

MAT: EN LO PRINCIPAL: Se tenga presente al resolver; OTROSÍ: Se resuelva el procedimiento sancionatorio.

ANT: Res. Ex. N° 7 / Rol N° D-039-2016

REF: Expediente Sancionatorio D-039-2016

Santiago, 19 de mayo de 2017

Señor
Cristián Franz T.
Superintendente del Medio Ambiente
Presente

María Nora González Jaraquemada y Valentina Durán Medina, abogadas, la primera en representación de doña **Paola Moreno Roble**, doña **Sandra Sánchez Pérez**, don **José Antonio Ávila**, don **Raúl Prieto Sánchez** y doña **Margarita del Carmen Huenchupan Millavil**, y la segunda en representación de don **Marcelo Antonio Gálvez Martínez** y don **Juan Andrés Alvarado Gómez**, respectivamente, y atendida nuestra calidad de interesadas en el presente procedimiento sancionatorio, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 bis de la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, los artículos 3 letra k) y 35 letra n) de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, artículos 3 y 8 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, y artículo 8 de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, venimos en señalar una serie de consideraciones para que se tengan presentes al momento de resolver el Procedimiento Sancionatorio en curso:

1. Respecto de la legalidad de la Resolución Exenta N°1/Rol D-039-2016

a) Pretendida ilegalidad por referencia a una sentencia que se dejó sin efecto

En su presentación de descargos de fecha 21 de septiembre de 2016, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado (en adelante "EFE"), señala una supuesta ilegalidad de la Resolución Exenta N°1/Rol D-039-2016, que formula cargos relativos al incumplimiento de las medidas relativas al control de ruido (sancionada como falta grave) y al fraccionamiento del proyecto (sancionada como falta gravísima). Esa ilegalidad se manifestaría en la falta de fundamentación de los cargos, por basarse en una sentencia del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental (en adelante "2TA"), del Rol R-35-2014, que a la fecha de la formulación de los mismos se encontraba suspendida y que actualmente ha sido dejada sin efecto.

Al respecto, cabe hacer presente que la formulación de cargos anteriormente referida, no se sustenta en aquella sentencia, como da a entender EFE, sino que existen una serie de antecedentes adicionales que permiten respaldar esta formulación. La Resolución Exenta N°1/ Rol D-039-2016, se refiere a la sentencia Rol R-35-2014 del 2TA en cuanto ésta no hace más que confirmar que debe aplicarse la ley y que la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA") es competente en materia de fraccionamiento, pero no constituye, la sentencia, un *"elemento central para describir los hechos que se estiman constitutivos de infracción"*. Tampoco constituye un *"argumento de autoridad para sustentar el cargo de fraccionamiento"*, como señala EFE, pues si se omitiera tal referencia, igualmente la SMA tendría las facultades que le otorga la Ley N° 20.417 Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente (en adelante "LOSMA") para formular los cargos en comento, y por ello es que la SMA motiva correctamente su resolución de formulación de cargos en antecedentes tales como la constatación que se hace en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ.2015-INTER-RCA-IA, elaborado por la División de Fiscalización, que permite constatar que el proyecto de "Mejoramiento Integral" no se estaría ejecutando en forma separada e independiente del de "Seguridad y Confinamiento", ello al verificar la construcción y existencias de obras de ambos proyectos de forma paralela y simultánea temporalmente, como muestra del fraccionamiento que en el hecho ocurrió.

A mayor abundamiento, los recursos de casación en el fondo (ambos tramitados bajo el Rol 19.302 – 2016), que dejaron sin efecto la sentencia anteriormente citada, se refirieron a un tema específico que consiste en la imposibilidad de certificar el silencio administrativo por parte del SEA al existir recursos de protección pendientes ante la Corte de Apelaciones, lo que, en opinión de la Excelentísima Corte Suprema, haría improcedente la reclamación ante el Tribunal Ambiental. En aquellos recursos, no se discutió en ninguna ocasión el fraccionamiento del proyecto, ni tampoco fueron impugnados ni por EFE ni por el SEA ninguno de los pasajes citados de la sentencia que fueron reproducidos en la formulación de descargos por parte de la SMA.

b) Sobre la relación con reclamaciones pendientes

EFE acusa igualmente una supuesta ilegalidad de la resolución antedicha, en razón de que al encontrarse pendientes reclamaciones administrativas ante el Servicio de Evaluación Ambiental, la Superintendencia debiese dejar sin efecto los cargos formulados o en subsidio inhibirse de conocer situaciones que son competencia de otro Servicio Público.

