

EN LO PRINCIPAL: FORMULA DESCARGOS Y SOLICITA SE ABSUELVA A FANTÁSTICO SUR. **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **SEGUNDO OTROSÍ:** SOLICITA OFICIOS QUE INDICA. **TERCER OTROSÍ:** PRUEBA.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIOAMBIENTE
SRA. FISCAL INSTRUCTOR



FELIPE MENESES SOTELO, abogado, por **SERVICIOS TURÍSTICOS FANTÁSTICO SUR LIMITADA** ("Fantástico Sur", el "Titular" o la "Compañía"), ambos domiciliados, para estos efectos, en Isidora Goyenechea N°2800, piso N°43, en autos administrativos Rol N° F-053-2017 sobre presunto fraccionamiento, vengo en presentar descargos al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LO-SMA"), solicitando que, en definitiva, se absuelva al Titular por los motivos que se expresan, resumidamente, a continuación:

- i. Mediante Res. Ex. N°1/Rol F-053-2017 de 10 de noviembre de 2017 ("R.E. N°1/2017"), la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") formuló cargos en contra de Fantástico Sur por cuanto, en su concepto, habría infringido la prohibición legal establecida en el artículo 11 bis de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente ("LBGMA"), referida al fraccionamiento de proyectos por variación de instrumento.
- ii. La formulación de cargos tiene como antecedente la existencia de tres proyectos pertenecientes a Fantástico Sur cuyo sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA") se efectuó mediante Declaraciones de Impacto Ambiental ("DIA"), uno de los cuales ya fue aprobado por la Comisión de Evaluación Regional. En concepto de la SMA: (i) los proyectos estarían ubicados en terrenos fiscales y formarían parte del Parque Nacional Torres del Paine ("PNTP"), lo que obligaría a someterlos al SEIA; (ii) existiría entre ellos una relación estricta que los convierte en un solo proyecto fraccionado; (iii) Tal fraccionamiento habría tenido por propósito ocultar una alteración significativa sobre el paisaje, como medio para variar el verdadero instrumento de evaluación

en el SEIA; (iv) todo lo que mi representada habría realizado “a sabiendas”, esto es, con intención dolosa.

- iii. En el presente documento se contienen los descargos de Fantástico Sur en contra del cargo levantado mediante R.E. N°1/2017, los que permiten desvirtuar los supuestos de hecho y legales de la acusación, por cuanto:
- iv. **El cargo imputado a Fantástico Sur descansa en una premisa cuya efectividad es objeto actual de controversia judicial.** En efecto, la pretensión del Fisco de Chile consistente en que los terrenos en que se ubican las instalaciones de Fantástico Sur son fiscales es reciente (2015), al punto que, sólo en año 2017 el Consejo de Defensa del Estado (“CDE”) demandó la restitución de los terrenos.
- v. Resulta evidente que la pretensión del CDE es objeto actual de una controversia judicial motivo por el cual no corresponde que la SMA se pronuncie anticipadamente sobre el asunto, otorgando, asumiendo o suponiendo que la pretensión de Fisco ha sido reconocida por la Justicia. Menos aún corresponde que se inicie un procedimiento sancionatorio que implica una acusación basada en una pretensión que el mismo Fisco de Chile reclama por la vía judicial.
- vi. **La Formulación de Cargos envuelve la atribución de una función jurisdiccional y arriesga generar decisiones contradictorias.** Al formular el cargo de fraccionamiento por variación de instrumento, la SMA prejuzga a mi representada y se atribuye una función jurisdiccional en infracción de los artículos 6, 7 y 76 de la Constitución Política de la República. La continuación en la tramitación del procedimiento abierto genera, además, un riesgo evidente de que existan pronunciamientos contradictorios al estar la sentencia judicial pendiente de dictación a esta fecha. Esto es particularmente gravoso si, como esperan y confían los particulares dueños de los terrenos en cuestión, se confirma el derecho que han ejercido históricamente.
- vii. **El Ord. SE12-1374 del MBN no resuelve la controversia planteada por el Fisco respecto de la propiedad de los terrenos, ni constituye una herramienta provisoria para formulación de estos cargos.** Yerra la SMA cuando, sin un fundamento jurídico suficiente y dando por cierto lo que el CDE ha entregado a la decisión de un tribunal, señala que esta parte estaría haciendo ocupación

ilegal de terrenos fiscales y de ello colige una infracción a la LBGMA. La SMA funda este procedimiento en el Ord. SE12-1374 de 27 de noviembre de 2015 de la SEREMI de Bienes Nacionales de la Región de Magallanes, el que en tan sólo dos páginas despacha el asunto sometido a decisión judicial.

- viii. La SMA omite que es el Fisco el que ha decidido someter esta cuestión a los tribunales, iniciando una controversia judicial cuya resolución no puede ser reemplazada por el ordinario expedido por un órgano de la administración que, por cierto además, ha tenido una visión contradictoria sobre este punto a lo largo de la historia reciente, como se documenta en estos antecedentes.
- ix. **La inexistencia del derecho que reclama el Fisco por vía judicial impide fundamentar el cargo que se imputa a Fantástico Sur.** La situación jurídica de los terrenos y el estado actual del juicio afectan el fundamento mismo del cargo que se imputa en este expediente, pues para afirmar que los Proyectos Francés y Cuernos deben someterse obligatoriamente al SEIA -esto es, que estamos en presencia de la situación descrita en el artículo 10, letra p) de la LBGMA- se requiere, en primer término, que exista propiedad fiscal sobre el cual pueda constituirse un Parque Nacional. No existen Parques Nacionales que puedan constituirse sobre propiedad particular.
- x. **Falta de tipicidad.** En la especie, la imposibilidad jurídica de afirmar en este sancionatorio lo que el Fisco reclama judicialmente como una pretensión aún no resuelta -esto es, la existencia de propiedad fiscal que permitiría justificar la existencia del PNTP-deviene en imposibilidad de señalar que existe, en realidad, una norma infringida.
- xi. **La Formulación de Cargos incumple con el artículo 11 bis.** Si bien el artículo 11 bis otorga competencia a la SMA para determinar el incumplimiento de la prohibición de fraccionamiento, requiere que ésta se efectúe sólo después que el SEA haya informado sobre el asunto. Considerando, además, que existen dos hipótesis de fraccionamiento, es obvio que para que se cumpla con el propósito de la norma, es necesario que el SEA informe sobre el potencial fraccionamiento, cualquiera sea la hipótesis que se trabaje.
- xii. La Formulación de Cargos incumple con el deber que la norma impone, pues resulta más que ostensible que ni el informe solicitado por la SMA, ni el

evacuado por el SEA, se refieren a ningún tipo de fraccionamiento y, en particular, nada señalan respecto de una posible variación de instrumento de evaluación por presencia de impactos significativos del artículo 11 de la LBGMA.

- xiii. **No es efectivo que los proyectos generen “alteración significativa del valor paisajístico o turístico de la zona”**. Los Proyectos no generan un alteración significativa sobre el paisaje, pues corresponden a intervenciones discretas, con características de instalación por sobre el concepto de construcción, lo que se traduce en estructuras “livianas”, desde el punto de vista de su percepción en la lectura del paisaje.
- xiv. Las intervenciones tanto en el caso del Proyecto Francés como Proyecto Cuernos complementan instalaciones existentes bajo unos mismos parámetros arquitectónicos, consolidando formas y colores, de bajo protagonismo escénico; lo existente ya forma parte del paisaje en su condición basal y son parte del contexto de las actividades turísticas del área en análisis. La incidencia visual es muy baja o inexistente ya que la configuración del relieve y la vegetación genera un mosaico de sombras visuales, que impiden que se tenga acceso a la totalidad del territorio desde los posibles puntos de observación.
- xv. Una mirada más detallada permite presentar en este documento, un análisis pormenorizado de la argumentación contenida en los considerandos 30) a 37) de la Formulación de Cargos. De ellas se desprende que el *área de influencia* (AI) ha sido bien determinada; que no existe vínculo estricto entre los Proyectos Francés y Cuernos desde el punto de vista paisaje; que la superposición de AI y la simultaneidad de fases de construcción no es suficiente para inferir alteración significativa del paisaje y que la argumentación contenida en los cargos confunde los conceptos de AI y “Unidad de Paisaje”, entre otras conclusiones de relevancia.
- xvi. **Sobre el alcance de la exigencia de “intencionalidad” para configurar el fraccionamiento por cambio de instrumento**. De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 bis de la LBGMA, para sancionar a un titular por haber variado el instrumento de ingreso al SEIA mediante el fraccionamiento de su proyecto, es indispensable que haya actuado “a sabiendas”, esto es, según el diccionario de la RAE, con “**conocimiento y deliberación**”.

- xvii. LA SMA omite prestar antecedentes plausibles que respalden la prueba que se le exige, esto es, que Fantástico Sur conocía desde el primer momento en que ingresó algunos de los “fragmentos” de su proyecto que estaba encubriendo una “alteración significativa al paisaje”.
- xviii. En efecto atribuye intencionalidad en el supuesto fraccionamiento a pesar de que el primer proyecto fue declarado ambientalmente favorable mediante R.E. N° 10/2000, mientras el siguiente “hito” de este fraccionamiento, de acuerdo con la Formulación de Cargos, sería el ingreso de la pertinencia para el proyecto “Refugio y Camping Francés”, ingresada el día 25 de octubre de 2012. No es razonable –a menos que se preste una prueba que en no existe en los cargos– imputar un comportamiento deliberado en la evaluación ambiental de un proyecto cuando transcurren 12 años entre un hito y el otro. Por otro lado, durante ese tiempo, la autoridad ambiental fue consistente en declarar que ninguno de los proyectos se ejecutaría al interior del PNTP.
- xix. Asimismo, las tres DIA presentadas al SEIA entre el 2 y 4 de agosto de 2017 por Fantástico Sur, dos de las cuales forman parte de la imputación de fraccionamiento de la SMA, se evaluaron separadamente después de lo acordado en reunión sostenida con la Dirección Regional del SEA y en cumplimiento de un acuerdo expreso alcanzado en una mesa público-privada que cuenta con la participación de todas las autoridades locales con competencia ambiental.
- xx. **Fantástico Sur ha actuado con confianza legítima en la Administración.** Lo anterior, pues en el presente caso han sido los órganos competentes, a través de actos formales o mediante comunicaciones directas con el administrado, los que han generado en Fantástico Sur una legítima expectativa de consistencia en su comportamiento, en el sentido que, si ellos conocieron y validaron la forma en que se someterían al SEIA los Proyectos cuestionados, no llegaría a suceder que un tercer órgano del mismo Estado, sostendría una opinión completamente opuesta y abriría un procedimiento sancionatorio por los mismos hechos, tal y como ocurre en el presente caso.

