**DICTAMEN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL D-041-2016**

## I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Esta Instructora ha tenido como marco normativo aplicable lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto Supremo N°40, del Ministerio del Medio Ambiente, del 12 de agosto de 2013, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y sus respectivas modificaciones; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización, de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 37, de 8 de septiembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente que renueva la designación de don Cristián Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el expediente administrativo sancionatorio Rol D-075-2017; y en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de Toma de Razón.

## II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DEL PROYECTO

2. El procedimiento sancionatorio Rol D-041-2016 se dirige en contra de Inmobiliaria Macul S.A. (en adelante, "Inmobiliaria Macul" o "la empresa"), Rol Único Tributario N° 96.599.270-7, domiciliada en Avenida El Bosque Sur N° 130, piso 15, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago, por el fraccionamiento del proyecto inmobiliario de los lotes 4H1, 4H2 y 4R, que en conjunto suman 13,8 hectáreas, en la zona R7 de la comuna de Peñalolén, de la Región Metropolitana de Santiago, en incumplimiento a la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, y el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental y sus actualizaciones.

## III. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ROL D-041-2016

### A. Antecedentes de denuncias, requerimientos de información e inspecciones ambientales al Proyecto Inmobiliario de Inmobiliaria Macul

3. Con fecha 3 de diciembre de 2014, la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") recibió una denuncia de la Junta de Vecinos de la Comunidad Ecológica de Peñalolén, que daba cuenta del fraccionamiento de proyectos inmobiliarios en la comuna de Peñalolén por parte de Inmobiliaria Pocuro Limitada e Inmobiliaria

Macul S.A. Particularmente, solicitaba la realización de actividades de fiscalización por existir una eventual elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA") del proyecto inmobiliario "Condominio El Camino Antupirén Alto" a desarrollarse en el lote 4R; "Las Pircas Norte", a desarrollarse en el lote 4H1; y "Condominio El Pórtico Las Pircas Norte", a desarrollarse en el lote 4H2, por parte de Inmobiliaria Macul S.A. Los denunciantes indicaron que se configurarían las causales de ingreso al SEIA de los artículos 10 letra p), h) y g) de la Ley N° 19.300 y los artículos 10 letra h.1.3), y 10 letra g.1.1) del Decreto Supremo N° 40, de 30 de octubre de 2012, que Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, actualizado por el Decreto Supremo N° 63, de 6 de octubre de 2014, del Ministerio de Medio Ambiente ("D.S. N° 40/2012 y sus actualizaciones" o "Reglamento del SEIA").

4. La denuncia plantea que dos de los tres proyectos de Inmobiliaria Macul serían adyacentes y dada la superficie que entre ambos sumarían, se configuraría el fraccionamiento de un solo proyecto, en los términos del artículo 11 bis de la Ley N° 19.300, con el fin de eludir la obligación de someterse al SEIA. Asimismo, solicita la adopción de una medida provisional de paralización de obras de construcción, en virtud del artículo 32 de la Ley N° 19.880. Se acompañan a la denuncia los siguientes documentos: (i) Certificado de personería jurídica vigente de la Junta de Vecinos de la Comunidad Ecológica de Peñalolén, de 1 de diciembre de 2014; y (ii) Reducción a Escritura Pública del acta de sesión de la directiva de la Junta de Vecinos donde consta representación, de 10 de septiembre de 2013. Finalmente, se confiere poder amplio de representación, autorizado ante el Notario Público de la 41° Notaría de Santiago, don Félix Jara Cadot, al abogado Luis Mariano Rendón Escobar, domiciliado en calle Colo Colo 1019-A, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago.

5. En razón de lo anterior, el 27 de enero de 2015, por medio de Ordinario D.S.C N° 146, la SMA informó a los denunciantes que había tomado conocimiento de la denuncia y que se había iniciado una investigación por los hechos allí descritos, conforme las atribuciones y procedimientos legales correspondientes, y que se efectuarían acciones de fiscalización y otras medidas con el objeto de evaluar el eventual inicio de un procedimiento sancionatorio. En relación a la solicitud de adopción de medidas provisionales, se informó que se evaluaría en la oportunidad que corresponda, para lo cual serían fundamentales los antecedentes y resultados de la investigación. Asimismo, el 27 de enero de 2015, y con el objeto de recabar mayores antecedentes sobre los hechos denunciados, la División de Sanción y Cumplimiento envió una Solicitud de Actividades de Fiscalización Ambiental a la División de Fiscalización bajo el formulario N° 95.

6. Mediante el Ordinario SMA N° 1.498, de 28 de agosto de 2015, se solicitó a la Ilustre Municipalidad de Peñalolén ("el Municipio") remitir la totalidad de las aprobaciones de anteproyectos, permisos de edificación y certificados de recepción de obras si los hubiere, de proyectos ubicados en la zona R7 de su Plan Regulador. En razón de lo anterior, por medio del Ordinario ALC N° 2.100/142, de 16 de septiembre de 2015, la Dirección de Obras Municipales ("DOM") de Peñalolén, remitió, entre otros, los siguientes documentos: (i) Permiso de Edificación N° 87/14, de 25 de abril de 2014 y Resolución de Modificación de Proyecto de Edificación N° 164/15, de 17 de agosto de 2015, correspondiente al lote 4H1; y (ii) Permiso de Edificación N° 135/13, del 30 de mayo de 2013, y Resolución de Modificación de Proyecto de Edificación N° 166/15, de fecha 18 de agosto de 2015, correspondiente al lote 4H2.

7. Con fecha 31 de agosto del 2015, se efectuó una primera inspección ambiental por parte de funcionarios de la SMA, conforme da cuenta el acta de la misma fecha, en donde se constató que no se había iniciado la construcción de los proyectos inmobiliarios en los lotes 4H1, 4H2 y 4R. En el punto 9 del acta, se requirió la siguiente información a Inmobiliaria Macul: (i) Certificado de informaciones previas para los lotes 4H1, 4H2 y 4R, del año 2015; (ii) Anteproyectos de edificación aprobados por la DOM de la Municipalidad de Peñalolén, para los proyectos emplazados en los lotes 4H1, 4H2 y 4R, incluyendo planos; y (iii) Permisos de edificación aprobados por la DOM para los lotes 4H1, 4H2 y 4R.

8. Luego, con fecha 25 de noviembre de 2015, la DOM de la Municipalidad de Peñalolén, remitió mediante Ordinario ALC N° 2.100/177, entre otros, los siguientes antecedentes: (i) Resolución de Aprobación de Proyecto de Loteo y/o División Afecta y/o Permiso de Urbanización N° 1.007/05, de 15 de mayo de 2005, respecto del Lote 4 Antupirén Alto, otorgada a Urbanizadora Antupirén S.A., (ii) Resolución de Aprobación de Proyecto de Loteo y/o División Afecta y/o Permiso de Urbanización N° 1.028/05, de 17 de agosto de 2005, respecto del Lote 4 Antupirén Alto, que modifica Resolución N° 1.007/05 para corregir errores y carencia de cotas de algunos lotes, (iii) Imagen de plano aprobado por medio de la Resolución N° 1.028/2005; y (iv) Decreto N° 2.100/3.073, de 3 agosto de 2015, que aprueba modificación de deslindes para predios ubicados en Las Torres Sur N° 2861, y modifica el plano S/N N° 1.028/2005.

9. El 28 de abril de 2016, esta Superintendencia recibió una solicitud de pronunciamiento urgente sobre las medidas provisionales solicitadas, por parte de los denunciantes, fundada en que Inmobiliaria Macul habría iniciado obras que significaron destrucción de especies arbustivas y arbóreas, acompañado fotografías que darían cuenta de lo anterior.

10. Con fecha 9 de mayo de 2016, se recibió el Oficio N° 552/INC/2016, de 4 de mayo de 2016, de don José Luis Alliende Leiva, Secretario General (S) del Senado, que remite carta del Honorable senador don Antonio Horvath Kiss, que solicita revisar la situación planteada en la denuncia de la Comunidad Ecológica de Peñalolén, lo anterior, por cuanto a la fecha se habrían iniciado obras de construcción por parte de Inmobiliaria Macul, consistentes en despeje de vegetación y tala de árboles nativos.

11. Luego, con fecha 13 de mayo de 2016, se recibió el Oficio Ordinario D.J. N° 161.750, de la Subsecretaría de Medio Ambiente que remite Oficio N° 554/INC/2016, que da cuenta de una solicitud de fiscalización por parte del Honorable senador don Antonio Horvath Kiss, en los mismos términos señalados en el párrafo anterior.

12. Con fecha 18 de mayo de 2016, se recibieron nuevos antecedentes por parte de los denunciantes, consistentes en la Resolución de modificación de proyecto de edificación N° 166/15, de la DOM de la Municipalidad de Peñalolén, de 18 de agosto de 2015, del lote 4H2.

Jefa División de Sanción y Cumplimiento

13. En virtud de todo lo anterior, con fecha 19 de mayo de 2016, la División de Sanción y Cumplimiento derivó la Solicitud de Actividad de Fiscalización Ambiental N° 133-2016 a la División de Fiscalización de la SMA, con el fin de que pudiesen verificar en terreno los aspectos denunciados y los últimos antecedentes allegados.

14. Con fecha 25 de mayo de 2016, se efectuó una segunda actividad de inspección ambiental por parte de funcionarios de la SMA, conforme se consigna en el acta de inspección de la misma fecha. En dicha actividad se observó lo siguiente: *"Movimientos de tierra, corta de árboles y especies arbustivas en los lotes 4H2 y 4R, y presumiblemente 4H1"*, por parte de Inmobiliaria Macul. A su vez, se constató que en la esquina de las calles Camino El Portal con Los Presidentes había una retroexcavadora detenida. Asimismo, la empresa hizo entrega de los siguientes documentos al momento de la inspección: (i) Plan de Manejo de Corta y Reforestación para ejecución de obras civiles del "Proyecto Inmobiliario Las Pircas" para los lotes sujetos a corta 4H1, 4H2 y 4R, ingresado a la Corporación Nacional Forestal ("CONAF"), el 25 de marzo de 2014; (ii) Aprobación de aviso de postergación por parte de CONAF para los años 2016 y 2017; y (iii) Aviso de ejecución de faenas para los sitios 4H1, 4H2 y 4R, ingresado a CONAF el 4 de marzo de 2016.

15. Con fecha 31 de mayo de 2016, se recepcionó un CD con fotografías y videos, aportado por los denunciantes, que darían cuenta de las actividades de construcción y despeje de vegetación, entre otros antecedentes.