Respecto de lo anterior, debemos hacer presente que tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido la potestad que tiene la Superintendencia para determinar la existencia de fraccionamiento, cuestión que por lo demás surge del tenor literal de la LOSMA y de la Ley 19.300. Así por ejemplo, en causa Rol N° 11.713-2014 de la Excelentísima Corte Suprema, se señala en el considerando noveno, que: “[e]n este contexto es dable consignar que el artículo 11 bis de la Ley N° 19.300, entrega expresamente la competencia para determinar la existencia de fraccionamiento de los proyectos a la Superintendencia del Medio Ambiente.” En el mismo sentido, el Segundo Tribunal Ambiental ha declarado inadmisibles reclamaciones, reconociendo la potestad exclusiva que corresponde en esta materia a la SMA. Así, en causa Rol R N° 57-2014 señala que: “[c]onforme al artículo 3 letra k) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, dicho organismo tiene entre sus funciones y atribuciones, la de ‘Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo [...]’. De este modo, lo anterior no puede ser alegado como parte del artículo 17 N°9 de la Ley 20.600, que otorga competencia a los Tribunales Ambientales para conocer de los demás asuntos que señalen las leyes, pues en este caso, la Ley ha señalado expresamente a un organismo competente para ello, distinto de esta Magistratura.” Por último, incluso el mismo SEA ha reconocido que esta potestad es privativa de la SMA, así por ejemplo, en Informe evacuado en causa Rol N° 35-2014 del Segundo Tribunal Ambiental, señala que: “[l]as atribuciones de la anotada Superintendencia relacionadas con ese deber, que son la facultad para determinar su infracción, requerir el ingreso adecuado del proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y aplicar sanciones en caso de no observarse lo ordenado por ella, de cuyo contenido es dable concluir que **se trata de potestades fiscalizadoras y sancionatorias privativas de dicho organismo público**”.

El fraccionamiento constituye una infracción a la normativa ambiental, y es por ello que en el artículo 11 bis de la Ley 19.300, se prevé que aquella conducta debe ser corregida y además sancionada. Señala la misma disposición, que será competente para conocer de aquella infracción la SMA. Ello a la vez se condice con el artículo 3 letra k) de la LOSMA, que fija como atribución de la SMA, el obligar a los proponentes a ingresar adecuadamente el SEIA, previo informe del SEA, cuando éstos hubieren fraccionado sus proyectos o actividades. Tal y como señala EFE, efectivamente corresponde al SEA la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en donde recaen sus competencias naturales. Pese a ello, este organismo carece de potestad para fiscalizar y sancionar, las que se radican exclusivamente en la Superintendencia.

Ante la hipótesis de fraccionamiento de un proyecto, ya sea por eludir el ingreso al sistema o por variar el instrumento, corresponde a la SMA determinar su existencia, en conformidad a la normativa anteriormente citada, y ello se da con independencia de las actuaciones previas ante el SEA durante el transcurso de la evaluación ambiental o en la etapa de los recursos, cuando ya se ha dictado RCA. El que existan reclamaciones

pendientes, no obsta a que el SEA deba informar a la Superintendencia y a que ésta siga adelante la investigación en el Procedimiento Sancionatorio. El informe que realiza el SEA justamente busca la coordinación entre ambos organismos, y la SMA al tener potestades de fiscalización, puede solicitar información a éste en cualquier etapa de la evaluación, y no sólo cuando se han agotado los recursos ante la misma.

c) Sobre la infracción de fraccionamiento

Por último, EFE señala la ilegalidad de la resolución aduciendo a la falta de competencia de la SMA para sancionar el fraccionamiento, fundándose en el artículo 35 letra n) de la LOSMA. Al respecto, sostiene que no corresponde sancionar bajo este artículo, pues la tipificación de una infracción general sería contraria al principio de legalidad y el de tipicidad, propios del *ius puniendi estatal*. Así, a juicio de la Empresa en ningún caso resulta aceptable entender aquella disposición “*como una atribución que permite a la Administración sancionar discrecionalmente cualquier conducta que la misma considere antijurídica, sin ningún elemento de tipo que permita determinar objetivamente el hecho constitutivo de infracción*”. Adicionalmente sostiene que el fraccionamiento por variación de instrumento no corresponde a ninguno de los tipos infraccionales del artículo 35 de la LOSMA.