1. ANTECEDENTES

- 1.1. **Formulación de Cargos.** Mediante R.E. N°1/2017, la SMA formuló cargos en contra de Fantástico Sur por cuanto – en su concepto- habría infringido la prohibición legal establecida en el artículo 11 bis de la LBGMA, referida al fraccionamiento de proyectos por variación de instrumento. Lo anterior, constituiría –a su vez- infracción del artículo 35, letra n) de la LOSMA, esto es, *“el incumplimiento de cualquier otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica”*.
- 1.2. **Fundamento general esgrimido por la SMA en la R.E. N°1/2017.** La formulación de cargos contenida en la R.E. N°1/2017, en resumen, se fundamenta en un conjunto de antecedentes y apreciaciones que efectúa la SMA y que enunciamos a continuación: (i) la existencia de tres proyectos pertenecientes a Fantástico Sur; (ii) cuyo sometimiento al SEIA, se efectuó mediante DIA; (iii) los que estarían interrelacionados, temporal y espacialmente, y, en consecuencia, constituirían un solo proyecto; (iv) que debió haberse sometido al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”), por cuanto, podría haber causado impactos significativos al paisaje de la zona, y (v) conducta elusiva que mi representada habría realizado *“a sabiendas”*, esto es, con ánimo positivo o dolo.
- 1.3. **Proyectos de Fantástico Sur ingresados al SEIA mediante DIA en los alrededores del Lago Nordenskjöld.** Tal como se ha señalado, los cargos contenidos en la R.E. N°1/2017 tienen como primer fundamento, la existencia de proyectos de mi representada, a saber: (i) *“Navegación Embarcación de Apoyo en Lago Nordenskjöld”* (*“Proyecto Navegación”*); (ii) *“Servicio de Albergue y Área de Acampar Sector Francés Estancia Cerro Paine”* (*“Proyecto Francés”*), y (iii) *“Modificación Refugios Chileno y Los Cuernos Estancia Cerro Paine”* (*“Proyecto Cuernos”*) y los tres, en conjunto, los *“Proyectos”*); presentados al SEIA mediante tres DIA, cuyo contenido general y estatus actual, se describe a continuación:
- (i) **DIA Proyecto Navegación.** Con fecha 26 de enero de 2016, Servicios Turísticos Fantástico Sur, ingresó a la Dirección Regional de Magallanes y Antártica Chilena del Servicio de Evaluación Ambiental (*“SEA Regional”*), la

DIA del Proyecto Navegación, que consiste en la navegación con fines administrativos en el citado lago.

De conformidad a la Resolución de Calificación Ambiental N°063/2016 (“RCA 063/2016”) que lo aprobó, el proyecto consiste en la navegación de una embarcación en el Lago Nordensjököld con fines administrativos. La embarcación está destinada a prestar apoyo a las actividades desarrolladas por Fantástico Sur en sus instalaciones y contempla la posibilidad de realizar viajes adicionales, sólo a solicitud de la Corporación Nacional Forestal (“CONAF”), en relación con el Campamento Italiano.

La ejecución del Proyecto Navegación considera la habilitación de tres muelles flotantes en las playas Asencio, Cuernos y Francés, para facilitar el embarco y desembarco de personal y cargamento. Además, comprende la construcción de una casa de botes en playa Asencio (135 m²) con la finalidad de guardar la embarcación y ejecutar actividades de mantención programadas, bodegas para el cambio de aceite de motores y manipulación y acopio de combustibles.

El track de navegación de la embarcación es Playa Asencio – Playa Cuernos y eventualmente alcanza la Playa Francés para el traslado de basuras y materiales provenientes del Sector Italiano. Además contempla la opción de viajes adicionales por evacuaciones en casos de emergencias producidas por accidentes en lugares remotos o de difícil acceso o por ocasión de incendios forestales.

En lo que atañe al fundamento de estos cargos, la autoridad enfatiza que el Proyecto Navegación *“ingresó a evaluación ambiental según lo dispuesto en el Artículo 10 de la ley de Bases del Medio Ambiente, letra “p”, esto es, por encontrarse en un área colocada bajo protección oficial que, en la especie, sería el PNTP.*

- (ii) **DIA Proyecto Francés**”. Con fecha 02 de agosto de 2017, Fantástico Sur presentó la DIA Proyecto Francés. Según se indica en la DIA, el Proyecto Francés busca normalizar las instalaciones existentes y, además, evaluar ambientalmente la construcción de instalaciones nuevas.

Las instalaciones construidas y operativas en el sector, cuya normalización se pretende a través de la DIA Sector Francés, se han desarrollado por Fantástico Sur desde el año 2013. En una primera etapa, y posterior a la dictación de la Resolución Exenta N° 14, de fecha 11 de enero de 2013, por el SEA Regional que resuelve que la construcción del Refugio y Camping en el sector del Valle Francés no debe ingresar al SEIA, se habilitaron 17 sitios de acampar, baños y un pabellón para alojar al personal. Durante el 2014, se complementó el Proyecto Sector Francés con la construcción de baños equipados con duchas, lavamanos e inodoros para el sector del camping y con un sistema de disposición de efluentes líquidos. Entre el 2014-2015, fueron instalados 4 domos con capacidad de alojamiento para 32 pasajeros y un domo para albergar al personal del sector, una bodega de almacenamiento de elementos contra incendio y un estanque de agua. Finalmente, durante el año 2016, se instaló temporalmente una carpa autosoportante que permite la atención y registro de los visitantes al complejo. Por otro lado, la DIA señala que el proyecto considera ser desarrollado en dos etapas:

- ✓ Construcción de 15 plataformas de camping, 10 reparos para campistas, un reparo principal, la Administración y entrada a la Estancia Cerro Paine, un depósito para el almacenamiento de combustible, una bodega de almacenamiento de residuos peligrosos y un sistema de captación de agua. Con esta infraestructura a construir, el sector tendrá una capacidad para alojar a 32 pasajeros en 4 unidades tipo "domo", 120 personas en plataformas de camping y 100 pasantes con una dotación de 13 trabajadores, y
- ✓ Construcción y habilitación de instalaciones adicionales necesarias para atender a un total de 32 pasajeros en el refugio, 300 pasajeros y 200 pasantes en sitios de camping, con una dotación de 30 trabajadores.

Lo anterior, con la finalidad de entregar servicios de alojamiento y servicios higiénicos en el sector Refugio y Camping Francés, emplazado en la Estancia Cerro Paine, a la ribera del Lago Nordenskjöld. El proyecto que se somete a evaluación consiste en la primera etapa mencionada precedentemente, mientras que la segunda etapa se pretende ejecutar en el futuro, para complementar el Proyecto Francés.

El Proyecto Francés ingresó a evaluación ambiental según lo dispuesto en el artículo 10 de la LBGMA, letra p), esto es, por ubicarse en terrenos del PNTP. En la actualidad, continúa en evaluación. El 6 de diciembre de 2017 fue dictado el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones ("ICSARA") complementario que debe ser respondido por Fantástico Sur, como máximo, el 22 de enero de 2018.

- (iii) **DIA Proyecto Cuernos.** Inicialmente el Proyecto Refugio Los Cuernos fue autorizado mediante R.E. N° 10/2000 ("RCA 10/2000"), que aprobó la construcción de un refugio para mochileros, de un piso, con capacidad total para 24 personas y una superficie de 195.59 m².

Las instalaciones comprendidas en el Proyecto Refugio Los Cuernos, consisten en una sala de estar-comedor, cocina, baños y 6 dormitorios, sistema particular de abastecimiento de agua potable y eliminación de aguas servidas. La vida útil del proyecto es de 30 años.

Con fecha 2 de agosto de 2017, Fantástico Sur presentó la DIA Proyecto Cuernos, cuyo objetivo consiste en normalizar las instalaciones existentes que conforman los campamentos en el Sector Chileno y Cuernos y además, evaluar ambientalmente la construcción de instalaciones nuevas.

Sólo consideramos lo relativo al Sector Cuernos, pues la autoridad ha señalado en esta Formulación de Cargos que se considerarán **exclusivamente los antecedentes relativos al sector Cuernos**, dado que se ubica en el entorno directo del Lago Nordenskiöld.

En la citada Formulación de Cargos la autoridad reitera que el ingreso a evaluación ambiental del Proyecto Cuernos, "*se hizo de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 10 de la Ley de Bases del Medio Ambiente, letra "p"*" cuestión que, como ya hemos señalado, no es efectiva o, al menos, no se encuentra establecida a esta fecha.

En la actualidad, el Proyecto Cuernos continúa en evaluación. El 11 de diciembre de 2017 fue dictado el ICSARA complementario que debe ser respondido por Fantástico Sur, como máximo, el 25 de enero de 2018.

1.4. **Sobre la supuesta existencia de “interrelación” y “efectos sinérgicos” entre los Proyectos.** Para fundamentar el cargo contenido en la R.E. N°1/2017, preliminarmente, la SMA ha debido sostener que los Proyectos de Fantástico Sur deben someterse obligatoriamente al SEIA por estar ubicados en terrenos fiscales del PNTD y, en seguida, que existe entre ellos una relación estricta que los convierte en “un solo proyecto” fraccionado. Para lo anterior, la SMA recurre a los conceptos de *interrelación* y *efectos sinérgicos*.