16. Posteriormente, con fecha 16 de junio de 2016, los denunciantes ingresaron a esta SMA una presentación en la que reiteran la solicitud de medidas provisionales y acompañan, entre otros, los siguientes antecedentes: (i) Resolución de Modificación de Proyecto de Edificación otorgado por el Municipio a la Inmobiliaria Macul S.A., N° 116/2015, de 18 de agosto de 2015, del lote 4H2; (ii) Resolución N° 164/2015, de 17 de agosto de 2015, del lote 4H1; y (iii) Resolución N° 118/2015, de 24 de junio de 2015, del lote 4R.

17. Producto de las actividades de inspección ambiental efectuadas tanto en el año 2015 como en el año 2016, así como del examen de la información que la Superintendencia tomó conocimiento, la División de Fiscalización procedió a elaborar el Informe de Fiscalización Ambiental **DFZ-2015-116-XIII-SRCA-IA,** el cual fue derivado a la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA mediante Comprobante N° 2.232, con fecha 1 de julio de 2016.

18. Con el objeto de tener antecedentes actuales respecto al estado de la construcción de los proyectos, con fecha 18 de julio de 2016, se realizó una tercera actividad de inspección ambiental por parte de funcionarios de la SMA, cuya acta señala lo siguiente: *"1) Se observa maquinaria retroexcavadora realizando movimiento de tierra y cargando camión tolva en lote 4R. 2) Se observa terreno despejado con remoción de vegetación y habilitación de caminos interiores. 3) Al momento de la inspección se observan 2 camiones tolva adicionales estacionados. 4) En lote 4H2 no se observa ningún tipo de faena, se aprecia portón cerrado con candado"*.

## B. Antecedentes del Procedimiento Sancionatorio ROL D-041-2016

19. Mediante Memorándum N° 384, de 19 de julio de 2016, de la División de Sanción y Cumplimiento, se procedió a designar a Catalina Uribarri Jaramillo como Fiscal Instructora Titular y a Daniel Garcés Paredes como Fiscal Instructor Suplente, para la investigación de los hechos denunciados y aquellos hechos verificados en las actividades de fiscalización descritas.

20. Con fecha 19 de julio de 2016, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio ROL D-041-2016, con la Formulación de Cargos en contra de Inmobiliaria Macul S.A., mediante la Resolución Exenta N° 1/ROL D-041-2016. El Resuelvo I de dicha Resolución dispuso: "*FORMULAR CARGOS en contra de Inmobiliaria Macul S.A., Rol Único Tributario N° 96.599.270-7, ubicada en Quilín N° 1.400, comuna de Peñalolén, Región Metropolitana, por la siguiente infracción: 1.- Los siguientes hechos, actos u omisiones constituyen 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 asociada una sanción específica (...) Fraccionar los proyectos inmobiliarios que se están construyendo en los lotes 4H2 y 4R, por parte de Inmobiliaria Macul S.A, que en conjunto suman 9,39 hectáreas*". Luego, el 29 de julio de 2016, se dictó la Resolución Exenta N° 2/ROL D-041-2016, que señala cambio de dirección del titular, considerando para todos los efectos el domicilio "Camino El Paso N° 4265, comuna de Peñalolén, Región Metropolitana de Santiago". Ambas Resoluciones, fueron notificadas de forma personal con fecha 29 de julio de 2016, por la Fiscal Instructora del procedimiento, en el domicilio Camino El Paso N° 4265, comuna de Peñalolén, Región Metropolitana de Santiago, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880.

21. Posteriormente, con fecha 10 de agosto de 2016, se llevó a cabo una reunión de asistencia al cumplimiento, a solicitud de la empresa, en las oficinas de esta Superintendencia, en virtud de la letra u) del artículo 3° de la LO-SMA y del artículo 3° del D.S. N°30/2012. Asimismo, el 10 de agosto de 2016, Inmobiliaria Macul presentó una solicitud de ampliación de plazos, la que fue otorgada con fecha 11 de agosto de 2016, por medio de la Resolución Exenta N° 3/ROL D-041-2016, que en el Resuelvo I otorga ampliación de plazos, en el Resuelvo II, tiene por señalado domicilio y en Resuelvo III, tiene por acreditada la personería de los abogados José Miguel Bulnes Concha, Alfredo Ossa de La Lastra, y Matías de La Lastra Jara, para representar a Inmobiliaria Macul ante esta SMA, en virtud del artículo 22 de la Ley N° 19.880.

22. Con fecha 18 de agosto de 2016, se efectuó una segunda reunión de asistencia al cumplimiento, a solicitud de la empresa, en conformidad a lo establecido en la letra u) del artículo 3° de la LO-SMA y en el artículo 3° del D.S. N°30/2012.

23. Posteriormente, el 22 de agosto de 2016, Inmobiliaria Macul presentó un Programa de Cumplimiento donde propuso acciones para, a su juicio, hacer frente a la infracción imputada en la Formulación de Cargos y sus efectos. En virtud de lo anterior, mediante Memorándum D.S.C N° 478, de 6 de septiembre de 2016, la Fiscal Instructora del procedimiento derivó los antecedentes a la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento para que evalúe y resuelva su aprobación o rechazo.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
Jefa División de Sanción y Cumplimiento

24. Asimismo, el 6 de septiembre de 2016, se emitió la Resolución Exenta N° 4/ROL D-041-2016, que rectificó la Resolución Exenta N° 3/ROL D-041-2016, en el sentido de tener por acreditada la personería de los abogados José Miguel Bulnes Concha, Alfredo Ossa de La Lastra, Matías de La Lastra Jara, Felipe Vial Claro y Rafael Ossa de La Lastra. Además, la Resolución Exenta N° 4/ROL D-041-2016 tuvo por presentado el Programa de Cumplimiento de fecha 22 de agosto de 2016.

25. Mediante Resolución Exenta N° 5/ROL D-041-2016, de 9 de septiembre de 2016, se realizaron observaciones al Programa de Cumplimiento presentado, disponiéndose que la empresa debía presentar una propuesta refundida en la que éstas fueran incorporadas en un plazo de 5 días hábiles. La SMA en esta oportunidad le señaló a la empresa que las hipótesis planteadas en ese momento, consistentes en "*Suspensión de toda obra, incluso no constructivo, en el lote 4H2*", y "*Renuncia al inicio de construcción del proyecto a realizarse 4H2 por parte de inmobiliaria Macul hasta que se cumple cualquiera de las siguientes condiciones (...)*", entre otras, no eran idóneas para volver al cumplimiento de la obligación ambiental transgredida, al haberse imputado el fraccionamiento del proyecto sin que se puedan conocer los potenciales impactos que en su conjunto se podrían generar. Más aun, en relación a lo señalado en el escrito que presentaba dicha propuesta de Programa de Cumplimiento, en cuanto indicaba que el proyecto sería por etapas, sometiéndose el lote 4H2 a la normativa que le sea aplicable según la época en que se construya, se le señaló a la empresa que efectivamente ello era una hipótesis que "*podría otorgar mayores garantías de cumplir con la normativa ambiental vigente, **pero debe complementarse***" (énfasis agregado). En efecto, se le señaló a la empresa expresamente que, de ser este el caso, se debía comprometer en el marco del Programa de Cumplimiento, el ingreso de las etapas del proyecto ante el SEIA, lo que en todo caso otorgaría "*certeza al jurídica al sistema jurídico ambiental en su totalidad y así también al mismo proponente del Programa de Cumplimiento, toda vez que, en la descripción detallada de las etapas ante el Servicio de Evaluación Ambiental, se podrá tener en consideración la realidad del proyecto inmobiliario, el que podrá ejecutarse en armonía con la legislación ambiental vigente, lo que incluye la consideración a un eventual desistimiento a realizar el proyecto a caducarlo en caso que lo estime el titular del mismo*".

26. Luego, con fecha 15 de septiembre de 2016, a solicitud de la empresa, se efectuó una tercera reunión de asistencia al cumplimiento, en virtud del artículo 3 letra u) de la LO-SMA y el artículo 3° del D.S. N°30/2012. Asimismo, el 15 de septiembre de 2016, Inmobiliaria Macul presentó una solicitud de ampliación del plazo de 5 días señalado para presentar un Programa de Cumplimiento Refundido. Dicha solicitud fue resuelta por medio de la Resolución Exenta N° 6/ROL D-041-2016, de 16 de septiembre de 2016, otorgándose un plazo adicional de 2 días hábiles, contado desde el vencimiento del plazo original.

27. Posteriormente, con fecha 21 de septiembre de 2016, se efectuó una cuarta reunión de asistencia al cumplimiento, a solicitud de la empresa, en virtud del artículo 3 letra u) de la LO-SMA y el artículo 3° del D.S. N°30/2012.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
Jefe División Sanción y Cumplimiento

28. Luego, con fecha 23 de septiembre de 2016, Inmobiliaria Macul presentó un Programa de Cumplimiento Refundido, acompañando los respectivos soportes digitales.

29. En el marco de la fiscalización de las medidas provisionales, con fecha 23 de septiembre de 2016, se efectuó una cuarta actividad de inspección ambiental, por parte de funcionarios de CONAF y de la SMA. En esta inspección se constató en el predio 4H2 *"construcción de caminos, sitios con acumulación de rocas, corta y descepado de vegetación (se identifican especies eucalipto y espino), en general obras de despeje de terreno para preparación previa a construcción. Luego, se visitó el predio 4H1, el que se encuentra colindante y continuo (sin delimitación física), no observándose actividades de intervención"* Finalmente, indica que *"Consultada a Constanza Alvarado, jefa de administración de proyectos, sobre las actividades realizadas en los predios 4R, 4H1 y 4H2, indica que en el mes de marzo se hizo ingreso a CONAF oficina provincial Santiago, de carta en donde se informe el inicio de ejecución de la faena (asociada a plan de manejo forestal)"*. Finalmente, el acta señala que durante esta actividad de inspección el titular hizo entrega de los siguientes documentos: (i) Copia de carta de aviso de ejecución del Plan de Manejo Forestal a CONAF, de 4 de marzo de 2016, para los tres lotes en conjunto; y (ii) Planos en formato digital (CD) de los predios 4R, 4H1 y 4H2, presentados a la DOM de la Municipalidad de Peñalolén.

