existe en más de 5 localidades
b	Disminución continua, observada, inferida, proyectada, en cualquiera de los sgtes. aspectos.
iii	Área, extensión y/o calidad del hábitat.

Fuente: Información obtenida de Oficio ORD. SAG N° 783/2021.

Quinto: En coordinación con la normativa precedente el Decreto Supremo N° 5, de 1998, del Ministerio de Agricultura que “Aprueba el Reglamento de la Ley de Caza”, contempla a la Golondrina de Mar Negra, en su artículo 4° como aquella respecto de la cual se prohíbe su caza y captura en todo el territorio nacional por ser una especie con densidades poblacionales reducidas.

Sexto: La solicitud de medidas provisionales hechas por la Oficina Regional de Arica y Parinacota de la SMA a la Superintendente de Medio Ambiente a través de Memorandum AyP N°27/2024, de 19 de julio de 2024, surge a partir de fiscalización efectuada el 17 de julio del presente año por dicha repartición, actividad que en lo principal arroja:

“3.4. En sector coordenadas UTM N: 7.953.624 (m) y E:378.535 (m), emplazado al Este de los módulos fotovoltaicos, se constató contenedores, baños químicos y acopio de materiales de construcción, como fierros, cables, cajones de cartón, entre otros; y

3.5. En área coordenadas UTM N: 7.953.432 (m) y E: 378.416 (m), situada al Sueste de los módulos fotovoltaicos, se evidenció socavón de 2 m² aproximadamente que empalma con la sección inferior del lado interior del cerco perimetral metálico del sector, observando además, la presencia de postes de concreto y socavones ubicados al exterior de la propiedad”. (Fs. 21).

Séptimo. De la referida fiscalización también constan declaraciones de profesionales en terreno trabajando en el proyecto, del siguiente tenor:

- (i) “[...] los socavones evidenciados, corresponden a las obras civiles contempladas para la instalación de la conexión subterránea de la línea de media tensión con la aérea, trabajos que se realizaron durante el mes de julio del año 2024, al igual que la instalación de los veintisiete (27) postes que faltan por instalar”. (Ver fojas 21, declaración de don Fabián Aguilera, especialista en obras civiles).
- (ii) La etapa de construcción habría iniciado en el mes de febrero de 2024. (Ver fojas 23, declaración de don Carlos Abarca Carrión, Director en Terreno).

Octavo. A partir de todo lo expuesto, y en particular de la fiscalización del 17 de julio del presente año la SMA concluye por una parte que se ha incumplido con la RCA que rige el proyecto, en tanto, de acuerdo a su tenor literal la construcción del mismo debía ser el primer semestre de 2022, con el objeto de no perturbar los ciclos reproductivos de la especie, debido al ruido, levantamiento de polvo, movimiento de maquinaria y trabajadores. (Fs. 3).

Noveno: La misma SMA por otra parte indica que en el caso se cumplen los requisitos del artículo 3° letra g), artículo 48 de la LOSMA y 32 de la Ley N° 19.880, para la procedencia de la medida cautelar solicitada, en cuanto concurren: **i)** La presentación de una solicitud fundada que da cuenta de la infracción cometida (*fumus bonis iuris*); **ii)** la existencia de un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas (*periculum in mora*); y **iii)** que la medida solicitada es proporcional, velando por que no cause perjuicio de difícil reparación o viole derechos amparados por las leyes.

Décimo. En seguida la SMA, pasa a justificar estos requisitos para el caso concreto, acreditando el requisito del *fumus bonis iuris* (*apariencia de buen derecho*) y *periculum in mora* (peligro en la mora) en tanto:

1. La expresión “daño inminente” contenida en el artículo 48 de la LOSMA se identifica con el riesgo ambiental, constituyendo una expresión del principio precautorio que rige en el derecho ambiental.
2. A su vez el riesgo ambiental en el caso en concreto está presente toda vez que existe falta de observancia por parte de la empresa a la RCA que si bien le habilita para la ejecución del proyecto siempre lo hace dentro de un marco de obligaciones, condiciones y requisitos a observar.
3. Luego, esta falta de observancia, se traduciría en la alteración y eventual pérdida del hábitat de la Golondrina de Mar Negra debido a que las “actividades de construcción de obras -entre los meses de junio a diciembre- afectarían los ciclos reproductivos de la Oceanodroma Markhami, especie

categorizada “En Peligro” y cuya población mundial se encuentra presente para todos los efectos prácticos en el norte de país.” (Fs. 5). A mayor abundamiento la RCA en su considerando 5.2 indica que las colonias ubicadas en Chile albergarían el 96% de la población mundial de la especie (Fs. 2).

4. Agrega, la SMA que, a los hechos descritos y antecedentes aportados, evidenciarían que la empresa no ha tenido la diligencia mínima para dar cumplimiento a la obligación contenida en su RCA, como es, resguardar especies en categoría de conservación y que habitan en los espacios en los cuales se desarrolla el proyecto.

Por lo anterior, considera la SMA que existe una hipótesis infraccional que justifica la adopción de la medida cuya autorización se solicita, considerando el estándar probatorio exigido para la dictación de la misma.