- (i) **Interrelación.** Sobre la base de la constatación que el circuito de navegación sirve al Proyecto Francés y Proyecto Cuernos –y al hecho de que el primero modificó el track de navegación del Proyecto Navegación- la SMA llega a sostener que ellos “*son completamente dependientes entre sí, es decir la embarcación sólo tiene por objeto abastecer las instalaciones en el sector Francés y en los Cuernos, y al mismo tiempo, estas instalaciones necesitan de la embarcación para su construcción y operación. Por lo tanto, los 3 proyectos pertenecientes a Fantástico Sur Ltda. constituyen un solo proyecto turístico, operado por el mismo titular y que ha sido ingresado a evaluación ambiental fraccionadamente, a través de tres Declaraciones de Impacto Ambiental, según se indicó en los apartados a. y b. de esta Formulación de Cargos*”.
- (ii) **Efectos Sinérgicos.** (a) Espacialidad. Señala la SMA que las DIA del Proyecto Francés y Proyecto Cuernos acotan sus áreas de influencia (“AI”) exclusivamente a los sectores donde se emplaza el servicio de albergue y el área de acampar (Proyecto Francés), y el refugio, cabañas y camping (Proyecto Cuernos). Ello, sin perjuicio de que ambos Proyectos requieren, tanto para la etapa de construcción como de operación, la utilización de embarcaciones, e incluso suponen un aumento en la frecuencia de los viajes de la embarcación en determinadas situaciones; (b) Temporalidad. Sostiene la SMA que sumado a ello “*hay que considerar el criterio de la temporalidad en la generación de impactos*”, que dice relación con la potenciación de impactos ambientales producto de una simultaneidad en las etapas de construcción u operación de los proyectos respectivos.

- 1.5. **Generación o presencia de alteración significativa del valor paisajístico o turístico de una zona.** El argumento central contenido en la Formulación de Cargos efectuada mediante la R.E. N°1/2017, consiste en atribuir a la fase de construcción y/u operación combinada de los Proyectos la generación de alguno de los “*efectos, características o circunstancias*” del artículo 11 de la LBGMA. En efecto, sólo de este modo es posible, afirmar que los Proyectos – además de ser uno sólo- debieron ingresar al SEIA mediante un EIA y no tres simples DIA. Al respecto, la SMA sostiene que “*una de las hipótesis que se podría generar para que el ingreso de los respectivos proyectos tuviera que ser vía EIA, es la de la letra e) alteración significativa en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona*”.

“Para el caso en análisis, considerando que los tres proyectos corresponden a un mismo titular, que interactúan constantemente tanto en sus etapas de construcción como de operación, así como que están ubicados en un mismo sector superponiendo las áreas de influencias respectivas, se estima que la predicción y evaluación de impactos en el paisaje de las instalaciones tiene que considerar la suma de alteraciones de atributos y de obstrucción de la visibilidad que el conjunto de las tres actividades genera en la zona. Los impactos asociados a intrusión visual, considerados conjuntamente sí representan una alteración significativa del valor paisajístico de la zona. Por ejemplo, a continuación se dará cuenta de cómo los 3 proyectos conjuntamente alteran los atributos de la zona en virtud de la artificialidad” (énfasis agregados).

- 1.6. **Existencia de intencionalidad.** A partir de una cronología inserta en la página 17 de la R.E. N°1/2017 y que, más adelante, analizaremos en detalle, la SMA concluye que el titular:

“ (...) efectivamente tenía conocimiento de que los tres proyectos ingresados a evaluación ambiental estaban interrelacionados al punto de ser dependientes entre sí, e incluso varió el modo de someter a conocimiento de la autoridad los antecedentes asociados a la obtención de autorizaciones para el funcionamiento de dichos proyectos, por ejemplo, ingresando vía consulta de pertinencia instalaciones diferentes de las que efectivamente construiría, o declarando una operación de la embarcación más acotada que la que efectivamente se realizaría, todo ello con el fin de obtener de manera

más expedita los permisos ambientales y sectoriales requeridos para realizar su actividad económica, y en desmedro de una apropiada evaluación de los impactos ambientales que la operación de su proyecto turístico genera. A lo anterior se suma considerar que el titular ha mantenido una relación con la autoridad (Servicio de Evaluación Ambiental, CONAF) desde aproximadamente el año 2000, y cuenta con Resoluciones de Calificación Ambiental que datan desde entonces, por lo que no se estima que haya desconocimiento, inexperiencia o falta de comprensión de la normativa ambiental. "Todo ello permite afirmar que el titular fraccionó sus proyectos a ser ejecutado en el sector del Lago Nordenskjöld a sabiendas, con el objeto de variar la vía de ingreso y no someter sus instalaciones a un Estudio de Impacto Ambiental" (énfasis agregados).

- 1.7. **Formulación del Cargo.** Sobre la base de los antecedentes relacionados, la autoridad decide formular cargos en contra de mi representada señalando que "El siguiente hecho, acto u omisión que constituye una infracción conforme al artículo 35, letra n), de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica", señalando como hecho constitutivo de la infracción:

"(el) Fraccionamiento del Proyecto turístico emplazado en el sector del Lago Nordenskjöld, que considera la operación conjunta de obras y actividades asociadas a las Declaraciones de Impacto Ambiental (...) con el objeto de variar la vía de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" (énfasis agregado).

2. DESCARGOS.

2.1. CUESTIÓN PREVIA.

- 2.1.1. La familia Kusanovic tiene una historia y tradición de más de cien años en la Región de Magallanes. Son cuatro generaciones que han continuado el legado de Antonio Kusanovic Senkovic, nacido en Punta Arenas en 1926, quien siguiendo el ejemplo de sus padres, dedicó su vida al rubro ganadero y decidió, a partir de 1979, tomar la decisión de adquirir la Estancia Cerro Paine.

- 2.1.2. Con el paso de los años, Torres del Paine y la Estancia Cerro Paine comenzaron a convocar a cientos de viajeros atraídos por la belleza del paisaje, quienes hicieron de Torres del Paine un destino de excepción. En la década de los 80' y 90', se produjo un boom turístico en la Región de Magallanes, lo que llevó a que la familia Kusanovic expandiera e incrementara los servicios que le entregaba a los visitantes.
- 2.1.3. En el año 1996 se constituyó Fantástico Sur con el fin de prestar servicios de turismo, alojamiento y alimentación a los turistas que visitaban la Estancia Cerro Paine y el PNTP. Desde aquella época se ha destacado como una de las compañías locales que ha contribuido de mejor manera al desarrollo del turismo en Torres del Paine, velando y teniendo como misión, la construcción de un turismo sustentable, respetuoso y amigable con su excepcional entorno.
- 2.1.4. La Estancia Cerro Paine es un inmueble privado de gran extensión, que colinda con el PNTP, siendo desde el año 1979 de propiedad de la familia Kusanovic y sus sociedades. Cabe indicar que mediante escritura pública de 21 de septiembre de 1964, el Fisco de Chile vendió el denominado Lote "H" que comprende a la Estancia Cerro Paine a Juan Radic, quien posteriormente el año 1979 la vendió y transfirió a José Antonio Kusanovic Marusic y a Mauricio Jaime Kusanovic Marusic, quedando debidamente inscrita a su favor.
- 2.1.5. Desde aquella época, de forma ininterrumpida y pacífica, la familia Kusanovic ha sido la poseedora de la totalidad de la Estancia Cerro Paine, manteniéndose hoy en día, como sus exclusivos propietarios, a través de dos sociedades de propiedad de la familia.
- 2.1.6. **Tanto el Sector El Francés como el Sector del Refugio El Chileno se encuentran y se han encontrado desde siempre dentro de los límites de la Estancia Cerro Paine, límites que han sido reconocidos históricamente por el Estado de Chile y sus órganos, y que tan solo después de más de 30 años de ocupación y posesión, se han cuestionado ilegítimamente.**

2.2. **EL CARGO IMPUTADO A FANTÁSTICO SUR DESCANSA EN UNA PREMISA CUYA EFECTIVIDAD ES OBJETO ACTUAL DE CONTROVERSIA JUDICIAL.**

- 2.2.1. Como se indicó en el escrito de 11 de diciembre de 2017, por el que se solicitó a la SMA la suspensión del presente procedimiento sancionatorio, recientemente el Fisco de Chile -contrariando actos propios e históricos- alegó ser titular de los terrenos en los que se ha edificado una serie de instalaciones por parte de Fantástico Sur, en el Sector El Francés y en el Refugio El Chileno. Ello ha dado origen al expediente C-1297-2017, seguido ante el 2° Juzgado de Letras Civil de Punta Arenas.
- 2.2.2. Como resulta evidente, la acción deducida por el Fisco a través del CDE, tiene por objeto que sea el citado tribunal el que resuelva el asunto mediante una sentencia, sin perjuicio del derecho de que las partes tienen de alcanzar un acuerdo que le ponga fin.
- 2.2.3. En cualquier caso, es una realidad indesmentible que la titularidad sobre los terrenos cuestionados se encuentra pendiente de resolución, es decir, actualmente es objeto de una controversia judicial motivo por el cual no corresponde que la SMA se pronuncie anticipadamente sobre este asunto, otorgando, asumiendo o suponiendo que la pretensión que el Fisco hace suya ya ha sido reconocida por la Justicia, en circunstancias que no constituye más que eso, una pretensión, agregamos, infundada.
- 2.2.4. **Mucho menos corresponde que se inicie un procedimiento sancionatorio que comporta una acusación en contra de mi representada sin que la pretensión que el propio Fisco de Chile reclama por la vía judicial, se encuentre asentada de modo alguno.**
- 2.2.5. En este sentido, se aprecia de modo evidente que la SMA ha incurrido en un error al dar por sentado un hecho que se encuentra judicialmente controvertido, lo que nos permite indicar que se está ante un caso evidente de **prejudicialidad**.
- 2.2.6. En concreto, la variante de prejudicialidad que se aprecia en el presente caso es lo que la doctrina denomina *prejudicialidad en la acción*, siendo aquella “que tiene lugar en los casos donde la iniciación de un determinado proceso

está subordinada a una declaración judicial anterior"¹ que de no haber sido pronunciada, inhibe la eficacia y eficiencia del proceso iniciado.