30. Con fecha 21 de octubre de 2016, Luis Mariano Rendón, apoderado de la Comunidad Ecológica de Peñalolén, presentó un escrito mediante el cual, en lo principal, "objeta plan de cumplimiento", y en el otrosí: "se regularice notificación". En concreto, solicita que se tengan presente las siguientes circunstancias: (i) La acción del Programa de Cumplimiento consistente en renunciar al permiso de edificación en el lote 4H2 no es compatible con la acción consistente en continuar con el Plan de Manejo Forestal en el lote 4R y adelantar la reforestación del lote 4H2; (ii) El Programa de Cumplimiento presentado mantiene la incertidumbre respecto del lote 4H1 cuya construcción podría efectuarse en cualquier momento; (iii) El proyecto a desarrollarse en el lote 4R debe ingresar al SEIA en virtud del artículo 10 p) de la Ley N° 19.300, en virtud de los Decretos Supremos N° 82/1974 y N°327/1974, del Ministerio de Agricultura; (iv) Indefinición de medidas específicas en el Programa de Cumplimiento, como las acciones relativas a reducciones de ruido durante la construcción en el lote 4R. Finalmente, el escrito solicita "tomar las medidas correspondientes" para que las notificaciones del presente procedimiento administrativo sean practicadas al correo electrónico del abogado.

31. Con fecha 28 de octubre de 2016, Felipe Vial Claro, en representación de Inmobiliaria Macul, presentó escrito mediante el cual "Responde objeciones planteadas por la Junta de Vecinos de la Comunidad Ecológica de Peñalolén", indicando lo siguiente: (i) En relación al Plan de Manejo para Corta y Reforestación, éste fue obtenido de manera legítima, en un momento en que la Inmobiliaria *"se proponía realizar obras civiles en el lote 4H2"*, y que se propone en el Programa de Cumplimiento su mejora y adelanto, habiéndose realizado hasta la fecha sólo *"obras de limpieza y desmalezado"*; (ii) En relación al lote 4H1, señala que éste no es parte de la Formulación de Cargos del presente procedimiento; (iii) Respecto del sometimiento del lote 4R al SEIA, indica que éste no se encuentra en la Quebrada Macul y que no es un área de aquellas listadas como protegidas o áreas colocadas bajo protección oficial en el Ordinario 130.844/2013 del Servicio de Evaluación Ambiental; (iv) En relación a la acción alternativa

de mitigación de ruido, señala que es una acción condicionada a la superación del límite normativo, precisándose las acciones concretas en otros numerales del Programa de Cumplimiento.

## C. Reformulación de Cargos

32. Debido a nuevos antecedentes, el 5 de diciembre de 2016, se procedió a reformular cargos en contra de Inmobiliaria Macul S.A., por medio de la Resolución Exenta N° 7/ROL D-041-2016, en los siguientes términos: *"Fraccionar los proyectos inmobiliarios de los lotes 4H1, 4H2 y 4R, por parte de Inmobiliaria Macul S.A, que en conjunto suman 13,8 hectáreas".*

33. En efecto, como ya se indicó, con fecha 23 de septiembre de 2016, se efectuó una cuarta actividad de inspección ambiental, por parte de funcionarios de CONAF y de la SMA. En esta inspección se constató, entre otras cosas, que el predio 4H2, donde se observaron obras de construcción, es colindante y sin delimitación física del predio 4H1. Adicionalmente, en esta oportunidad se hizo entrega de un copia de la carta de aviso de ejecución y del Plan de Manejo Forestal a CONAF, de 4 de marzo de 2016, para los lotes 4H1, 4H2 y 4R; y los planos en formato digital de los predios 4R, 4H1 y 4H2, presentados a la DOM de la Municipalidad de Peñalolén. Con los antecedentes que esta actividad de fiscalización arrojó, y aunque no se constató en el momento preciso de la inspección actividades de construcción en el lote 4H1, se pudo verificar que es colindante y sin delimitación física respecto al predio 4H2, por lo que, al haberse observado obras de construcción en el lote 4H2, existían antecedentes suficientes sobre una posible afectación al lote 4H1, y que, asimismo, al haberse dado el aviso de corta a CONAF respecto de los 3 lotes, era claro que el lote 4H1 también formaba parte del proyecto fraccionado por Inmobiliaria Macul.

34. La resolución indicada anteriormente fue enviada por carta certificada al domicilio de los apoderados de la empresa, siendo recepcionada el 9 de diciembre de 2016, en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Las Condes, de acuerdo a la información proporcionada por dicho servicio, consultando el número de seguimiento asociado 1170071840450.

35. Es de indicar, como se señalará más adelante, que la Resolución Exenta N° 7/ROL D-041-2016, computó nuevamente los plazos para que la empresa hiciera ejercicio de sus derechos en el procedimiento, esto es, en cuanto a la presentación de un Programa de Cumplimiento y de un escrito de descargos.

36. Posteriormente se dictó la Resolución Exenta N° 8/ROL D-041-2016, de 13 de diciembre de 2016, que se pronuncia sobre el Programa de Cumplimiento presentado. Esta resolución indicó que, dada la Reformulación de Cargos de 5 de diciembre de 2016, y el consecuente nuevo computo de plazos para la presentación de un Programa de Cumplimiento y de descargos, no resultaba procedente pronunciarse en dicha etapa del procedimiento del Programa de Cumplimiento presentado.

37. Con fecha 22 de diciembre de 2016, la empresa presentó una solicitud de ampliación de los plazos para presentar Programa de Cumplimiento y descargos, otorgándose por medio de la Resolución Exenta N° 9/ROL D-041-2016, de 23 de diciembre de 2016, 5 y 7 días hábiles adicionales, respectivamente.

38. El 26 de diciembre de 2016, se efectuó una quinta reunión de asistencia al cumplimiento, a solicitud de la empresa, en virtud del artículo 3 letra u) de la LO-SMA y el artículo 3° del D.S. N°30/2012, con el objeto de asistir en la presentación de un eventual Programa de Cumplimiento, respecto del cargo imputado en la Resolución Exenta N° 7/ROL D-041-2016 que reformuló cargos.

39. En virtud de lo anterior, encontrándose dentro de plazo, con fecha 3 de enero de 2017, la empresa presentó un Programa de Cumplimiento, para hacerse cargo a su juicio, del hecho infraccional y sus efectos, indicados en la Resolución Exenta N° 7/ROL D-041-2016. Esta propuesta de Programa de Cumplimiento, respecto a la elusión y a lo constatado en las inspecciones ambientales, contenía las siguientes acciones: *"detención de las obras de limpieza por parte de Inmobiliaria Macul en lotes 4H1 y 4H2"*; *"Continuar con el plan de reforestación aprobando por CONAF, mejorando la compensación 1:1, respecto del lote 4R"*; y *"Renuncia a los permisos de edificación Número 135/13 y 87/14"*, entre otras acciones indicadas en la propuesta.

40. Posteriormente, por medio del Memorándum D.S.C N° 20/2017, de 16 de enero de 2017, la Fiscal Instructora del procedimiento sancionatorio derivó los antecedentes del Programa de Cumplimiento presentado a la jefa de la División de Sanción y Cumplimiento para que evaluara y resolviera su aprobación o rechazo.

41. Finalmente, con fecha 20 de enero de 2017, se dictó la Resolución Exenta N° 10/ROL D-041-2016, que rechazó el Programa de Cumplimiento y levantó la suspensión del procedimiento, reanudándose el plazo para presentación de descargos, de conformidad con lo dispuesto en el Resuelvo VII, de la Resolución Exenta N° 7/ROL D-041-2016, que reformula cargos. Esta resolución se fundamentó, principalmente en que la empresa inmobiliaria, al no proponer el ingreso del proyecto al SEIA no se habría hecho cargo de los efectos de la imputación, traducido en que no se han evaluado los potenciales efectos sobre el medio ambiente y sobre la salud de la población, no cumpliendo el criterio de integridad y de eficacia del artículo 9 del D.S. N° 30/2012. Asimismo, no habría una coherencia entre la infracción –fraccionamiento- y la acción que se propuso para subsanarla, consistente en la renuncia a los permisos de edificación de 2 de los 3 lotes que forman parte de la imputación, subsistiendo la posibilidad de volver a tramitarlos en un escenario en que ya se produjo afectación a la vegetación del lugar, conforme fuera constatado. Luego, la resolución señala que tampoco se cumple el criterio de eficacia por cuanto en el presente caso, la obligación transgredida –ingresar al SEIA- genera como efecto que se desconozcan los potenciales impactos que en su conjunto podría generar el proyecto inmobiliario, y de esta manera, al no considerar el Programa de Cumplimiento la hipótesis de ingreso, no se retornaba al cumplimiento del transgredido artículo 11 bis de la Ley N° 19.300, máxime cuando se constató la corta y descepado, siendo este un hecho inalterable y definitivo.

42. En razón de lo anterior, con fecha 7 de febrero de 2017, encontrándose dentro de plazo, Inmobiliaria Macul, presentó un escrito donde en lo principal "formula descargos", en el primer otrosí "acompaña documentos fundantes", en el segundo otrosí "solicita medidas probatorias", y en el tercer otrosí "reserva de acciones".

43. Con fecha 20 de marzo de 2017, se dictó la Resolución Exenta N° 11/ROL D-041-2016, que resuelve la solicitud de diligencias probatorias de la

empresa y ordena la realización de la diligencia que indica, sirviendo dicha Resolución como oficio conductor. La mencionada diligencia consistió en "*Oficiar a la Dirección de Obras Municipales de la Ilustre Municipalidad de Peñalolén para que remita copia íntegra de los expedientes S.P.E. 5.1.4/5.1.6 N° 498/ 13 (lote 4H1); S. P.E. 5.1.4/5. 1.6 N° 2012/409 (lote 4H2) y S. P.E. 5.1.4/5.1 .6 N°2012/390 (lote 4R) en los que se tramitaron los permisos de edificación relativos a los lotes 4H1, 4H2 y 4R, roles de avalúo 9066-229, 9066-442 y 9066-308, respectivamente. Asimismo, se solicita copia de los expedientes asociados a las resoluciones de modificación de permisos, a saber; 164/15, de 17 de agosto de 2015 (lote 4H1); 166/15, de 18 de agosto de 2015 (lote 4H2); y 118/15, de 24 de junio de 2015 (lote 4R)*". En virtud de ello, con fecha 12 de abril de 2017, se recibió el Ordinario N° 704 de la DOM de Peñalolén, acompañando la documentación solicitada.