Undécimo: Por otro lado, en lo que respecta al elemento de la proporcionalidad de la medida solicitada, la SMA justifica la medida reconociendo que:

1. La proporcionalidad implica que la autoridad administrativa decrete la medida menos intrusiva para los derechos que pudieran verse afectados, estos son el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art.19 N° 8 de la Constitución Política de la República -CPR-) y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, consagrado en el numeral 21 del mismo artículo 19 de la CPR.
2. Para determinar este carácter menos intrusivo se debe observar tanto la intensidad como la naturaleza de lo ordenado.
3. En el caso en concreto, recordemos que la medida solicitada por el Ente Administrativo, es la detención temporal de todas las obras, trabajos y actividades de la etapa de construcción del proyecto hasta el mes de diciembre del presente año incluido.
4. Luego, la medida resulta proporcional en opinión de la SMA en tanto la inobservancia del titular del proyecto fue respecto de una prohibición expresa de la RCA, no existiendo otro medio que la detención de dicha inobservancia, para cumplir con uno de los fines del instrumento regulatorio ambiental como es la protección de la especie en estado de conservación.
5. La SMA razona de esta forma entendiendo que el riesgo latente y previsto en la RCA, como es la afectación de los ciclos biológicos de la Golondrina de Mar Negra, producidos por emisión de ruido y de polvo como las vibraciones e interferencias propias de la presencia humana y las maquinarias, sólo se evita con la detención de la construcción del proyecto que no debiese estarse ejecutando en periodo de nidificación de la especie en conservación.

Duodécimo: Como punto a destacar para efectos de pronunciarse sobre la medida solicitada, es dable hacer presente que previo a la calificación ambiental favorable el Servicio de Evaluación Ambiental, lo mismo que el Servicio Agrícola y Ganadero, habían emitido su parecer negativo respecto del proyecto. En el caso del SEA, por entender que el titular del proyecto “no logró fundamentar, ni justificar que no genera los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley N° 19.300, que dan origen a la necesidad de presentar un Estudio de Impacto Ambiental, en particular genera impactos significativos en el ciclo reproductivo de la especie Oceanodroma Markhami (Golondrina de Mar Negra) En Peligro” (Fs. 17) y para efectos del SAG, en tanto entender que “el periodo de nidificación de esta área -se refiere a los 6 nidos georeferenciados precedentemente- es de abril a diciembre, por lo cual el titular debería ampliar el período que realizará la medida de exclusión ambiental y considerar su aplicación también durante la etapa de construcción del proyecto, dado que podría detectarse nuevos nidos”. (Fs. 19).

Décimotercero. Asimismo, de la revisión de los antecedentes expuestos y considerando la necesidad de hacer un correcto seguimiento “actualizado” de los sujetos de la especie Golondrina de Mar Negra y su población en la zona en que se emplaza el proyecto en comento, como además la necesidad imperiosa que el titular se ajuste a las obligaciones impuestas por la RCA para la protección de especie en conservación, es posible considerar que aquel es un proceso que requiere un tiempo razonable y prudente para ejecutarse, teniendo a la vista las prevenciones de otros entes administrativos -como los referidos- que en su momento en atención a su competencia y experticia plantearon sus observaciones en definitiva en busca de mejorar el estándar sobre el cual desarrollar un proyecto como Taruca Solar SpA. de cara a evitar la afectación de una especie categorizada En Peligro.

Décimocuarto. En ese orden de ideas, conforme a lo señalado y a los antecedentes acompañados, a juicio de esta sentenciadora existen antecedentes suficientes para considerar que se configura una hipótesis infraccional que justifica la adopción de la medida cuya autorización se solicita, considerando el estándar probatorio exigido para su dictación.

POR TANTO, de conformidad a lo establecido en el art. 19 N°8 de la CPR, arts. 3, 48 y demás aplicables de la LOSMA, Ley N° 19.473/1996, Decreto Supremo N° 5/1998, Decreto Supremo N° 79/2018, Ley N° 19.880/2003 y demás normas aplicables en la especie.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N° 4 y 32 de la Ley N° 20.600; en el Acta N° 1, de 3 de julio de 2017, sobre instalación y funcionamiento del Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta; en el Acta de sesión ordinaria N° 7, de 6 de septiembre de 2017, sobre procedimiento de autorizaciones

y consultas al Primer Tribunal Ambiental; en el Acta de Sesión ordinaria N° 591/2024 relativo a la fijación de turnos del Primer Tribunal Ambiental.

SE RESUELVE:

Autorizar la dictación de la medida urgente y transitoria requerida por la SMA, contemplada en la letra g) del artículo 3°, en coordinación con lo dispuesto por el artículo 48 de la LOSMA, esta es, la detención temporal de todas las obras, trabajos y actividades asociadas a la etapa de construcción del proyecto Fotovoltaico Taruca que se desarrolla en la comuna de Arica, Región de Arica y cuyo titular es Taruca Solar SpA. La presente suspensión se decreta hasta el 31 de diciembre de 2024, y comienza a regir desde la notificación de la presente resolución.

Lo anterior, sin perjuicio de los nuevos antecedentes que pudiera recabar la SMA en virtud de los cuales resultare eventual y prudencialmente procedente un re estudio de la temporalidad extendida de la medida.

AL PRIMER OTROSÍ: Téngase por acompañados los documentos.

AL SEGUNDO OTROSÍ: Téngase presente.

AL TERCER OTROSÍ: Téngase presente el patrocinio y por conferido el poder.

AL CUARTO OTROSÍ: Como se pide, notifíquese de conformidad con el artículo 22 de la Ley N° 20.600, a las siguientes casillas electrónicas: estefani.saez@sma.gob.cl y katharina.buschmann@sma.gob.cl

Rol S-24-2024

Pronunciada por la Ministra de Turno (S), Srta. Sandra Álvarez Torres.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Gonzalo Alonso Valdés.

En Antofagasta, a 22 de julio de dos mil veinticuatro, se notificó por el estado diario la resolución precedente.