- 2.2.7. En otras palabras y vinculando lo anterior al presente caso, la iniciación del proceso sancionatorio por la SMA se encuentra subordinado a la declaración judicial de que los terrenos cuestionados sean de propiedad fiscal, lo que a la fecha no ha ocurrido y de hecho, a juicio de esta parte, es prácticamente imposible que ocurra, al ser propiamente terrenos privados.
- 2.2.8. De este modo, no existiendo pronunciamiento judicial, la decisión subordinada de la SMA **no podrá ser válidamente tomada**, pues se encuentra evidentemente deslegitimada al no existir certeza en torno a uno de los supuestos claves de los cargos formulados, a saber, que los terrenos en los que se emplaza El Refugio El Chileno y el Sector Francés, son o no, de titularidad pública. De ahí, que en un acto de completa buena fe, esta parte haya requerido la suspensión del presente procedimiento a la espera de que se ponga término judicial o extrajudicial a la demanda del Fisco, para evitar la tramitación de un proceso administrativo ineficaz y que puede violar gravemente los derechos de esta parte.
- 2.2.9. Los asuntos relativos a la propiedad, son de suyo complejos, no sólo por estar protegidos constitucionalmente, sino porque su resolución se ha entregado privativamente a las partes o a los tribunales de justicia de orden **civil**, sin que una autoridad administrativa pueda atribuirse facultades que no posee respecto a su determinación.
- 2.2.10. Sabido es, que los procedimientos **administrativos sancionatorios**, como el que ha iniciado la SMA, guardan una cercana relación con el derecho penal, siendo una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. En relación con lo anterior, resulta necesario considerar lo dispuesto por el art. 174 del Código Orgánico de Tribunales, el que –como se verá– establece expresamente que las cuestiones civiles relativas al **dominio u otro derecho real** deben ser conocidas por un tribunal civil, en especial, cuando de su decisión depende el desaparecimiento del delito, cuestión que en este caso, equivaldría a decir, el desaparecimiento de los cargos formulados.

¹ Romero Seguel, Alejandro, *La prejudicialidad en el proceso civil*, en Rev. Chilena de Derecho, vol. 42 N° 2, p. 463 [2015].

2.2.11. Los cargos formulados –insistimos, a riesgo de ser majaderos- se basan en gran parte en la “constatación” imprecisa e inexacta, de que ciertos terrenos serían de propiedad fiscal. De concluirse la falsedad de dicho supuesto, cuestión que es resorte de un tribunal civil, ello provocaría el desaparecimiento de los cargos formulados.

2.2.12. El art. 174 del Código Orgánico de Tribunales señala:

*“Si contra la acción penal se pusieren excepciones de carácter civil concernientes al dominio o a otro derecho real sobre inmuebles, **podrá suspenderse el juicio criminal**, cuando dichas excepciones aparecieren revestidas de fundamento plausible y de su aceptación, por la sentencia que sobre ellas recaiga, hubiere de desaparecer el delito. El conocimiento de esas excepciones corresponde al tribunal en lo civil”.*

2.2.13. De lo anterior, puede desprenderse que las alegaciones relativas al dominio o u otro derecho real sobre inmuebles, que permitan –de ser acogidas- el desaparecimiento del delito, deben ser necesariamente conocidas por un tribunal civil, no pudiendo continuarse la prosecución del proceso sancionatorio si éstas no son previamente resueltas. De contrario, se corre el grave riesgo de vulnerarse la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado mediante un justo y racional procedimiento.

2.2.14. Habiendo dicho lo anterior, resulta lógico que la prosecución del presente procedimiento sería del todo irregular, y en cualquier caso, de continuarse la misma, los cargos formulados jamás podrán ser acogidos, pues no corresponde que la autoridad administrativa juzgue una materia a sabiendas de que la acusación se ha basado en una apreciación subjetiva (y falsa por lo demás) en torno a la propiedad de los terrenos, la que **es de conocimiento de los tribunales civiles y no de la SMA.**

2.3. **LA FORMULACIÓN DE CARGOS ENVUELVE LA ATRIBUCIÓN DE UNA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y ARRIESGA GENERAR DECISIONES CONTRADICTORIAS.**

2.3.1. A partir de lo que se señala en los numerales precedentes, surgen dos consecuencias de relevancia jurídica, a saber; la formulación del cargo envuelve la atribución por parte de la SMA de una función jurisdiccional y, a

su vez, ello genera de manera evidente el riesgo de obtener decisiones contradictorias.

2.3.2. En relación con lo primero, la SMA al formular el cargo prejuzga, atribuyéndose una función jurisdiccional, teniendo por resuelta una causa que se encuentra pendiente ante los tribunales, lo que constituye una infracción a los artículos 6, 7 y 76 de la Constitución Política de la República que importa ignorar los derechos que asisten a esta parte para defender su posición con todas las garantías que ofrece la sede judicial.

2.3.3. En cuanto a lo segundo, nos parece necesario reiterar lo que ya señalamos al momento de solicitar la suspensión del procedimiento: su continuación genera un riesgo evidente de que existan pronunciamientos contradictorios al estar la sentencia judicial pendiente de dictación a esta fecha. Esto es particularmente gravoso si, como esperan y confían los particulares dueños de los terrenos en cuestión, se confirma el derecho que han ejercido históricamente.

2.3.4. Adicionalmente, la situación se complejiza aún más, por el hecho de que nos encontramos ante una cuestión prejudicial que la doctrina califica de absoluta, esto es, aquella circunstancia que debe ser resuelta de modo previo a la decisión que se persigue en el procedimiento (en este caso, la resolución sobre la titularidad de los terrenos), **que no puede ser jurídicamente pronunciada por la autoridad que conoce el procedimiento. Ello es justamente lo que acontece en este caso, pues la SMA carece de toda facultad para atribuirse funciones jurisdiccionales de carácter civil y dilucidar la titularidad de los terrenos.**

2.4. **EL ORD. SE12-1374 DEL MBN NO RESUELVE LA CONTROVERSIA PLANTEADA POR EL FISCO RESPECTO DE LA PROPIEDAD DE LOS TERRENOS, NI CONSTITUYE UNA HERRAMIENTA PROVISORIA PARA FORMULACIÓN DE ESTOS CARGOS.**

2.4.1. Yerra por lo tanto esta SMA cuando, sin un fundamento jurídico suficiente y dando por cierto lo que el CDE ha entregado a la decisión de un tribunal, señala que esta parte estaría haciendo ocupación ilegal de terrenos fiscales y de ello colige a una infracción a la LBGMA.

2.4.2. Resulta paradójico que para afirmar el cargo que se imputa, además, tenga como cierto el contenido de un oficio emanado de un órgano de la administración que, evidentemente, carece de la fuerza jurídica necesaria para pronunciarse sobre una cuestión litigiosa en que se debate, esto es nada menos, que el derecho de propiedad sobre los inmuebles latamente citados.

2.4.3. En efecto -tal como se puede observar a lo largo de la formulación de cargos y en el propio expediente administrativo -la SMA funda este procedimiento en el Ord. SE12-1374, de 27 de noviembre de 2015 de la SEREMI de Bienes Nacionales de la Región de Magallanes (“Ord. 1374/2015”), el que en tan sólo dos páginas despacha el asunto sometido a decisión judicial afirmando que:

“[el análisis] nos permite concluir claramente que dicho Valle [Francés] se encuentra dentro de los terrenos de dominio Fiscal y que además se encuentran afectados como Parque Nacional Torres del Paine”.

2.4.4. Con el respeto debido, no nos cabe duda de que esa es la conclusión a que arriba el estudio que ha efectuado la SEREMI de Bienes Nacionales de la Región de Magallanes, sin embargo, es el Fisco el que ha decidido someter esta cuestión a los tribunales iniciando una controversia judicial cuya resolución -se entenderá- no puede ser reemplazada, a estas alturas, por el ordinario expedido por un órgano de la administración que, por cierto además, ha tenido una visión contradictoria sobre este punto a lo largo de la historia reciente.

2.4.5. **Resulta evidente, por lo tanto, que la determinación del derecho de propiedad excede las potestades propias de que dispone la Administración del Estado; que el procedimiento de lato conocimiento - con todas las garantías propias del procedimiento judicial- es el que debe seguirse en un conflicto como el que plantea el CDE; que sólo la sentencia pendiente pondrá término a este asunto, y que no cabe, bajo ningún respecto, estimar que tal fallo puede ser reemplazado por la opinión emitida por un órgano administrativo.**

2.5. **LA INEXISTENCIA DEL DERECHO QUE RECLAMA EL FISCO POR VÍA JUDICIAL IMPIDE FUNDAMENTAR EL CARGO QUE SE IMPUTA A FANTÁSTICO SUR.**

- 2.5.1. Tal como hemos señalado hasta acá, los terrenos en que se erigen las instalaciones de los Proyectos Francés y Cuernos son de propiedad privada y no pertenecen al PNTP e, incluso, si no se acepta esa premisa es necesario reconocer que tales terrenos se encuentran siendo disputados por el Fisco y que la decisión sobre este punto se encuentra pendiente.
- 2.5.2. Esta circunstancia afecta el fundamento mismo del cargo que se imputa en este expediente por la SMA, pues para afirmar que los Proyectos Francés y Cuernos deben someterse obligatoriamente al SEIA –esto es, que estamos en presencia de la situación descrita en el artículo 10, letra p) de la LBGMA- se requiere, en primer término, que exista propiedad fiscal sobre el cual pueda constituirse un Parque Nacional.
- 2.5.3. Lo anterior, pues no existen Parques Nacionales que puedan constituirse sobre propiedad particular. En cualquier caso que nos enfrentemos a la existencia de un Parque o Reserva Nacional que incluya, en todo o en parte, inmuebles particulares, estaremos ante una anomalía jurídica, que debe ser resuelta por el Estado².
- 2.6. **FANTÁSTICO SUR HA SIDO CONSISTENTE AL SEÑALAR QUE LOS TERRENOS EN LOS QUE SE EMPLAZAN LOS PROYECTOS FRANCÉS Y CUERNOS SON DE PROPIEDAD PARTICULAR.**