44. Luego, con fecha 13 de abril de 2017, se dictó la Resolución Exenta N° 12/ROL D-041-2016, que ordena la realización de una diligencia probatoria por parte de CONAF, sirviendo dicha Resolución como oficio conductor, consistente en remitir la información de "*Coberturas Georreferenciadas (en formato shape y kmz) de las áreas de corta y reforestación asociadas al Plan de Manejo de Corta y Reforestación de Bosque para ejecutar obras civiles, aprobados por CONAF mediante Resolución 38/24-20/14 del 6 de junio de 2014*". Dicha gestión fue respondida con fecha 5 de mayo de 2017.

45. Con fecha 12 de julio de 2017, por medio de la Resolución Exenta N° 13/ROL D-041-2016, se solicitó a la Dirección Ejecutiva del SEA pronunciamiento sobre la pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y se suspendió el procedimiento administrativo sancionatorio hasta la recepción de dicho pronunciamiento.

46. Con fecha 4 de enero de 2018, la Dirección Ejecutiva del SEA, por medio del Oficio Ord. D.S. N° 171586, remitió su respuesta en base a lo consultado, señalando, en síntesis, lo siguiente: "*(...) este Servicio concluye los proyectos inmobiliarios de Inmobiliaria Macul S.A. a desarrollarse en los lotes 4H1, 4H2 y 4R de la comuna de Peñalolén, consisten en un proyecto indivisible a desarrollarse en un área declarada saturada y latente, en una superficie mayor a 7 ha. En consecuencia, se configura la causal de ingreso al SEIA contemplada en la letra h.l.3 del artículo 3° del RSEIA*".

47. En virtud de lo anterior, con fecha 18 de mayo de 2018, por medio de la Resolución Exenta N° 14/ROL D-041-2016, se reinició el procedimiento administrativo sancionatorio; se incorporó al expediente administrativo el Oficio Ordinario D.E. N° 171586 de la Dirección Ejecutiva del SEA; y se tuvo presente que con fecha 31 de enero de 2018, entró en vigencia la Actualización de las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, aprobada por la Resolución Exenta N° 85 SMA, de 22 de enero de 2018.

48. Finalmente, con fecha 31 de mayo de 2018, por medio de la Resolución Exenta N° 15/ROL D-041-2016, se cerró la investigación, enviándose por carta certificada para su notificación tanto a la empresa como a los interesados. En el primer caso, la carta arribó al Centro de Distribución Postal "Las Condes CDP 01", con fecha 4 de junio de 2018, y en el segundo caso, la carta arribó a "Ñuñoa CDP 11", el 2 de junio de 2018.

## D. Medidas Provisionales

49. En relación a la adopción de medidas provisionales, la Resolución Exenta N° 1/ROL D-041-2016, en su Resuelvo II, incorporó la solicitud al Superintendente del Medio Ambiente de adopción de la medida provisional de detención de obras de construcción en el lote 4R.

50. En virtud de lo anterior, y previa autorización del Iltre. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en causa ROL S-43-2016, el Superintendente ordenó por medio de la Resolución Exenta N° 685, de 28 de julio de 2016, la adopción de la medida provisional del artículo 48 letra d) de la LO-SMA, en los siguientes términos: *"Detención de toda obra de construcción que actualmente se esté ejecutando en el lote 4R y en el lote 4H2, ubicado en la Zona R7 del Plan Regulador de la comuna de Peñalolén, Región Metropolitana, consistente en movimientos de tierra, despejes de terreno, remoción de especies arbustivas y árboles, tala de bosque nativo, destronque, y obras de urbanización, así como la detención de toda obra complementaria a ello, mientras no cuente con la respectiva Resolución de Calificación Ambiental que apruebe la ejecución de su proyecto inmobiliario, por el término de 30 días corridos, contados desde la notificación de la presente resolución"*. Esta medida provisional se fundó en la naturaleza, extensión y localización de las actividades propias de la construcción de este proyecto inmobiliario al margen del SEIA, debiendo haber ingresado, de manera que no se evaluaron los potenciales efectos sobre el medio ambiente y sobre la salud de la población cercana que pueda ocasionar.

51. Posteriormente, y dado que se encontraba en análisis el Programa de Cumplimiento presentado por la empresa con fecha 22 de agosto de 2016, el cual no acreditaba ni comprometía el ingreso al SEIA, se solicitó la renovación de la medida provisional, en los mismos términos, lo cual fue autorizado por el Iltre. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, en causa ROL S-47-2016, por cuanto el reinicio de las obras de construcción oportunamente detenidas conllevaría el riesgo de afectación del entorno ecosistémico y la salud de la población cercana. Esta renovación se materializó en la Resolución Exenta N° 792, de 29 de agosto de 2016, del Superintendente del Medio Ambiente, que ordenó la *"detención de toda obra de construcción que actualmente se esté ejecutando en el lote 4R y en el lote 4H2, ubicado en la Zona R7 del Plan Regulador de la comuna de Peñalolén, Región Metropolitana, consistente en movimientos de tierra, despejes de terreno, remoción de especies arbustivas y árboles, tala de bosque nativo, destronque, y obras de urbanización, así como la detención de toda obra complementaria a ello, mientras no cuente con la respectiva Resolución de Calificación Ambiental que apruebe la ejecución de su proyecto inmobiliario, por el término de 30 días corridos, contados desde la notificación de la presente resolución"*.

52. Más adelante, se volvió a solicitar la renovación de la medida provisional, fundada en nuevos antecedentes allegados al procedimiento, consistentes en: (i) Que con fecha 9 de septiembre de 2016, esta Superintendencia le indicó a la empresa, en la Resolución Exenta N° 5/ROL D-041-2016, bajo el formato de observaciones al Programa de Cumplimiento presentado, que la medida idónea para hacerse cargo del hecho imputado y de sus efectos, era el ingreso del proyecto al SEIA; (ii) Que el 23 de septiembre de 2016, Inmobiliaria Macul, ingresó un Programa de Cumplimiento Refundido que se encontraba en análisis por parte de la SMA, el cual contemplaba como acción el desistimiento a desarrollar el proyecto en uno de los lotes, esto es, el lote 4H2; y, (iii) Que finalmente, también con fecha 23 de septiembre de 2016, funcionarios de la SMA con CONAF, realizaron visita de inspección a los lotes 4R, 4H2 y 4H2, con el objeto de verificar la detención decretada y la viabilidad de las acciones propuestas en el Programa de Cumplimiento Refundido. En dicha inspección, como ya se indicó, se constató la afectación al componente flora y

vegetación del lugar, por medio de la construcción de caminos, acumulación de rocas, y corta y descepado de especies.

53. En consecuencia, se seguían manteniendo las condiciones que motivaron la autorización de la medida de detención original, por lo que de no mediar una renovación, se podría activar el riesgo ambiental y a la salud de las personas detectado, manteniéndose la situación antijurídica que se verificó, por lo que previa autorización del Iltre. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, en causa ROL S-50-2016, el Superintendente ordenó la renovación de la medida provisional, por medio de la Resolución Exenta N° 916, de 30 de septiembre de 2016 en los siguientes términos: *"Detención de toda obra de construcción que actualmente se esté ejecutando en el lote 4R y en el lote 4H2, ubicado en la Zona R7 del Plan Regulador de la comuna de Peñalolén, Región Metropolitana, consistente en movimientos de tierra, despejes de terreno, remoción de especies arbustivas y árboles, tala de bosque nativo, destronque, y obras de urbanización, así como la detención de toda obra complementaria a ello, por el término de 30 días corridos, contados desde la notificación de la presente resolución".*

## IV. CARGO FORMULADO

54. En la Reformulación de Cargos se individualizó el siguiente hecho que se estima constitutivo de infracción a la normativa ambiental señalada, en virtud del artículo 35 n) de la LO-SMA:

| N° | Hecho que se estima constitutivo de infracción | Normativa que se considera infringida |
|---|---|---|
| 1 | **Fraccionar los proyectos inmobiliarios de los lotes 4H1, 4H2 y 4R, por parte de Inmobiliaria Macul S.A, que en conjunto suman 13,8 hectáreas.** | **Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.**<br>Art. 11 bis. *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.*<br><br>*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.*<br><br>Art. 10. *Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental son, entre otros, los siguientes:*<br>*(...) h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas".*<br><br>**Decreto Supremo N° 40/2012 Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental y sus actualizaciones.**<br>Art. 3. *"Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán* |

| | | |
|---|---|---|
| | | *someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son, entre otros, los siguientes:*<br><br>*"(...) h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas.*<br>*h.1. Se entenderá por proyectos inmobiliarios, aquellos loteos o conjuntos de viviendas que contemplen obras de edificación y/o urbanización, así como los proyectos destinados a equipamiento, y que presenten alguna de las siguientes características:*<br>*(...) h.1.3. Que se emplacen en una superficie igual o superior a siete hectáreas (7 ha) o consulten la construcción de trescientas (300) o más viviendas".* |

## V. SÍNTESIS DE LOS DESCARGOS DE INMOBILIARIA MACUL S.A.

55. Tal como se señaló precedentemente, Inmobiliaria Macul presentó descargos en la oportunidad procesal que se abrió en el presente procedimiento. A continuación se expone una síntesis de sus alegaciones.

56. Primeramente, la empresa señala que dada la fecha de las solicitudes y autorizaciones del proyecto ante la DOM, el Reglamento del SEIA vigente y aplicable para los hechos objeto de este procedimiento, es aquel que hasta el mes de octubre de 2014 contenía una excepción de ingreso al SEIA para proyectos inmobiliarios que cumplieran con ciertas condiciones, lo cual sería el caso de Inmobiliaria Macul. En este sentido, la empresa alega que de aplicarse el principio de irretroactividad de la ley penal, y aplicándose la ley más favorable al caso, el proyecto inmobiliario de Inmobiliaria Macul no debe someterse al SEIA. Finalmente, vinculado con estas alegaciones, señala ha operado la prescripción del artículo 37 de la LO-SMA, para estos mismos hechos, justamente en razón de la fecha en que fueron solicitados los permisos de edificaciones para los 3 lotes.

57. Luego, formula variadas alegaciones, todas las cuales serán tratadas en particular, pero que fundamentalmente se refieren a que habría habido un desarrollo diferenciado de los proyectos inmobiliarios en cada lote dada la velocidad de venta de estos; los proyectos de cada lote serían independientes funcional y económicamente; no se habría configurado una intención elusiva ya que no existió un elemento volitivo sobre algo que el ordenamiento jurídico amparaba; nunca se habría dado inicio de construcción en los lotes 4H2 y 4R sino solo se habrían desarrollado labores de limpieza; existiría una incongruencia de los cargos al haber incorporado el lote 4H1 respecto del cual no ha habido obras; habría una inexistencia de daños inminentes al medio ambiente o a la población. También alega que se habría aceptado e incorporado de buena fe las observaciones realizadas a la primera propuesta de Programa de Cumplimiento, siendo inexplicable en consecuencia que posteriormente éste se rechazara; asimismo, señala que esta primera versión de Programa de Cumplimiento nunca fue resuelto, y que en virtud de las conversaciones sostenidas en las reuniones de asistencia al cumplimiento, se tenía el convencimiento que la propuesta era admisible.