Sin embargo, el legislador sí ha establecido el tipo respectivo y la competencia de la SMA para conocer de las infracciones a éste artículo. En efecto, de la simple lectura del artículo 11 bis de la ley N°19.300, en relación con el artículo 35 letra n) de la LOSMA, es forzoso no concluir que el legislador establece el tipo infraccional “fraccionamiento por variación de instrumento”, toda vez que lo contempla expresamente como una infracción, estableciendo que el órgano competente llamado a conocer de la misma es la SMA. De este modo, en este tipo de fraccionamiento existe una norma de carácter ambiental que contempla claramente la infracción, quedando perfectamente subsumida en el artículo cuyo sentido cuestiona EFE. Así lo reconoce también en la doctrina don Edesio Carrasco, quien si bien establece una vara alta para la determinación del término “a sabiendas” de la figura del fraccionamiento, cuestión con la que podemos discrepar, da por establecido que nos encontramos ante una infracción cuyos elementos analiza.¹

2. Respetto de los hechos constitutivos de infracción

Los hechos constitutivos de infracción indicados en la Resolución Exenta N°1, rol D-039-2016 de 11 de Julio de 2016, conforme al artículo 35 a) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente se refieren a dos materias: Ruidos y Fraccionamiento.

En primer lugar en materia de ruidos se señala la “Superación del nivel de presión sonora fijado para las Zonas II y III en los puntos, fechas y horario señalados en la Tabla N°1” de la formulación de cargos, advirtiéndose que de la fuente emisora de ruido se ha

¹ Carrasco, E., "Notas respecto al Fraccionamiento de Proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", en Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental (Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile), Edit. LegalPublishing, 2014, pp. 479-497, p. 486.

obtenido un nivel de presión sonora corregido con superaciones que fluctúan entre los 61 dBA hasta los 86 dBA, calculado de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 38/2011, generándose excedencias que van desde 1 dBA hasta los 26 dBA por sobre el máximo establecido en el D.S. 38/2011". Este hecho a criterio de la SMA ha infringido lo establecido en la RCA N° 373/2013 en sus considerandos 3.14.3.4 y 7, los cuales se refieren a la inclusión de un plan de monitoreo de ruidos en la etapa de construcción y al cumplimiento de la normativa ambiental aplicable respectivamente. Además, infringe lo establecido en el Informe Consolidado de Evaluación en sus considerando 3.1. sobre la normativa ambiental aplicable, y el considerando 3.1.8. sobre la forma de cumplimiento. Y por último infringe lo establecido en el D.S. N°38, de 11 de Noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece Norma de Ruido por Fuentes que Indica, con respecto al artículo 7°.

Los descargos de EFE respecto a este hecho se dividen en tres puntos, el primero se refiere al plan de monitoreo de ruido establecido en el considerando 3.14.3.4 de la RCA 373/2013 y su ejecución por parte de EFE, ante lo cual señala que se ha dado cumplimiento a un plan de monitoreo de ruidos durante la etapa de construcción del proyecto, el cual arrojó como resultado que existían zonas críticas de generación de ruido, por lo cual era necesario implementar acciones de control de ruido. Por tanto, el titular del proyecto reconoce que existen zonas en las cuales se están superando los niveles de ruido permitidos durante la etapa de construcción. Además, es necesario señalar que estas infracciones han tenido como consecuencia un deterioro en la calidad de vida de los afectados, en cuanto no se aplicaron desde un comienzo las medidas de mitigación necesarias, sino tan sólo después de que EFE realizó el plan de monitoreo, y accedió a ejecutar medidas para mitigar el ruido. Es decir, el aspecto crítico consiste en que los vecinos se han visto afectados con estas emisiones de ruido, que superan los parámetros permitidos en la normativa, a lo menos durante todo el periodo en el cual EFE no accedió a efectuar las mediciones y tomar las medidas necesarias.