- 2.6.1. El cambio de postura del Fisco en relación con la propiedad de los terrenos – descrita con detalle más adelante- permite comprender la conducta que ha tenido el titular ante el SEIA y el hecho de que, en cierto tiempo –y contando con el aval expreso de la autoridad- no se haya sometido a él y, más tarde,

² La lectura del Decreto Supremo N°4363 de 1931, Ley de Bosques y del D.L. 1939/1977, Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, aclara cualquier duda sobre este punto. En efecto, sus artículos 10 y 21, respectivamente, señalan lo siguiente:
Decreto Supremo N°4363 de 1931 del Ministerio de Tierras y Colonización, Ley de Bosques. Su artículo 10 dispone que: *Con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer reservas de bosques y parques nacionales de turismo en los terrenos fiscales apropiados a dichos fines y en terrenos particulares que se adquieran por compra o expropiación. La expropiación se hará en la forma indicada en el artículo 8° de esta Ley.*
El D.L. 1939/1977 del Ministerio de Bienes Nacionales, Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado. En su artículo 21 el D.L. N°1939/1977 establece: *“El Ministerio, con consulta o a requerimiento de los Servicios y entidades que tengan a su cargo el cuidado y protección de bosques y del medio ambiente, la preservación de especies animales y vegetales y en general, la defensa del equilibrio ecológico, podrá declarar Reservas Forestales o Parques Nacionales a aquellos terrenos fiscales que sean necesarios para estos fines. Estos terrenos quedarán bajo el cuidado y tuición de los organismos competentes”.*

haya presentado Consultas de Pertinencia y varias DIA voluntarias, como manera de compatibilizar los nuevos requerimientos y pretensiones jurídicas de la autoridad.

- 2.6.2. Lo que la SMA interpreta como una “estrategia de fraccionamiento”, no es más que una respuesta lógica al cambio que los organismos fiscales tuvieron en 2015 en relación con el estatus jurídico que asignan a la propiedad en que Fantástico Sur ha ejercido su actividad por décadas.
- 2.6.3. En efecto, ese desde esa fecha en adelante que las autoridades sectoriales – puntualmente la autoridad sanitaria- requirieron como antecedente para el otorgamiento de cualquier permiso sanitario que se exhibiera, bien una declaración del SEA Regional en el sentido de que los Proyectos no debían ser sometido al SEIA, bien la resolución de calificación ambiental que aprobara el o los proyectos en el mismo.
- 2.6.4. Fruto de las distintas opiniones existentes, de los nuevos requerimientos planteados a Fantástico Sur sobre todo a partir de 2015 y de la negativa a entregar permisos sectoriales sin que, antes, se resolviera la cuestión del sometimiento de los distintos proyectos de distintos actores en el área es que con fecha 30 de mayo de 2017, tanto los operadores del PNTP como las autoridades regionales, suscribieron el “PROTOCOLO DE ACUERDO - MESA PÚBLICO PRIVADA, PARQUE NACIONAL TORRES DEL PAINE” (“Protocolo”) por el que han resuelto abordar los temas pendientes en materia de evaluación ambiental y permisos sectoriales en el área del PNTP y sectores cercanos. En ese acuerdo, se ha dejado constancia pormenorizada de los compromisos que deberán cumplir, entre otros actores, Fantástico Sur.
- 2.6.5. Para el sólo efecto de que la autoridad comprenda cuál es la postura -tanto de mi representada como del resto de los suscriptores del Protocolo- en relación con los terrenos en que se ubican los Proyectos Francés y Cuernos, transcribo a continuación el párrafo final del Protocolo en el que, explícitamente, las partes reconocen que:

Finalmente, se deja constancia que las materias relativas a los derechos de propiedad y/o títulos que habiliten para la ocupación o explotación de un terreno, dentro o fuera de los límites actuales del Parque Nacional Torres del Paine, no constituyen materia del presente Protocolo de Acuerdo.

- 2.6.6. Como la autoridad podrá comprender, el sometimiento de los Proyectos Francés y Cuernos al SEIA en virtud de la letra p) del artículo 10 de la LBGMA, sólo ha llegado a ocurrir por cuanto ello ha sido, primero, un acuerdo adoptado de buena fe entre sus suscriptores –entes públicos y privados– como una manera de “destrabar” un conflicto existente en el nivel regional y, segundo, porque se ha permitido a esta parte hacer reserva expresa de los derechos que le asisten sobre los terrenos hoy disputados judicialmente.
- 2.6.7. En efecto, si bien mi representada accedió a someterse al SEIA el Proyecto Francés y el Proyecto Cuernos como consecuencia de la existencia del citado Protocolo, lo hizo sin reconocer dominio ajeno por parte del Fisco y, únicamente, pues tal sometimiento fue la exigencia planteada, en términos prácticos, para el otorgamiento de cualquier permiso sectorial (sanitario, municipal, etc.).
- 2.6.8. La lectura de las DIA del Proyecto Francés y Proyecto Cuernos, da cuenta de lo que aquí se señala de manera irrefutable y confirman el espíritu del Protocolo firmado:

*“Asimismo, Servicios Turísticos Fantástico Sur Ltda. declara que somete el Proyecto al SEIA en virtud del artículo 10 letra p) de la LBGMA, **sin que ello constituya reconocimiento de la titularidad de la propiedad por parte del Fisco de Chile, y sin que ninguna de estas declaraciones o acciones, alcance a los propietarios de los terrenos que le han arrendado parte de los mismos en la plena convicción de ser sus legítimos dueños.***

***Con las reservas y limitaciones indicadas en los párrafos anteriores, el Titular hace ingreso del Proyecto en virtud del artículo 10, literal “p” de la LBGMA...**” (Énfasis agregado).*

- 2.6.9. Si bien destinaremos un capítulo específico a abordar la cuestión de la existencia de una supuesta “intencionalidad” de fraccionar el proyecto con miras a variar el instrumento de evaluación, desde ya llamamos la atención sobre el hecho de que el proceso de obtención de permisos ambientales y sectoriales comprometido en el Protocolo es fruto de un acuerdo que obliga a entes privados y públicos; que entre los operadores turísticos vinculados al

PNTP que se obligan podemos encontrar a la propia CONAF; que entre los organismos públicos que concurren al acuerdo se cuentan las autoridades ambientales en la materia (SEA Regional y Seremi de Medio Ambiente) y que el propio Protocolo ha sido negociado a plena luz del día.

2.6.10. Habiendo dicho esto, preguntamos ¿no resulta evidente, hasta aquí, que la autoridad pública ha variado su visión sobre el estatus de los terrenos y que ello ha tenido evidentes consecuencias en materia de evaluación de proyectos, en particular, para mi representada?; ¿no es, por otro lado, también obvio que el conjunto de operadores turísticos de la zona han adquirido compromisos transparentes frente a la autoridad?; y, por último, ¿no resulta un completo contrasentido que lo que se ha convenido con la autoridad ambiental en el nivel regional de modo transparente, de **buena fe y** confiadamente sirva, ahora, como fundamento para la imputación de este cargo?

2.7. **FALTA DE TIPICIDAD.**

2.7.1. Huelga decir que la inexistencia de uno de cualquiera de supuestos de la norma prohibitiva convierte la conducta en atípica y, en consecuencia, la convierte en no sancionable por no estar descrita en la ley.

2.7.2. En la especie, la imposibilidad jurídica de afirmar en este sancionatorio, lo que el Fisco reclama judicialmente como una pretensión aún no resuelta - esto es, la existencia de propiedad fiscal que permitiría justificar la existencia del PNTP-deviene en imposibilidad de señalar que existe, en realidad, una norma infringida.

2.7.3. Por supuesto que si no existe obligación real de ingresar al SEIA por la causal del artículo 10 letra p) de la LBGMA, el cargo completo formulado a esta parte falla indefectiblemente.

2.8. **LA FORMULACIÓN DE CARGOS INCUMPLE CON LA LEY Y ADOLECE DE DEFECTOS METODOLÓGICOS SUSTANTIVOS.**

2.8.1. Hasta aquí hemos señalado que el cargo que se ha formulado se asienta en un hecho inefectivo y, en el mejor de los casos, controvertido judicialmente; que la formulación misma del cargo comporta la atribución de una función

jurisdiccional, en tanto prejuzga la cuestión relativa al dominio de los terrenos; que, en consecuencia, no hay fundamento legal cierto para imputar el cargo de fraccionamiento; y, por último, que ello afecta la tipicidad como requisito legal mínimo aplicable a cualquier procedimiento administrativo sancionatorio.

2.8.2. Nos referiremos a continuación a los aspectos sustantivos de la acusación formulada por la SMA, lo que nos permitirá concluir que el cargo de fraccionamiento por variación de instrumento se ha formulado sin cumplir con los requisitos legales aplicables y que no existe la “alteración significativa al paisaje” que la SMA dice advertir.

2.9. **EL CARGO DE FRACCIONAMIENTO POR VARIACIÓN DE INSTRUMENTO SE FORMULÓ SIN CUMPLIR CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 11 BIS DE LA LBGMA.**

2.9.1. Es bien sabido que la norma que prohíbe el fraccionamiento fue incorporada a la LBGMA por la LOSMA. Bajo el artículo 11 bis se incorpora este precepto prohibitivo que contiene dos hipótesis consistentes en el fraccionamiento cuyo propósito es la elusión del SEIA y el fraccionamiento que tiene por objetivo evitar la presentación de un EIA.

2.9.2. Si bien es competencia de la SMA efectuar esta determinación, ella debe ser adoptada “previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental” (“SEA”). En efecto, la norma señala:

*Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, **previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.** No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas.*

2.9.3. Si bien la norma otorga competencia a la SMA para determinar el incumplimiento de la prohibición, requiere que esa determinación se efectúe

sólo después que el SEA haya informado sobre el asunto (“previo informe”). Considerando, además, que existen dos hipótesis de fraccionamiento, es obvio que para que se cumpla con el propósito de la norma, es necesario que el SEA informe sobre el potencial fraccionamiento, cualquiera sea la hipótesis que se trabaja.