58. Finalmente, alega que habría una ilegalidad en la Reformulación de Cargos con una consecuente vulneración al debido proceso y a la LO-SMA.

## VI. FORMA DE APRECIACIÓN DE LOS ANTECEDENTES APORTADOS DURANTE EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

59. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA, dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica. Por su parte, el artículo 53 de la LO-SMA dispone como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma cómo se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos. En razón de lo anterior, la apreciación de la prueba en los procedimientos administrativos sancionadores que instruye esta Superintendencia, con el objeto de comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos, se realiza conforme a las reglas de la sana crítica.

60. La sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso expresar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por el que el juez o funcionario público da valor y asigna mérito a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él[1].

61. De este modo, en este Dictamen, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizarán las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valoración que se llevará a cabo en los párrafos siguientes, referidos a la configuración de la infracción, calificación de la misma y ponderación de la sanción que corresponda aplicar.

## VII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

62. En consecuencia, en virtud de lo señalado por el artículo 53 de la LO-SMA, a continuación se analizará la configuración de la infracción que se ha imputado a Inmobiliaria Macul, considerando, por una parte, los argumentos señalados por la empresa, y la información extraída a partir de las diligencias probatorias decretadas y que obran en el presente procedimiento.

63. Para ello, y en atención a que los descargos tienen variadas alegaciones, algunas de las cuales no están directamente orientadas a desvirtuar la hipótesis de la Formulación de Cargos, se dividirá el análisis del presente Dictamen. En primer lugar, se abordarán las alegaciones formales efectuadas por la empresa, en relación al presente procedimiento y particularmente en relación a la Reformulación de Cargos. En segundo término, se tratará el tipo infraccional del fraccionamiento del artículo 11 bis de la Ley N° 19.300, desde un punto de vista dogmático donde se realizará un análisis de los requisitos del tipo, para luego abarcar las

[1] Al respecto véase TAVOLARI, Raúl, "El Proceso en Acción", Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, p. 282.

alegaciones efectuadas por Inmobiliaria Macul que buscan desvirtuar la configuración de esta infracción, desde un punto de vista fáctico y jurídico.

### A. Sobre la legalidad de la Reformulación de Cargos

64. En este acápite se analizará la alegación efectuada por la empresa, en cuanto a que la Resolución Exenta N° 7/ROL D-041-2016, que reformula los cargos del presente procedimiento sancionatorio incorporando en la imputación al lote 4H1, no cumpliría con la normativa vigente.

65. En concreto, indica que no habría una facultad establecida en la LO-SMA para proceder a reformular cargos, y, por otro lado, que no habrían antecedentes nuevos que fundamenten la adopción de esta decisión. Respecto a lo primero señala, *"Hemos buscado con atención en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente alguna disposición que faculte al funcionario denominado "instructor" para: (i) invalidar los cargos que hubiere formulado en contra de una persona; (ii) invocar hechos distintos a los de la formulación original de cargos; (iii) variar las argumentaciones de los cargos realizados; (iv) ampliar el contenido de los cargos. El resultado es que no hemos encontrado norma alguna que faculte la [SIC] Fiscal Instructora para "reformular cargos", ampliándolos a otras situaciones no contenidas en sus cargos originales"*.

66. Al respecto, se debe señalar que la Reformulación de Cargos, *"es el acto administrativo dictado por la autoridad sancionadora, luego de haberse formulado cargos y antes de la resolución de término, que tiene por objeto modificar el contenido de los cargos formulados al presunto infractor, a saber, hechos, sanción o calificación jurídica"*[2], y en este sentido, se entiende como expresión de la facultad de formular cargos, dispuesta en el artículo 49 de la LO-SMA, que señala que *"La instrucción del procedimiento sancionatorio se realizará por un funcionario de la Superintendencia que recibirá el nombre de instructor y se iniciará con una formulación precisa de los cargos, que se notificarán al presunto infractor por carta certificada (...) La formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada"*.

67. En consecuencia, la Reformulación de Cargos se concibe como una herramienta propia de todo régimen sancionatorio cuyo objeto es resguardar las garantías mínimas de un debido proceso, racional y justo. En efecto, incorporar todos los antecedentes disponibles que fueron tenidos a la vista por el instructor (a) del procedimiento y de esa forma comunicarlo formalmente al presunto infractor, bajo quien cae el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, resulta razonable y deseable, precisamente para otorgar nuevas instancias de cumplimiento y defensa en su favor, considerando además los principios aplicables al procedimiento, como por ejemplo el principio de no formalización, que dice relación con la

[2] OSORIO, Cristóbal. "Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador Parte General", Editorial Thompson Reuters, 2016, p. 318 y 319.

prosecución del procedimiento en beneficio del ciudadano, y que en tal sentido se desarrolle con sencillez, subsanándose vicios de forma sin que con ello se afecten derechos de terceros[3].

68. En este sentido, los cargos que se presenten en una Formulación de Cargos no son inalterables ni implican un congelamiento de la imputación que se haga, ya que además esta Resolución tiene un carácter transitorio, que da inicio al procedimiento, y es por ello que su contenido *"debe entenderse de manera provisoria, dado que las pericias, inspecciones y demás medios de prueba pueden llevar a modificarlo, por ejemplo, en relación a la infracción cometida, y, por tanto, la sanción anudada. En tal caso, corresponderá reformular o ampliar los cargos, considerando que conforme al art. 54 LOSMA "ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos"*[4]. En efecto, resulta contrario a los principios de eficacia y eficiencia en el ejercicio de la función administrativa, expresada en este caso en las competencias sancionatorias de la SMA, que no se incorporen todos los hechos o información necesaria, que podrían hacer variar la imputación inicial de un procedimiento, lo cual va en favor del administrado desde una perspectiva de defensa.

69. Por lo demás, en base a lo señalado, la Formulación de Cargos se encuentra en la categoría típica de acto trámite[5], como ya se dijo, por ser un acto provisorio, que justamente marca el hito inicial de la instrucción del procedimiento administrativo sancionador, y que por cierto no tiene la aptitud de resolver el fondo del asunto, como sería el caso de un acto terminal. En este sentido, y por oposición a un acto terminal, la Reformulación de Cargos como todo acto trámite, es de aquellos *"que se dictan dentro de un procedimiento administrativo y que dan curso progresivo al mismo. Actos terminales o decisorios son aquellos en los que radica la resolución administrativa, es decir la decisión que pone fin al procedimiento. Se trata de la resolución que pone fin al procedimiento administrativo y en la que se contiene la decisión de las cuestiones planteadas por los interesados o por la propia Administración Pública"*[6].

70. Por tanto, la Reformulación de Cargos debe respetar los principios aplicables al procedimiento administrativo sancionador, cumpliéndose el debido proceso y permitiendo ejercer el derecho a defensa por parte del presunto infractor. Si una Reformulación de Cargos no respetara este límite sustantivo, tornaría ilegal el actuar de la Administración.

71. Si nos referimos a lo acontecido en el presente caso, tal como se desprende de los antecedentes del procedimiento, en todo momento se ha respetado el debido proceso, y no sólo se ha permitido el ejercicio del derecho a defensa de Inmobiliaria Macul sino que éste ha sido efectivamente ejercido por la empresa, tanto en la presentación de diversas propuestas de Programa de Cumplimiento, como en la presentación de un escrito de descargos. En efecto, la Reformulación de Cargos de este caso en todo momento otorgó las garantías necesarias para que se defienda el presunto infractor respecto de los hechos

[3] La Reformulación de Cargos ha sido utilizada por la SMA en los procedimientos sancionatorios roles D-027-2013; ROL D-017-2013; ROL D-014-2013; ROL D-051-2016; D-003-2017; D-018-2017; D-001-2018; D-006-2018 y D-015-2018.
[4] BERMÚDEZ, Jorge. "Fundamentos de Derecho Ambiental". Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2da Edición, 2015. p. 505.
[5] CORDERO, Luis. "Lecciones de Derecho Administrativo. Colección Tratados y Manuales". Editorial Thompson Reuters. Primera Edición marzo 2015. p. 254.
[6] BÉRMUDEZ, Jorge. "Derecho Administrativo General". Editorial Legal Publishing. Año 2011. p. 122.

imputados, señalando lo siguiente: "*Que, en este escenario, en virtud de los antecedentes descritos y considerando que la Reformulación de Cargos es una herramienta propia de todo régimen sancionatorio cuyo objeto es resguardar las garantías mínimas de un debido proceso, racional y justo, y considerando además el principio de congruencia, se procederá a reformular cargos en el presente procedimiento, incluyendo en la Tabla N° 1 del Resuelvo 1 al lote 4H1, para el cual se configuran de igual modo los supuestos del tipo infraccional de fraccionamiento.* ***En efecto, resulta plausible, precisamente para otorgar nuevas instancias de cumplimiento y/o defensa en favor del presunto infractor, incluir todos los antecedentes tenidos a la vista en el presente procedimiento provenientes de la denuncia, de las inspecciones ambientales llevadas cabo y de la información disponible****, incluyendo por tanto el lote 4H1 en la imputación*". Para lo anterior, expresamente dispone que "*con el objeto de asegurar un debido procedimiento y la no afectación de los derechos del presunto infractor, en particular los asociados a la defensa de Inmobiliaria Macul S.A.,* ***el presunto infractor tendrá la alternativa de presentar un Programa de Cumplimiento o de presentar descargos, conforme indican los artículos 42 y 49 de la LO-SMA, desde la notificación de la presente Resolución, de manera que no se configura perjuicio alguno en contra del presunto infractor***" (énfasis añadido).

72. En consecuencia, no sólo se señaló expresamente la generación de nuevas instancias en el procedimiento para que el presunto infractor ejerciera los derechos que el sistema le reconoce en el procedimiento, si no que efectivamente estos fueron ejercidos como se puede apreciar de una revisión del expediente administrativo y de las múltiples presentaciones efectuadas por la empresa.