En segundo lugar EFE señala que el hecho que se estima constitutivo de la infracción no se ha configurado en los términos indicados en la formulación de cargos, dado que las superaciones a los valores regulados en el D.S. N° 38/11 son inferiores que las imputadas, y detalla que el porcentaje de incumplimiento en lugar de ser un 33% se trata de un 17%, lo cual se explicaría porque EFE considera válidas las mediciones de agosto y septiembre de 2014, mientras que la SMA invalidó los informes correspondientes a aquellos meses debido a que no había claridad sobre los equipos que se habrían utilizado para las mediciones. En este mismo punto, como segunda razón, EFE señala que se deben considerar válidos los datos obtenidos mediante el método del estándar internacional ISO 9613-2:1996 ya que habrían sido obtenidos a través de la correcta utilización del software MINERVA, mientras que la SMA ha estimado que aquellos datos no son válidos debido a que la aplicación del método especificado fue incorrecto, porque se utilizaron Niveles de Presión Sonora (NPS o Lp) en lugar de Nivel de potencia Sonora (NWS o Lw) para el cálculo de los niveles recibidos en el punto de interés, que era lo que establecía el método. La tercera razón de la diferencia en la estimación sería que no se superaron los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011

respecto de algunas mediciones, considerando las zonas en las cuales se emplazaron efectivamente los puntos de medición, esto se debería a un error por parte de la SMA al realizar la zonificación. Con respecto a lo señalado por EFE en estos puntos, la SMA en la formulación de cargos, especificó los argumentos por los cuales el análisis general tuvo las características antes señaladas.

Es esencial entender que la SMA ha aplicado estos razonamientos en base a criterios uniformes, tanto respecto de la zonificación en la cual se efectuarán las mediciones de ruido, como respecto de la metodología de aplicación para el cálculo recibido en los receptores instalados en los puntos de interés, y por último, respecto a las exigencias que tienen estos procedimientos para considerar las mediciones como válidas, por lo cual las decisiones tomadas por la SMA en ningún caso pueden ser catalogadas de arbitrarias, ya que estos criterios son los mismos con los cuales se ha evaluado el cumplimiento de otros proyectos anteriormente.

La segunda infracción respecto a la cual se presentan descargos es fraccionar el proyecto "Rancagua Express" al someter a evaluación ambiental el sub proyecto "Mejoramiento Integral" sin haber sometido a evaluación ambiental el sub proyecto "Seguridad y Confinamiento", eludiendo así el ingreso al Sistema de evaluación de Impacto Ambiental. Los descargos de EFE son, en primer lugar, que EFE no ha infringido la prohibición de fraccionamiento establecida en el artículo 11 bis de la ley N° 19300, esto debido a que en primer lugar EFE estaba cumpliendo una obligación de carácter legal de seguridad al confiar las vías asociadas al proyecto, ya que se trataría de una obligación legal contenida en su ley orgánica (D.F.L. N° 1/1993, del Ministerio de Transportes). El segundo argumento que señala es que las obras de seguridad y confinamiento son completamente independientes del Proyecto Mejoramiento Integral, lo cual fundamenta en base a que existiría una independencia teleológica, ya que ambos proyectos responden a finalidades distintas, además de existir una independencia temporal que deriva de la finalidad de ambas clases de obras, por último existe según EFE una independencia técnica, pues no dependería la una de la otra.

Cabe señalar al respecto que la SMA indicó que el titular del proyecto no cuenta con una evaluación ambiental en forma independiente para el proyecto "Seguridad y Confinamiento", por lo que no existe una RCA ni tampoco una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA del proyecto en cuestión, y además se ha constatado de manera evidente que la construcción se ha realizado de manera paralela entre ambos proyectos. Además, la SMA señala que es posible sostener que se efectuó el fraccionamiento del proyecto para eludir el ingreso al SEIA, por lo que no se evaluó el proyecto en su integridad, y a lo menos se deberían haber evaluado en conjunto los proyectos "Mejoramiento Integral" y "Seguridad y Confinamiento", por lo que hubo una vulneración del artículo 11 bis de la ley 19.300. Además la SMA concluyó que ambos proyectos se ejecutan de manera simultánea, y agrega que el hecho es que la ejecución de los proyectos se ha efectuado a un mismo tiempo, lo que resulta de toda lógica, toda vez que el confinamiento de la vía debe suponer la habilitación de pasos peatonales y vehiculares que permitan la circulación entre un lado y otro de la vía.

Se puede concluir que el subproyecto “Mejoramiento integral” no podría iniciar sus operaciones en el tramo Santiago - Nos sin el cierre de los pasos peatonales y vehiculares a nivel y la habilitación de los pasos a de nivel construidos en el marco del subproyecto “Seguridad y Confinamiento”.