2.9.4. Si bien el informe del SEA constituye requisito previo para que la SMA tome una decisión, tanto sobre el fraccionamiento “elusión” como para el caso del fraccionamiento “variación de instrumento”, resulta particularmente relevante en el caso de la última hipótesis por la complejidad que envuelve determinar si, en realidad, estamos en presencia de alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la LBGMA que justifique la presentación de un EIA.

2.9.5. Sin embargo, la sencilla lectura del Oficio Ord. N°D.S.C.N°002054 de 15 de noviembre de 2016 dirigido por la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA a la Dirección Ejecutiva del SEA, permite establecer que no se requirió de este último organismo un pronunciamiento sobre un potencial fraccionamiento. Más aún, tampoco la respuesta del SEA, contenida en el Of. Ord. DE N°170988/2017, se refiere a este asunto en ninguno de sus párrafos.

2.9.6. La lectura revela, por el contrario, que la Dirección Ejecutiva del SEA realiza un análisis de pertinencia de ingreso al SEIA del Proyecto Francés, limitándose a afirmar que:

“Es posible concluir que el proyecto “Refugio y Camping Francés” debe ingresar al SEIA, dado que tipifica en el supuesto del literal p) del artículo 3° del RSEIA, ya que implica la ejecución de obras, programas o actividades en un parque nacional (...).”

2.9.7. Resulta obvio que la Dirección Ejecutiva del SEA no ha emitido ningún informe previo sobre fraccionamiento, como la ley exige. En efecto, su informe se limita a analizar el caso de ingreso al SEIA de tan sólo un proyecto –el Proyecto Francés– y no existe una sola palabra destinada a analizar un caso de potencial fraccionamiento y menos la hipótesis del artículo 11 letra e) de la LBGMA.

2.9.8. Es por las razones enunciadas que -tanto formal como sustantivamente- la SMA incumple con el deber que la norma le impone en el sentido de resolver un caso de fraccionamiento “previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental”, pues resulta más que ostensible que ni el informe solicitado por la SMA, ni el evacuado por el SEA, se refieren a ningún tipo de fraccionamiento y, en particular, nada señalan respecto de una posible variación de instrumento de evaluación por presencia de impactos significativos del artículo 11 de la LBGMA.

2.9.9. Lo anterior deberá concederse a esta parte, a menos que se pretenda que cualquier oficio -aun cuando no haga referencia alguna a la materia que se investiga- constituye antecedente para dar por cumplido formalmente el requisito para que la autoridad proceda conforme la ley le exige.

2.10. **NO ES EFECTIVO QUE LOS PROYECTOS GENEREN ALTERACIÓN SIGNIFICATIVA DEL VALOR PAISAJÍSTICO O TURÍSTICO DE LA ZONA.**

2.10.1 Ya hemos justificado por qué estimamos que, en el presente caso, la SMA no ha dado cumplimiento a la obligación de considerar el informe previo del SEA en una materia tan sensible como esta. A continuación, justifiaremos por qué tampoco en este caso existe una “alteración significativa al paisaje” causada por los Proyectos.

2.10.2 En efecto, los Proyectos no generan un alteración significativa sobre el paisaje, pues corresponden a intervenciones discretas, con características de instalación por sobre el concepto de construcción, lo que se traduce en estructuras “livianas”, desde el punto de vista de su percepción en la lectura del paisaje.

2.10.3 En seguida, las intervenciones tanto en el caso del Proyecto Francés como del Proyecto Cuernos complementan instalaciones existentes bajo unos mismos parámetros arquitectónicos, consolidando formas y colores, de bajo protagonismo escénico; lo existente ya forma parte del paisaje en su condición basal y son parte del contexto de las actividades turísticas del área en análisis.

- 2.10.4 La incidencia visual es muy baja o inexistente ya que la configuración del relieve y la vegetación genera un mosaico de sombras visuales, que impiden que se tenga acceso a la totalidad del territorio desde los posibles puntos de observación.
- 2.10.5 Una mirada más detallada permite al experto presentar un análisis de la argumentación contenida en los numerales 30 a 37 de la Formulación de Cargos relativa a la supuesta alteración significativa del paisaje. Recogemos las ideas fundamentales:
- 2.10.6 Respecto de las AI –ver considerando 30-, cada uno de los tres Proyectos construyen el AI sobre la base de las distancias máximas definida por Steinitz³ (1979). Este fija una distancia de visión, definiendo rangos de acuerdo a la capacidad del observador de percibir detalles de las obras para un observador común⁴, sin que estas pierdan definición; según esta referencia, la distancia máxima de alcance visual es de 3.500 m. Sumado a lo anterior, por sobre la construcción teórica de las AI, las instalaciones existentes permiten verificar de manera empírica el alcance visual de los proyectos.
- 2.10.7 Conforme a esta definición no existe vínculo entre el DIA Proyecto Francés y DIA Proyecto Cuernos; la DIA del Proyecto Navegación si presenta un vínculo con ambos Proyectos, en su alcance territorial definido por las rutas que se aprueban, sin embargo, la intensidad visual del tránsito esporádico de una embarcación menor no constituye un elemento que implique la pérdida de algún valor paisajístico, en especial siendo una actividad existente desde aproximadamente 1995.
- 2.10.8 La superposición de las AI y la simultaneidad de la fase de construcción⁵ –ver considerando 32- tampoco es suficiente para concluir que se presentan los efectos, características y circunstancias del artículo 9 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“RSEIA”). Los estudios de paisaje presentados en cada una de las DIA de los Proyectos – que cumplen

³ Referencia común a todos los estudios de paisaje.

⁴ Los estudios de paisaje caracterizan adecuadamente al observador común, definiéndolo con intensidad de turista en términos de la relación de observador con el paisaje.

⁵ Para los tres proyectos –ver considerando 31)-la fase de construcción no corresponde a una faena de vocación visual, debido a: (i) lo discreto de las obras; (ii) las instalaciones existentes que reducen la carga visual de la apertura de nuevas áreas y (iii) la escasa duración de las obras.

con las definiciones del RSEIA y los alcances y conceptos que presenta la “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental, Valor paisajístico en el SEIA”- son indicativos de la nula afectación del componente, debido a lo discreto de las intervenciones y a la vocación actual del área de estudio. Cabe destacar que los tres proyectos en comento vienen a ampliar o regularizar actividades existentes, de vocación turística y de contemplación del paisaje.

2.10.9 En los considerandos 33) y 34) la afirmación “(...) una revisión de la DIA Francés y Cuernos da cuenta de que los dos proyectos no consideran en su evaluación ambiental los impactos asociados a la totalidad de dichas AI (...)” homologa, erradamente, los conceptos unidad de paisaje (UP) con AI. La UP se construye a partir de la estructura del paisaje independiente del acceso visual al área, en tanto AI se construye independiente de las UP y de acuerdo al acceso visual que se puede obtener de las áreas del proyecto desde el entorno y sistematizado en la elección de los puntos de observación.

2.10.10 Respecto de la calidad visual y la respuesta del paisaje y sus atributos más destacados –ver considerando 37- , si bien se reconocen los elementos de valor paisajístico de manera desagregada y en su visión de conjunto, la conclusión es común para cada proyecto. A título de ejemplo, citamos el análisis de paisaje realizado en el marco de la DIA Proyecto Navegación:

“ (...) las obras no obstruyen de manera significativa las vistas, es decir, no bloquean las vistas, ni distrae al observador hacia el nuevo elemento, y logran integrarse al paisaje gracias a la materialidad y escala adecuada. Así también, la alteración de los atributos paisajísticos es insignificante, esto gracias a que el proyecto no genera una pérdida de la naturalidad, ni de los atributos biofísicos, culturales y estéticos del paisaje (...)”

2.10.11 El supuesto impacto asociado a la “artificialización del área” o “pérdida de naturalidad”, no se presenta debido a que la condición basal no se ve alterada, toda vez que las instalaciones y actividades están presentes en el área y los proyectos en análisis complementan discretamente en términos de obras, la operación actual. Destaca el caso particular del Proyecto Navegación en los cargos de la SMA, ya que parece ser el elemento que vincula el Proyectos Francés y Proyecto Cuernos, sin embargo es un proyecto de muy baja intensidad; no corresponde a un proyecto con total vocación turística y las obras son prácticamente inexistentes en términos visuales, lo

que se presentan en la misma DIA Proyecto Navegación, incluso con fotomontajes.

2.10.12 Esta parte se reserva el derecho de presentar toda la prueba conducente y necesaria para respaldar estas afirmaciones durante la secuela del procedimiento abierto por la SMA.

2.11. **SOBRE EL ALCANCE DE LA EXIGENCIA DE "INTENCIONALIDAD" PARA CONFIGURAR EL FRACCIONAMIENTO POR CAMBIO DE INSTRUMENTO.**

2.11.1 De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 bis de la LBGMA, para sancionar a un titular por haber variado el instrumento de ingreso al SEIA mediante el fraccionamiento de su proyecto, es indispensable que haya actuado "a sabiendas", esto es según el diccionario de la RAE, con "**conocimiento y deliberación**".

2.11.2 En la especie, se acusa al titular de haber fraccionado su Proyecto sometándolo al SEIA mediante distintas DIA para evitar hacerlo a través de un EIA con pleno conocimiento de lo que hacía. Esto implica que, desde el ingreso de la primera DIA (que en el presente caso corresponde al proyecto "Refugio y Camping Francés", declarado ambientalmente favorable mediante RCA N° 10/2000) el proponente ya conocía que existiría un impacto ambiental significativo que sería provocado por la suma de los tres Proyectos que deliberadamente pretendió ocultar vía fraccionamiento.

2.11.3 Para sustentar su hipótesis, sin embargo, la SMA se limita a exponer una cronología de hechos, enumerando seis "hitos" de la evaluación ambiental de los Proyectos en análisis. A partir de ellos realiza un conjunto de deducciones, que constituyen toda la imputación de intencionalidad:

2.11.4 "La sucesión de hechos antes relatada permite afirmar que el titular efectivamente tenía conocimiento de que los tres proyectos ingresados a evaluación ambiental estaban interrelacionados al punto de ser dependientes entre sí, e incluso varió el modo de someter a conocimiento de la autoridad los antecedentes asociados a la obtención de autorizaciones para el funcionamiento de dichos proyectos, por ejemplo, ingresando vía consulta de pertinencia instalaciones diferentes de las que efectivamente construiría, o

declarando una operación de la embarcación más acotada que la que efectivamente se realizaría, todo ello con el fin de obtener de manera más expedita los permisos ambientales sectoriales requeridos para realizar su actividad económica, y en desmedro de una apropiada evaluación de los impactos ambientales que la operación de su proyecto turístico genera”.