73. Siguiendo con sus descargos, la empresa señala que "*Ni siquiera existen nuevos antecedentes que pudieran ser invocados para fundamentar un cambio en los cargos como los que se hacen en la Resolución N° 1 En efecto, la Resolución Exenta N°1 hacía expresas y reiteradas menciones al lote 4H1 que fue incorporado ahora en la Resolución N° 7, no obstante lo cual se decidió en dicha oportunidad no formular cargos a su respecto*". Es decir, para la empresa es un requisito la existencia de nuevos antecedentes que fundamenten la decisión de reformular cargos. Sobre este particular, hay que remitirse a lo ya señalado, en cuanto a que la Reformulación de Cargos es una facultad de la Superintendencia de Medio Ambiente que se debe ejercer con respeto a las garantías necesarias para llevar a cabo un racional y justo procedimiento, entendiendo por su parte que una Formulación de Cargos inicial es un acto de la Administración esencialmente provisorio.

74. A mayor abundamiento, lo señalado por la empresa no es efectivo, toda vez que en el presente caso surgieron antecedentes nuevos relevantes que justificaron la Reformulación de Cargos. En este sentido, la última inspección ambiental efectuada con fecha 23 de septiembre de 2016, luego de haberse iniciado el procedimiento sancionatorio, proporcionó antecedentes que previamente se desconocían. En dicha oportunidad se constató, por una parte, la construcción de caminos, sitios con acumulación de rocas, corta y descepado de vegetación, identificándose la corta de individuos de las especies espino y eucalipto y, en general, obras de despeje de terreno para preparación de construcción en el predio 4H2. Pero, adicionalmente, al visitarse el predio 4H1, se constató que este es colindante con el predio 4H2, y si bien no se observaron actividades de corta de vegetación, despeje de terreno o retiro de rocas en su interior, se pudo verificar que no tiene delimitación física respecto del predio 4H2, lo que, en conjunto con todos los demás antecedentes del procedimiento, representaba un antecedente

suficiente sobre su posible afectación. Este dato permite levantar la hipótesis de la Reformulación de Cargos, consistente en que el lote 4H1 también forma parte del gran proyecto fraccionado por Inmobiliaria Macul del cual siempre se tuvo un claro ánimo de ejecutarse en conjunto, siendo esta una información que se viene a confirmar a propósito de la inspección ambiental de 23 de septiembre de 2016, que configura el antecedente nuevo a observar para reformular cargos[7], ya que con anterioridad a esta inspección, no había sido posible visitar de forma completa el predio 4H1.

75. Finalmente, a modo de conclusión, no puede obviarse la realidad en la que se enmarcan las diferentes actividades, situaciones y hechos constitutivos de infracción, en cuanto a su complejidad y dinamismo. Como ya se ha planteado antes por esta Superintendencia ante el Iltre. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, "*[E]n lo que concierne al Derecho Ambiental, existen razones para pensar no sólo que es perfectamente legal, sino además que es deseable que la Administración pueda corregir o reformular los cargos en un proceso sancionatorio, toda vez que por la complejidad y dinamismo con que pueden verse afectados los componentes ambientales como resultado de la actividad de un titular (que normalmente también es dinámica y compleja), no es raro que la situación de hecho que se investiga durante un procedimiento sancionatorio esté sujeta a cambios, como consecuencia de la producción de nuevos efectos o la extensión de aquellos que ya se hayan verificado*"[8].

76. En otro orden de ideas, sobre lo indicado por la empresa, relativo a que los antecedentes al momento de emitirse la Reformulación de Cargos firmada por la Fiscal Instructora, se encontraban en poder de la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento, se debe señalar que si bien lo anterior obedece a una distinción orgánica de competencias –le corresponde a la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento aprobar o rechazar un Programa de Cumplimiento[9]- no implicó que el expediente administrativo no haya estado disponible para que la Fiscal Instructora realice actos de instrucción dentro del procedimiento, como lo es una Reformulación de Cargos, como ya se ha dicho.

77. A mayor abundamiento, la Resolución Exenta N° 10/ROL D-041-2016, que rechaza el Programa de Cumplimiento, es un acto que fue emitido por la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento, por lo que no se observa transgresión alguna en el presente procedimiento referente a las reglas sobre competencia de los funcionarios de la SMA.

---

[7] Sobre la Reformulación de Cargos por existencia de hechos nuevos, se refiere el profesor Luis Cordero, "*En mi opinión, la modificación o rectificación de los cargos puede realizarse pero respetando ciertos límites y garantías. Por ejemplo, ella no sería procedente cuando ella afecte el debido proceso o el derecho a defensa. También dentro del contexto de los límites dentro de los cuales puede ejercerse esta facultad, hay que considerar que las hipótesis legales donde se contempla la reformulación de cargos antes analizadas, dicen relación con* ***la aparición de hechos nuevos, que surgen normalmente producto de las nuevas diligencias decretadas al interior del procedimiento, y que ponen a la autoridad en la necesidad de reformular los cargos levantados, pues atendida su conexión los hechos investigados, deben formar parte del procedimiento ya iniciado***". CORDERO, Luis. Informe en Derecho "Alcance de la facultad de la Superintendencia del Medio Ambiente de modificar los cargos y sus límites", ROL D-045-2015 caratulado "Anglo American Sur S.A./Superintendencia del Medio Ambiente", Segundo Tribunal Ambiental de Santiago (énfasis agregado).

[8] Informe SMA, procedimiento ROL R-45-2015, caratulado "Anglo American Sur S.A./Superintendencia del Medio Ambiente", Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

[9] En virtud de lo dispuesto en el resuelvo segundo, numeral 2.5, letra f), de la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, a la División de Sanción y Cumplimiento le corresponde evaluar y resolver la aprobación o rechazo, cuando corresponda, de los Programas de Cumplimiento presentados por los presuntos infractores. Por su parte, el inciso final del numeral precitado dispone que "*[s]olo el jefe de la división podrá dictar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de las funciones aquí expresamente encomendadas, sin perjuicio de aquellos que corresponda dictar al instructor en el ejercicio de sus funciones*".

78. En este orden de ideas corresponde también referirse a la alegación efectuada por la empresa sobre el supuesto error que habría fundado la decisión de reformular cargos. Al respecto señala que, *"El legislador y el constituyente nunca han admitido que los errores funcionarios sean subsanados perjudicando a los ciudadanos, y por el contrario consignan claramente la responsabilidad personal de funcionarios y órganos del Estado"*, y, concretamente en relación a la supuesta ilegalidad de la Reformulación de Cargos señalan que *"la Fiscal Instructora no puede a estas alturas pretender desentenderse de sus cargos o rectificar la evidente incongruencia a argumentativa de su doble formulación de cargos. Los órganos del Estado deben asumir los defectos y errores cometidos por sus funcionarios"*.

79. En relación a estas aseveraciones, se hace remisión a lo ya señalado, relativo a que la Reformulación de Cargos no se funda ni se motivó por un error cometido en el procedimiento, sino que obedece a necesidad de poner en conocimiento del presunto infractor todos los hechos investigados, otorgándole nuevas instancias de bilateralidad y garantías, todo lo anterior, amparado en las normas y principios que regulan el procedimiento administrativo.

80. En conclusión, las alegaciones relativas a la legalidad de la Reformulación de Cargos, no serán consideradas ya que en los hechos se ha descartado lo alegado por la empresa sobre estos aspectos.

**B. <u>Análisis abstracto sobre el tipo infraccional del fraccionamiento del artículo 11 bis de la Ley N° 19.300</u>**

81. Corresponde tratar en este acápite la configuración de la infracción misma, esto es, el fraccionamiento del proyecto inmobiliario de Inmobiliaria Macul, con el objeto de eludir el ingreso al SEIA, en virtud del artículo 11 bis de la Ley N° 19.300. Este tipo infraccional, dispone lo siguiente:

> *"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"*.

82. En relación al tipo infraccional indicado, cabe consignar que la imputación que se efectuó se refiere a la primera de las conductas típicas señaladas

en el artículo 11 bis, esto es, el fraccionamiento de proyectos con el objeto de eludir el ingreso al SEIA, por cuanto en el presente caso no existe alguna presentación en el SEIA asociada a todo o parte del proyecto, y, en consecuencia, esta es la hipótesis que se desarrollará y a la que se referirá el presente dictamen[10].

83. Dicho lo anterior, y realizando un análisis de *lege lata* el tipo infraccional en cuestión, éste está compuesto de tres elementos que deben particularmente tenerse en consideración. Primeramente, el tipo infraccional requiere la existencia de una unidad de proyecto que se fraccione; en segundo término, este fraccionamiento de una unidad de proyecto debe haberse realizado con el objetivo de eludir el SEIA o variar la vía de ingreso al SEIA; finalmente, la acción o conducta de "fraccionar" debe haberse realizado con un ánimo determinado, es decir, en este punto, el tipo infraccional requiere la concurrencia de un elemento volitivo, lo que descarta que el hecho infraccional sea producto de una conducta negligente.

84. Respecto del primer elemento, se debe estar frente a un único proyecto, que se está presentando o se presentó en partes fraccionadas. Esta unidad de proyecto se puede verificar por diferentes elementos, los que en todo caso no deben concurrir de forma copulativa, tales como aquellos que dicen relación con las características físicas o territoriales de las instalaciones, la vinculación de sus estructuras o insumos, su dependencia, tramitación administrativa, antecedentes formales que dan cuenta de su singularidad en número o calidad[11], o, finalmente, por la sinergia de los impactos ambientales adversos que la suma de sus partes genere. En fin, a partir de los antecedentes que obren en el expediente, no será posible sostener que son un mayor número de proyectos o proyectos diferentes.

85. El segundo elemento del tipo, dice relación con el objetivo del fraccionamiento que de acuerdo al texto de la norma debe ser "variar el instrumento de evaluación o eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", por lo que esta circunstancia no ocurrirá si aun fraccionándose un proyecto, este no es idóneo para generar una de estas consecuencias.

86. Finalmente, el elemento volitivo entendido como intencionalidad está incorporado como parte del tipo infraccional, a diferencia del resto de infracciones de competencia de esta Superintendencia. En efecto, habitualmente para la comisión de infracciones administrativas ambientales, no se requiere como elemento de la infracción administrativa la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo más allá de la culpa infraccional o mera negligencia[12]. Sin embargo, en el caso del artículo 11 bis, al reprochar especialmente las conductas descritas, exige a su vez este mayor estándar para entender que se configura el supuesto de hecho, y por ello el legislador entiende que únicamente se estará bajo esta

---

[10] No se considerará, por tanto, la otra conducta típica contenida en la norma, esto es, el fraccionamiento de proyectos con el objeto de variar el instrumento de evaluación, hipótesis que ocurre en el caso que se presente una Declaración de Impacto Ambiental, debiendo presentarse un Estudio, en conformidad con el artículo 11 de la Ley N° 19.300.