Un tercer argumento de EFE es que las obras de seguridad y confinamiento no deben ingresar por sí solas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ya que plantea que las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad listado en el artículo 3 del reglamento (letra. 1), no constituyen un proyecto por sí sola. Respecto a este punto señala que las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad no modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad. Y por último señala que las obras del proyecto no modifican las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente.

Respecto a estos dos últimos puntos de EFE, cabe señalar que justamente el objetivo de someterse al SEIA, es que se pueda determinar de manera certera cuáles son los impactos ambientales del proyecto, por lo que no es procedente que se argumente que no habrá una modificación sustantiva de los impactos ambientales, cuando no se ha realizado una evaluación ambiental por los órganos competentes con respecto al proyecto en su conjunto, y tampoco se ha evaluado los proyectos por separado, por lo que no se puede afirmar que los proyectos que no han sido sometidos a evaluación no modifiquen sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad, debido a que, en primer lugar, estos efectivamente no tienen mayor relevancia con respecto al proyecto de mejoramiento integral de la vía férrea, pero tienen un gran impacto por sí solos y éste es aún mayor al momento de considerar como una unidad los tres proyectos.

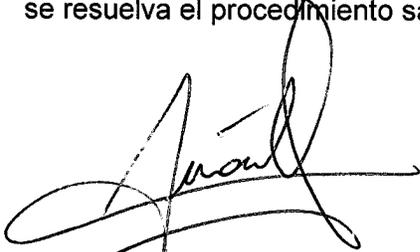
Por su parte, dentro de la misma descripción del proyecto EFE señala que tiene como objetivo *“mejorar las condiciones de seguridad de la vía y aumentar la frecuencia de los trenes de pasajeros, mejorando el nivel de servicio del eje ferroviario Santiago – Rancagua a través de un plan de mejoramiento integral de los servicios ferroviarios de pasajeros entre Santiago y la ciudad de Rancagua, así como de la infraestructura, sistemas y equipos asociados incluyendo habilitar un servicio de alto estándar de transporte de pasajeros en el área metropolitana entre la ciudad de Santiago y la localidad Nos.”*, por lo que EFE explícitamente reconoce que ambos objetivos (seguridad y frecuencia) tienen el carácter de copulativos, y el titular le atribuye a los otros subproyectos la habilidad de mitigar los impactos ambientales del proyecto evaluado.

Resta señalar que este caso es paradigmático como muestra de la forma como no deben evaluarse ni ejecutarse los proyectos de inversión, máxime tratándose de una empresa del estado, razón por la cual es imperativo que la SMA ejerza de manera eficaz y

pronta su facultad de sancionar las infracciones detectadas, siendo el cumplimiento ambiental un elemento clave del estado de derecho.

OTROSÍ: La demora en resolver afecta significativamente a nuestros representados, afectando el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia ambiental, establecido en el Principio 10 de la Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. En el dictamen N° 075745N16 de fecha 14-10-2016 de la Contraloría General de la República, se estima que la SMA, en su calidad de órgano de la Administración del Estado, *“se encuentra en deber de respetar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia y de accionar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, como también la agilidad y expedición de los procedimientos administrativos, todo ello en concordancia con los establecido en los artículos 3°, inciso segundo, y 8 de la ley N° 18.575”*. Además, se prevé su ajuste al *principio conclusivo*, contemplado en el artículo 8° de la ley N° 19.880, conforme al cual se debe dar oportuna respuesta a los requerimientos que se le formulen.

Por ello y atendido (1) el largo tiempo que ha pasado desde la formulación de cargos, (2) el que la primera denuncia en cuestión fue ingresada hace casi 4 años, en julio del año 2013, (3) que, como es de vuestro conocimiento, el proyecto ya se encuentra en ejecución y que (4) el pronunciamiento final de la SMA es de vital importancia, principalmente porque, tal y como fue expuesto anteriormente, es la SMA el único organismo que puede sancionar el fraccionamiento de este proyecto, y obligar a su titular a presentarlo de la manera correspondiente, es que le solicitamos encarecidamente que en aras de la justicia ambiental se resuelva el procedimiento sancionatorio en curso sin mayor dilación.



Valentina Durán Medina



María Nora González Jaraquemada