2.11.5 En nuestra opinión, la SMA discurre de una manera equivocada, pues supone que el conocimiento al que alude la expresión “a sabiendas” del artículo 11 bis de la LBGMA, está referido, completa o principalmente, a la “interrelación” que pueda existir entre los proyectos. A este déficit que se observa en la Formulación de Cargos, la SMA agrega una imputación subjetiva que la ley no exige y que no se relaciona con el tipo de fraccionamiento, consistente que las eventuales desviaciones se habrían realizado con el fin de “acelerar la obtención de permisos ambientales”.

2.11.6 Como se ha insistido precedentemente, para que la supuesta interrelación y dependencia de los proyectos sea jurídicamente relevante y pueda decirse, entonces, que correspondía evaluarlos conjuntamente mediante un EIA, resulta indispensable que se le pueda atribuir la producción un impacto significativo, que es el que el proponente conocía y buscaba ocultar desde un comienzo mediante el ingreso de varias DIA, en lugar de un EIA.

2.11.7 En efecto, el fraccionamiento por cambio de instrumento de evaluación no busca salvar un mero formalismo en el modo en que los proponentes ingresan sus proyectos, sino que tiene como propósito evitar que se eluda la evaluación de impactos ambientales específicos en el SEIA, siendo eso lo mínimo que se debe realizar “a sabiendas”.

2.11.8 Pero la SMA en el capítulo de la formulación de cargos -en que atribuye a mi representada haber actuado “a sabiendas”- no dedica una palabra al respecto. Al contrario, a continuación del párrafo transcrito precedentemente se limita a agregar que:

“A lo anterior se suma considerar que el titular ha mantenido una relación con la autoridad (Servicio de Evaluación Ambiental, CONAF) desde aproximadamente el año 2000, y cuenta con Resoluciones de Calificación Ambiental que datan desde entonces, por lo que no se estima que haya desconocimiento, inexperiencia o falta de

comprensión de la normativa ambiental. Todo ello permite afirmar que el titular fraccionó sus proyectos a ser ejecutados en el sector del lago Nordensjököld a sabiendas, con el objeto de variar la vía de ingreso y no someter sus instalaciones a un Estudio de Impacto Ambiental”.

2.11.9 En el párrafo con el que la SMA cierra su imputación sobre conocimiento e intencionalidad insiste en cuestiones ajenas al tipo de fraccionamiento por variación en el instrumento de ingreso al SEIA, omitiendo del prestar antecedentes plausibles que respalden la prueba que se le exige, esto es, que Fantástico Sur conocía, desde el primer momento, que la presentación de distintas DIA encubriría una “alteración significativa al paisaje”.

2.12. **INEXISTENCIA DE INTENCIONALIDAD O DOLO DESTINADO A VARIAR EL INSTRUMENTO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL**

2.12.1. La cronología de los proyectos permite descartar cualquier indicio de intencionalidad o mala fe: entre el primer proyecto ambientalmente aprobado y el ingreso de la pertinencia para el proyecto “Refugio y Camping Francés” transcurrieron más de 12 años. En todo ese tiempo, además, la autoridad ambiental descartó que los proyectos se ejecutaran al interior del PNTF.

2.12.2. En la Formulación de Cargos, la SMA identifica la DIA del “Proyecto Refugio Los Cuernos” como la primera gestión relacionada con los Proyectos que, presuntamente, habrían sido fraccionados⁶. El citado proyecto fue aprobado mediante RCA N° 10/2000, por lo que esta DIA –debemos asumir– constituiría el primer paso en las “maniobras” efectuadas por el titular con el objeto fraccionar y variar a sabiendas el instrumento de evaluación para, a continuación, ocultar la existencia de un impacto significativo en el Proyecto que continuaría evaluando entre 2012 y 2017.

2.12.3. La verdad, no sólo no resulta plausible algo parecido sino que al momento en que supuestamente se incurrió en la conducta, ella era atípica. Esto permitiría descartar de plano una actuación consiente y deliberada en el ocultamiento de impactos en el SEIA, sin embargo, la SMA parece discurrir en el sentido contrario.

⁶ Pág. N°8, numeral 27 de los Considerandos.

- 2.12.4. En la página 17 de la Formulación de Cargos, la SMA inserta una línea de tiempo en que “se ilustra la sucesión de acciones conducentes a la implementación de los Proyectos en el Lago Nordenskjöld” que, esta vez, se inicia en 2012. El primer hito es la Consulta de Pertinencia del Proyecto Refugio y Camping Francés, presentada ante el SEA Regional el día 25 de octubre de 2012. Esto implicaría que el primer indicio relevante del fraccionamiento practicado “a sabiendas” habría aparecido más de 12 años después que el proponente sometiera a evaluación la DIA “Proyecto Refugio Los Cuernos”.
- 2.12.5. En efecto, ya para la evaluación de la DIA del Proyecto Refugio Los Cuernos, que terminó con la RCA N° 10/2000, el proponente debía estar en conocimiento de todos los elementos que conforman un fraccionamiento de proyecto por cambio de instrumento de ingreso. Pero como es evidente, la SMA no presenta ningún antecedente en ese sentido, sin que sea razonable suponer una actuación deliberada existiendo tanta distancia temporal entre las conductas que la conforman.
- 2.12.6. A juicio nuestro, adicionalmente, el solo transcurso del tiempo entre la RCA N° 10/2000, que aprobó el Proyecto Refugio Los Cuernos (que de acuerdo con la SMA sería el primer proyecto presentado a sabiendas para realizar el fraccionamiento) y el ingreso de la Consulta de Pertinencia para el Proyecto Refugio y Camping Francés” (que la SMA identifica como primer hito en su cronología para tratar de imputar intencionalidad), debiera permitir a la autoridad descartar que su titular tuviera como propósito un fraccionamiento intencional para modificar el instrumento de ingreso al SEIA.
- 2.12.7. El hito de la Consulta de Pertinencia de “Refugio y Camping Francés”, presentada el día 25 de octubre de 2012, muestra cómo estas presentaciones han contado siempre con el conocimiento de la autoridad ambiental, la que ha manifestado su conformidad en distintas instancias, emitiendo pronunciamientos que sucesivamente han permitido que Fantástico Sur S.A. evaluara sus proyectos del modo en que lo ha hecho. Fue así como con motivo de la presentación aludida, el SEA regional contestó mediante Carta N° 014 de 11 de enero de 2013 señalando:

“Analizados la ley 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se puede concluir que el proyecto informado no tiene obligación de someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en la medida que no contempla características que lo hagan encuadrar en alguna de las hipótesis del artículo 10 de la Ley N° 19.300 y artículo 3° del DS N° 95 de 2001 (Reglamento del SEIA), en particular lo dispuesto en las letras g) y p) del citado artículo”.

2.12.8. 2.12.7. En esa oportunidad, tanto CONAF, mediante Ord. N° 10/2013 de 9 de enero de 2013, como la Seremi de Bienes Nacionales, mediante Ord. N° 2184 de 5 de noviembre de 2012, señalaron expresamente que el proyecto no debía ingresar al SEIA por encontrarse emplazado en terrenos particulares, fuera de los límites del PNTP. Hasta entonces, esa era la opinión de la autoridad ambiental, y esa opinión fue entonces determinante en la decisión de Fantástico Sur sobre la evaluación de sus proyectos.

2.12.9. Las DIA sometidas al SEIA en el 2017 para los sectores Francés, Chileno y Cuernos, fueron concordadas expresamente con la autoridad ambiental.

2.12.10. Cuatro años más tarde, el 16 de diciembre de 2016, Fantástico Sur sometió a evaluación ambiental la DIA “Infraestructura y Servicios de apoyo a caminantes en estancia Cerro Paine”, en que de manera expresa se incluyeron los sectores Central, Serón, Chileno, Cuernos y Francés. En esa oportunidad, la tipología de ingreso fue la del literal g) del artículo 10 de la Ley 19.300, que corresponde a los “proyectos de desarrollo urbano o turístico”.

2.12.11. Luego de ser declarada admisible, y tras la consulta a los servicios sectoriales con competencia ambiental, la Seremi de Bienes Nacionales, mediante Ord. N° 1365, declaró que los campamentos Chileno y Francés se encontrarían dentro de los límites del Parque -contradiendo así el pronunciamiento efectuado por ese mismo órgano mediante Ord. N° 2184 de 5 de noviembre de 2012 y, en general, su comportamiento histórico-, siendo la primera vez que, en el contexto del SEIA, la autoridad hacía presente esta circunstancia.

2.12.12. Por lo anterior, la DIA fue retirada del SEIA con el objeto que fuera reingresada para considerar la tipología de ingreso establecida en la letra p) del artículo 10 de la LBGMA, que se refiere a los proyectos que se ejecuten en áreas colocadas bajo protección oficial. En ese contexto, y con el objeto de obtener la mayor certeza sobre la manera adecuada de evaluar sus proyectos, Fantástico Sur solicitó una reunión a la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, que tuvo lugar el día 13 de enero de 2017, como consta en el acta obtenida por Ley de Transparencia, que se acompaña a esta presentación.

2.12.13. En esa oportunidad, la autoridad informó a mi representada sobre las consecuencias del pronunciamiento de la Seremi de Bienes Nacionales, en el sentido que los proyectos debían ingresar al SEIA considerando la letra p) del artículo 10 de la citada ley. Asimismo, se analizaron las características de los proyectos a evaluar y se propuso explícitamente que cada sector se evaluara de manera separada, considerando sus particularidades, de acuerdo con los siguientes criterios que fueron discutidos con la propia autoridad:

- (i) Sector Francés: Se sometería al SEIA independientemente, por tener particularidades ante la disputa con el Fisco sobre los límites del Parque.
- (ii) Sector Cuernos-Chileno: Se evaluarían ambos sectores conjuntamente mediante una DIA, por contar con Resolución de Calificación Ambiental vigente.
- (iii) Sector Central-Serón: Se evaluaría voluntariamente como señal de buena fe del titular, al no encontrarse dentro de los límites del PNTP.