[11] Real Academia de la Lengua Española. Consultado en <http://dle.rae.es/?id=b51Jdfm>

[12] Al respecto, la doctrina española se ha pronunciado, señalando que "*En el Código Penal la regla es la exigencia de dolo de tal manera que sólo en supuestos excepcionales y además tasados, pueden cometerse delitos por mera imprudencia (art. 12). En el Derecho Administrativo Sancionador la situación es completamente distinta puesto que por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción*". En NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador". 4ª Edición. Ed. Tecnos, 2008, p. 391.

hipótesis –y se configurará la infracción- en el caso que la acción sea realizada con ese ánimo especial que constituye el fundamento para la imposición de la sanción.

87. Finalmente, en relación a la acción de "fraccionar", se señala en este acápite que ella no requiere necesariamente la ejecución de obras materiales para que el hecho pueda subsumirse en el tipo infraccional y en la hipótesis que contiene, no obstante, como se verá, en el presente caso se da una alteración a componentes ambientales que implicaron una afectación ocasionada por el proyecto, lo que en todo caso será analizado para efectos de modular la sanción que corresponda aplicar.

88. Pues bien, a continuación, se tratará la configuración del fraccionamiento, así entendido, para este caso particular, revisando cada uno de los elementos del tipo infraccional al tiempo que se abarcan las alegaciones efectuadas por Inmobiliaria Macul que buscan desvirtuar la infracción.

**C. <u>Análisis del primer elemento: La unidad del proyecto inmobiliario de Inmobiliaria Macul y su fraccionamiento.</u>**

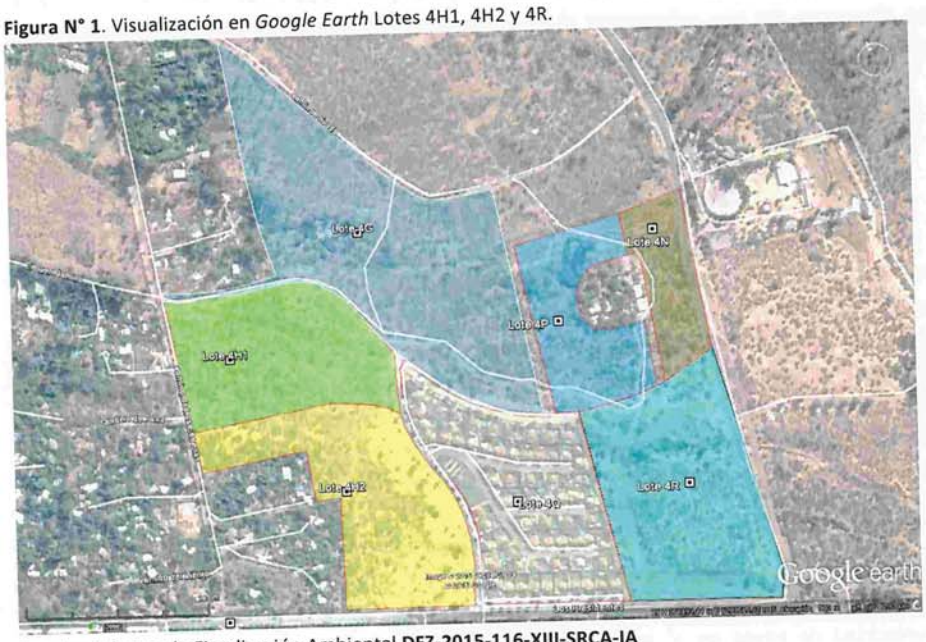
89. Como ya se enunció en la hipótesis de fraccionamiento, existe una unidad de proyecto que es fraccionada. Esta unidad de proyecto puede evidenciarse al analizar elementos como los siguientes: la relación o interdependencia que presenta las partes del proyecto entre sí; el hecho de compartir estructuras físicas o territoriales; la temporalidad de su ejecución; la tramitación conjunta o asociada que se ha realizado de algunas de sus partes; y presentar impactos sinérgicos o conjuntos. Dependiendo del caso concreto, algunos de estos elementos indiciarios -u otros- pueden estar presentes, dando cuenta de que las partes fraccionadas no son más que secciones de un proyecto mayor.

90. En relación a la configuración del fraccionamiento en el presente caso, la empresa ha señalado que hay un desarrollo diferenciado de los proyectos en cada lote, dado que la venta de estas casas estaría supeditada a la demanda y velocidad de venta en el sector. Así, señala que *"(...) No lógica alguna* [SIC] *en que un desarrollador inmobiliario con un mínimo de prudencia y de experiencia esté dispuesto a emprender el desarrollo conjunto de proyectos como los de los lotes en cuestión. Algo de esta envergadura, en las condiciones históricas y menos en las actuales, sólo puede emprenderse a través de proyectos distintos, en tiempos distintos"*. Asimismo, indica que no hay fraccionamiento ya que *"(...) Se trata de proyectos diferentes, cada uno de los cuales asociados a sus respectivos roles de propiedad y proyectados con independencia funcional y económica uno de los otros"*. Finalmente, descarta que exista una intención elusiva, por cuanto señala que cada proyecto de cada lote no tiene la obligación de someterse al SEIA, y por tanto, descarta que concurra un elemento subjetivo requerido para esta infracción, para lo cual indica que *"La acreditación de la intencionalidad es un elementos esenciales* [SIC] *del tipo infraccional, cuya prueba es carga del acusador y en este caso no existe prueba alguna del mismo"* (...) *"A mayor abundamiento, la circunstancia de que hasta octubre de 2014 se pudieran construir proyectos inmobiliarios de cualquier extensión en la zona R7 de la comuna de Peñalolén, sin que fuera necesaria evaluación alguna, hace que la finalidad elusiva resulte simplemente sin fundamento en la existencia de una norma que estableciera una prescripción de conducta en tal sentido a la fecha"*.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
Jefa División de Sanción y Cumplimiento

91. En cuanto a la unidad de proyecto y la concurrencia del fraccionamiento, en relación a las alegaciones de la empresa, se debe considerar como primer antecedente de contexto el que se refiere a la **titularidad de los predios involucrados y su relación física o territorial**. En este sentido, se encuentra acreditado en el presente procedimiento sancionatorio que los lotes 4H1, 4H2 y 4R nacen producto de la subdivisión del lote 4 Antupirén Alto, lo cual se verifica a partir de la Resolución de Aprobación de Proyecto de Loteo y/o División Afecta y/o Permiso de Urbanización N° 1.007 /05, de 15 de mayo de 2005, respecto del Lote 4 Antupirén Alto, otorgada a Urbanizadora Antupirén S.A. En consecuencia, y tal como se puede observar de la siguiente figura, los lotes 4H1 y 4H2 son contiguos, no existiendo delimitación física entre ambos, y por su parte, el lote 4R es parte de la misma subdivisión.

**Figura N° 1**. Visualización en *Google Earth* Lotes 4H1, 4H2 y 4R.




**Fuente**: Informe de Fiscalización Ambiental **DFZ-2015-116-XIII-SRCA-IA**

92. En segundo lugar, los lotes 4H1, 4H2 y 4R se presentan como propiedad de un mismo dueño, esto es, Inmobiliaria Macul, según se da cuenta en cada uno de las resoluciones y solicitudes de permisos de edificación que constan en el presente procedimiento y que están detalladas previamente en este Dictamen.

93. Respecto a la **temporalidad de su tramitación y ejecución material**, particular relevancia reviste la existencia de un solo Plan de Manejo de Corta y Reforestación de Bosque para Ejecutar Obras Civiles ("Plan de Manejo") para los 3 lotes. En efecto, la solicitud relativa a la Ley N° 20.283, de fecha 25 de marzo de 2014, fue ingresada a CONAF por parte de Inmobiliaria Macul, para los predios 4H1, 4H2, 4R, A-2, A2-2 y B, sectorizados en rodales. Luego, y acorde a lo solicitado, se emitió por parte de CONAF la Resolución de Aprobación 38/24-20/14, de fecha 6 de junio de 2014, que individualiza los predios de corta 4H1, 4H2 y 4R, y los predios de reforestación A2-1, A2-2 y B, todos sectorizados en rodales, aprobándose en definitiva para una superficie total de 11,919 hectáreas debiéndose reforestar

en proporción 1:1, con una densidad de 625 especies por hectárea, con las especies de quillay, espino, maitén, litre y peumo. Más adelante, el 3 de enero de 2016, Inmobiliaria Macul ingresa a CONAF el documento "Carta de Postergación N° 2S/13-20/15-2", que informa un aplazamiento de las actividades de corta ya aprobadas por el Plan de Manejo, conforme el artículo 12 de la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. Finalmente, el 4 de marzo de 2016, por medio de otra presentación a CONAF se dio Aviso de Ejecución de Faenas para los sitios 4H1, 4H2 y 4R.