2.12.14. A esto se refiere el acta de la reunión cuando consigna que en ella “se realiza un análisis de las modificaciones y actividades que se pretenden incorporar en el o los proyectos a ingresar por cada unidad (refugios)”. En ningún momento ni la Directora Regional del SEA, ni ninguno de los asistentes a la reunión hizo presente alguna dificultad relacionada con esta forma de evaluar los proyectos. Por el contrario, se trataba de la alternativa que permitía abordar los problemas detectados; así fue entendido por la autoridad y asumido por Fantástico Sur.

- 2.12.15. De este modo, entre los días 2 y 4 de agosto de 2017 Fantástico Sur presentó al SEIA tres DIA tal y como había sido acordado con el SEA Regional durante enero del mismo año, a saber:
- (i) DIA proyecto Servicio de Albergue y Área de Acampar Sector Francés estancia Cerro Paine, que se encuentra en etapa de preparación de la Adenda 2.
 - (ii) DIA Modificación Refugios Chileno y los Cuernos estancia Cerro Paine, que se encuentra en el ICSARA 2.
 - (iii) DIA Servicio de Albergue y Área de Acampar Sectores Central y Serón estancia Cerro Paine, que se encuentra etapa de preparación de la Adenda 2.
- 2.12.16. 2.12.14 Como se ve, resulta imposible decir que haya tenido lugar un fraccionamiento de proyectos “a sabiendas”, es decir, hecho con intención de evitar declarar y evaluar ante la autoridad ambiental un impacto ambiental significativo sobre el componente paisaje, no sólo porque para ello habría que atribuir la existencia de ánimo de fraccionar desde el año 2000 o 2012 - en el mejor de los casos- sino por cuanto la modalidad de ingreso de los Proyectos al SEIA fue concordada, expresamente, con el SEA Regional.
- 2.12.17. Como si lo anterior no fuera suficiente para descartar toda intencionalidad, en paralelo a las gestiones llevadas ante el SEA Regional y a instancias del Intendente Regional de Magallanes, se conformó en el año 2016 una mesa público-privada presidida por el Director Regional de CORFO, Sr. Roberto Vargas Santana, que contó con la participación de representantes de la Seremi de Salud, la Seremi del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, CONAF y las empresas privadas que prestan servicios en el PNTP y sus sectores aledaños, cuestión a la que nos hemos referido, brevemente, con anterioridad.
- 2.12.18. Como consta en el Protocolo ya citado y cuya copia se acompaña, el propósito de esta mesa era generar una instancia de diálogo y entendimiento y adoptar acuerdos que permitieran a todas las empresas “superar, subsanar y resolver las observaciones detectadas, en un marco de BUENA FE Y TRANSPARENCIA”. Esta cuenta con la participación de todos los entes públicos y privados vinculados al turismo y la conservación del medio ambiente. Este esfuerzo tuvo el propósito deliberado de “permitir el normal

funcionamiento de las instalaciones del Parque Nacional antes del inicio de la temporada turística 2017-2018”.

2.12.19. El día 3 de mayo de 2017 se firmó un acuerdo específico entre Fantástico Sur y representantes de todos los servicios individualizados denominado “Acta N° 1 Mesa Regional Público Privada – Parque Nacional Torres del Paine”, cuya copia se acompaña. En esa oportunidad, Fantástico Sur comprometió formalmente y frente a las autoridades regionales a ingresar a evaluación al SEIA los Proyectos de ampliación del Refugio Cuernos; Refugio Torre Central; Refugio el Chileno; ampliación del Refugio Valle el Francés, todos ellos mediante DIA y a más tardar el 30 de Mayo de 2017. Transcribimos el acuerdo correspondiente a Valle el Francés, cuya redacción –mutatis mutandi- es idéntica para el resto de los casos:

*La empresa Fantástico Sur se obliga a ingresar a tramitación ante el SEA, con la totalidad de los antecedentes requeridos la **Declaración de Impacto Ambiental** correspondiente al proyecto de ampliación de las instalaciones ubicadas en el Refugio Valle El Francés, a más tardar el 30 de mayo del año en curso. Por su parte, el SEA se compromete a dar respuesta, a más tardar el 30 de junio del presente, si el proyecto ingresado fue presentado con todos **los antecedentes necesarios para su evaluación, en los términos previstos en el artículo 18 bis** sobre [sic] la ley sobre Bases Generales de [sic] Medio Ambiente”.*

2.12.20. A esta alturas nos parece que debe resultar manifiesto que mi representada no actuó con intencionalidad de fraccionar, sino que habida consideración del cambio de visión de la autoridad sobre el estatus de propiedad de los terrenos en que se desarrollan los Proyectos (2015), se vio en la obligación de modificar su actuar de modo que ello permitiera avanzar con la obtención de permisos y autorizaciones, a la vez que defender lo que, bajo su convicción, le es propio. Ello se encuentra fielmente reflejado no sólo en los acuerdos asumidos con el SEA regional, sino que también constan en el Protocolo en el que se aprueba el modo específico en que cada Proyecto será evaluado en el SEIA mediante una DIA cuya pertinencia ha sido confirmada durante el proceso de evaluación ambiental de los tres Proyectos que la SMA cuestiona.

2.13. **FANTÁSTICO SUR HA ACTUADO CON CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA ADMINISTRACIÓN.**

2.13.1. Tal y como ha destacado la Excma. Corte Suprema conociendo de un caso específico relativo a la renovación de una patente -muy atinente a nuestro caso- la confianza legítima es:

“manifestación de la más amplia noción de la seguridad jurídica y de certeza de la situación de cada ciudadano, en que se basan, entre otras, las garantías que se consignan en los numerales 2, 3, 16 inciso tercero, 20 inciso segundo y 22 del artículo 19 de la Carta Política. En tal virtud, era dable suponer que el solicitante de renovación de patente (...) esperara una acogida favorable a sus pretensiones, en razón a que previo a dicha petición –un mes antes- se había aprobado por la misma autoridad administrativa el traspaso de aquélla”⁷.

2.13.2. Para que la actuación de la Administración genere expectativas legítimas en los administrados, la doctrina ha señalado debe tratarse de un acto susceptible de crear esperanzas fundadas, que tenga lugar en un contexto que suscite una expectativa verosímil y razonable basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta, así como una actuación de buena fe del sujeto⁸.

2.13.3. Pues bien, en el presente caso han sido justamente los órganos competentes, a través de actos formales o mediante comunicaciones directas con el administrado, quienes han generado en Fantástico Sur una legítima expectativa de consistencia en su comportamiento, en el sentido que, si ellos conocieron y validaron la forma en que se someterían al SEIA los Proyectos – como se encuentra ampliamente descrito y documentado en esta presentación- no llegaría a suceder que, un tercer órgano del mismo Estado, sostendría una opinión opuesta y abriría un procedimiento sancionatorio por los mismos hechos, tal y como ocurre en el presente caso.

⁷ SCS de 11 de diciembre de 2012, causa Rol N° 5973-2011.

⁸ Calmes S, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001, pág. 496.

POR TANTO, con el mérito de lo expuesto y dispuesto en los artículos 6, 7 y 76 de la Constitución Política de la República; 11 bis de la LBGMA; 14 del Reglamento del SEIA y demás normas citadas,

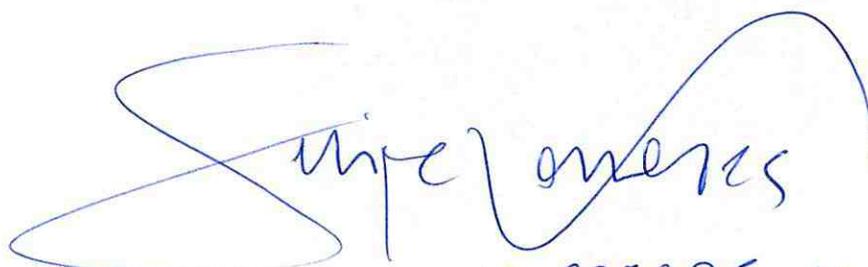
SOLICITO A USTED, absuelva a mi representado del cargo formulado.

PRIMER OTROSÍ: Vengo en acompañar, en forma legal, los siguientes documentos:

1. Minuta - Análisis Cargos Formulados por la SMA a Servicios Turísticos Fantástico Sur Ltda. (Andrés Buben Dreyer, Ecólogo Paisajista- Gestión Ambiental S.A.).
2. Copia simple del Protocolo de Acuerdo - Mesa Público-Privada - Parque Nacional Torres del Paine.
3. Copia simple del Acta N°1 Mesa Regional Público-Privada - Parque Nacional Torres del Paine.
4. Copia simple del Registro de Plataforma Ley del Lobby, Audiencias - Año 2017 - Karina Bastidas, con especificación de la materia tratada entre Servicios Turísticos Fantástico Sur y la Directora del SEA Regional.
5. Copia simple de la demanda deducida por el CDE en contra de Fantástico Sur.
6. Copia simple de escrito de Suspensión de Común Acuerdo, CDE y Fantástico Sur.
7. Copia simple de la resolución de 29 de noviembre de 2017 del 2° JLC de Punta Arenas que concede la suspensión solicitada de común acuerdo.
8. Pendrive con esta presentación y la totalidad de los documentos acompañados.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicita oficiar: (i) Al Consejo de Defensa del Estado, para que informe el estado actual del juicio Rol C-1297-2017 seguido ante el 2° JLC de Punta Arenas; (ii) A la Sra. Directora SEA Región de Punta Arenas para que informe sobre la existencia del "Protocolo de Acuerdo - Mesa Público Privada - Parque Nacional Torres del Paine" y cuál es su estado de implementación.

TERCER OTROSÍ: Vengo en hacer expresa reserva del derecho a presentar todo tipo de prueba admisible en derecho, durante la secuela del presente procedimiento administrativo.



12.825725-K