94. Por tanto, como puede apreciarse, desde un principio las solicitudes, avisos y las autorizaciones otorgadas fueron para los 3 lotes en cuestión, tramitándose todo conjuntamente, estando los 3 paños rodalizados para la corta y la revegetación. No obstante, en relación a esta última circunstancia, se debe señalar que el Plan de manejo está diseñado de manera que logra una equivalencia 1:1 en relación a las 11,919 hectáreas, sólo si es ejecutado completamente, es decir ejecutándose la corta de *todos* los rodales (14) presentes en los tres lotes, y la respectiva reforestación en *todos* los rodales para ello (15), el detalle es el siguiente:

**Tabla N° 1:** Rodalización para corta Plan de Manejo Inmobiliaria Macul.

| Lotes proyecto Inmobiliaria Macul | Rodales Corta | Superficie (hás) |
|---|---|---|
| 4H1 (1) | ZC-01a | 1,452 |
| | ZC-02a | 2,024 |
| 4H2 (2) | ZC-01b | 0,671 |
| | ZC-02b | 1,843 |
| | ZC-03 | 1,335 |
| | ZC-04 | 0,016 |
| | ZC-05 | 0,026 |
| | ZC-06 | 0,009 |
| | ZC-07 | 0,010 |
| 4R (3) | ZC-08 | 0,005 |
| | ZC-09 | 0,013 |
| | ZC-10 | 0,127 |
| | ZC-11 | 2,759 |
| | ZC-12 | 1,629 |
| Total | | 11,919 |

**Fuente:** Elaboración DSC, SMA.

**Tabla N° 2:** Rodalización para reforestación Plan de Manejo Inmobiliaria Macul.

| Lotes Reforestación | Rodales Reforestación | Superficie (hás) |
|---|---|---|
| A2-2 (5( | ZR-01 | 2,042 |
| | ZR-02 | 1,693 |
| | ZR-03 | 0,798 |
| | ZR-04 | 0,259 |
| | ZR-05 | 0,949 |
| | ZR-06 | 0,153 |
| | ZR-07a | 0,748 |
| | ZR-07b | 0,077 |
| | ZR-08 | 0,491 |
| B (6) | ZR-09 | 1,103 |
| | ZR-10 | 1,151 |
| | ZR-11 | 0,276 |

| | | |
|---|---|---|
| | ZR-12 | 0,713 |
| A2-1 (4) | ZR-13 | 1,088 |
| | ZR-14 | 0,378 |
| Total | | 11,919 |

**Fuente:** Elaboración DSC, SMA.

95. Como se puede apreciar de las tablas presentadas, no existe una correspondencia exacta entre los rodales de corta asociados a cada paño (4R, 4H1 y 4H2) y los de reforestación, de manera que para ejecutar el Plan de forma eficaz y completa, la equivalencia exacta se lograría una vez ejecutado de forma completa el Plan, lo que incluye necesariamente la corta de los tres lotes, no siendo posible, por ejemplo, sólo cortar uno de los lotes.

96. En este sentido, y en relación a la alegación de la empresa relativa a que el proyecto sería ejecutado por etapas, se señala que esta ejecución por partes no podría haber sido efectiva según la ejecución del Plan de Manejo, que exige para su éxito ejecutarse de forma completa.

97. En conclusión, estos antecedentes en conjunto, reflejan que la empresa tenía un único proyecto diseñado y se disponía a cortar una superficie en más de 11 hectáreas para ejecutar obras civiles en los lotes 4R, 4H1 y 4H2.

98. El mismo razonamiento es aplicable frente al antecedente del Certificado de Factibilidad de Agua Potable y Alcantarillado de aguas servidas para los lotes 4H1, 4H2 y 4R, por cuanto se solicitó dicha autorización en la misma fecha (11 de noviembre de 2014), para los tres lotes, tal como lo señala cada certificado que finalmente fue emitido. Luego, también los tres certificados fueron emitidos en la misma fecha, esto es, el 1 de diciembre de 2014, correspondiendo el Certificado de Aguas Andinas N° 8758 para el lote 4R, el Certificado N° 8757 para el lote 4H2 y el Certificado N° 8759 para el lote 4H1.

99. En consecuencia, de estos antecedentes indiciarios, es posible sostener que para los tres lotes, tanto las solicitudes como los Certificados emitidos de Factibilidad de Agua Potable y Alcantarillado, tienen la misma fecha, lo que da cuenta de una tramitación simultánea y no diferida en el tiempo, que a su vez se condice con la existencia de un solo proyecto fraccionado.

100. Otro antecedente que confirma la unidad de proyecto, es el inicio de la **construcción simultánea del proyecto**, lo cual fue verificado por esta Superintendencia y que además se confirma por otros antecedentes a los cuales se ha accedido en el presente procedimiento.

101. En efecto, si nos referimos a lo detectado con ocasión de inspecciones ambientales, el hecho material de haberse comenzado la construcción de forma simultánea se verificó para dos de los lotes, esto es, el lote 4R y 4H2. Así entonces, haciendo una relación de todo lo constatado en terreno en las cuatro oportunidades en que se fue a fiscalizar el proyecto, se tiene que en la primera inspección efectuada el 31 de agosto de 2015, no se constató el inicio de construcción para ninguno de los tres lotes. Luego, en la segunda inspección acontecida

el 25 de mayo de 2016, se observaron "*Movimientos de tierra, corta de árboles y especies arbustivas en los lotes 4H2 y 4R, y presumiblemente 4H1*", al tiempo que se constató que en la esquina de las calles Camino El Portal con Los Presidentes había una retroexcavadora detenida. Posteriormente, con fecha 18 de julio de 2016, se realizó una tercera actividad de inspección ambiental donde se verificó lo siguiente: "*1) Se observa maquinaria retroexcavadora realizando movimiento de tierra y cargando camión tolva en lote 4R. 2) Se observa terreno despejado con remoción de vegetación y habilitación de caminos interiores. 3) Al momento de la inspección se observan 2 camiones tolva adicionales estacionados. 4) En lote 4H2 no se observa ningún tipo de faena, se aprecia portón cerrado con candado*". Finalmente, el 23 de septiembre de 2016, se efectuó una cuarta y última actividad de inspección ambiental por parte de funcionarios de CONAF y de la SMA, ocasión en la cual en el predio 4H2 se constató la "*construcción de caminos, sitios con acumulación de rocas, corta y descepado de vegetación*", identificándose la corta de individuos de espino y eucalipto y, "*en general, obras de despeje de terreno para preparación de una construcción*", tal como señala el acta respectiva.

102. Adicionalmente a estos antecedentes que dan cuenta de la unidad de proyecto y del fraccionamiento, toda vez que constituyen indicios de que el inicio de obras de construcción para los lotes sería simultánea, figuran en el expediente administrativo dos cartas emitida por Inmobiliaria Macul que dan aviso del inicio de obras de edificación y urbanización a la Dirección de Obras Municipales de Peñalolén, para los lotes 4R y 4H2. Las cartas son de fecha 1 y 22 de marzo de 2016, respectivamente, e indican lo siguiente:

> "*Por medio de la presente informo a esta Dirección de Obras Municipales que se han iniciado los trabajos correspondientes a las obras de Edificación y Urbanización proyectadas y aprobadas para el Lote 4R, de Las Pircas, ubicado en Av. Los Presidentes N° 11.740*"; y "*Por medio de la presente informo a esta Dirección de Obras Municipales que se han iniciado los trabajos correspondientes a las obras de Edificación y Urbanización proyectadas y aprobadas para el Lote 4H2, de Las Pircas, ubicado en Av. Los Presidentes N° 11.100*".

103. En consecuencia, de las inspecciones ambientales efectuadas en terreno, y de estos antecedentes de los avisos de inicio de obras de edificación y urbanización, se constató que se habían iniciado obras de construcción simultáneas.

104. No obstante, cabe mencionar, en relación a la construcción simultánea de los lotes, que si bien en el lote 4H1 no se constató de manera ocular la ejecución de obras materiales en su interior en las inspecciones ambientales ni tampoco figura una carta de aviso a la DOM, sí se constató que no existe una delimitación física respecto del lote 4H2, y se confirmó posteriormente su afectación en cuanto a corta de vegetación, por medio de imágenes satelitales contrastadas con la información proporcionada por CONAF relativa a la ejecución del Plan de Manejo[13].

[13] Véase el análisis efectuado por la SMA a efectos de determinar la aplicación de la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, en el componente de afectación.

105. En consecuencia, el inicio de faenas de construcción de forma simultánea, con una correlativa afectación al componente vegetación por medio de actividades de despejes, movimientos de tierra y corta de especies arbustivas, se encuentra configurada para todos los lotes, ya sea por información constatada en inspecciones ambientales, o por análisis de información extraída de imágenes satélites contrastada con antecedentes técnicos de CONAF.

106. En relación a estas labores de construcción efectuadas en los predios, la empresa en sus descargos indica lo siguiente: "*Lo único que ha constatado la SMA en sus fiscalizaciones ha sido la esmerada y especial preocupación por los vecinos de los lotes 4H2 y 4R de parte de Inmobiliaria Macul, lo cual la llevó a desarrollar las labores de limpieza y cerramiento de los mismos, las cuales han sido erróneamente calificadas como "obras de construcción*".

107. Pues bien, debe desestimarse dicha alegación por cuanto lo verificado en terreno, relevado en las respectivas actas de fiscalización, revestidas de la presunción de veracidad indicada en el artículo 8 de la LO-SMA, da cuenta de "*remoción de vegetación*", "*despejes, movimientos de tierra y corta de especies arbustivas*", todas actividades que no se condicen con una labor de "limpieza de terreno", en términos sanitarios o comunitarios como pretenden indicar la Inmobiliaria, y que además se corresponden con actividades destinadas única e indefectiblemente a remover vegetación. En consecuencia, esta alegación que se relaciona con la naturaleza de las obras ejecutadas por Inmobiliaria Macul en los paños, debe ser descartada.

108. Por último, respecto a la **interacción y los efectos sinérgicos de las partes fraccionadas**, ya se ha indicado que las obras que se esperaba construir en los tres predios correspondían al mismo tipo de obras, esto es, viviendas, las cuales además, de acuerdo a los permisos de edificación presentados, serían del mismo diseño arquitectónico. Además, como se verificó en terreno, no existía una delimitación física entre los predios 4H1 y 4H2. Junto con ello, en lo proyectado se pueden identificar impactos sinérgicos y acumulativos derivados de lo proyectado en cada uno de los lotes, tanto en su fase construcción como en su proyectada fase de operación. La fase de construcción del proyecto en los tres lotes, es simultánea, tal como se indicó precedentemente, lo que además generaría, razonablemente, un impacto en la calidad del aire, que eventualmente haría necesario la elaboración de un Plan de Compensación de Emisiones, como es habitual en la mayoría de los proyectos inmobiliarios. Asimismo, generaría un eventual impacto por ruidos generados por las faenas de construcción y un eventual impacto asociado al flujo de camiones y maquinaria de construcción. Finalmente, y también como ya se indicó, ante la corta de vegetación, habría una falta de consideración de observaciones técnicas de otros organismos que dentro de sus competencias pudieran haber efectuado al proyecto, tales como el Servicio Agrícola y Ganadero y la Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente, por ejemplo, ante una eventual afectación a otros organismos del bosque esclerófilo donde se emplaza el proyecto, o la necesidad de relocalización de fauna. Todos estos aspectos en definitiva se desconocen, por cuanto estos organismos no han podido ejercer sus competencias en el marco de una evaluación ambiental.

109. Por otra parte, el proyecto contempla un total de 244 viviendas, y 292 estacionamientos, lo que genera la condición para presentar un Estudio de

Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano ("EISTU"), de acuerdo al artículo 2.3.4 de la O.G.U.C. Luego, y relacionado con la exigencia de contar con un EISTU, se debe considerar la interacción de todo el proyecto en relación al impacto vial para la fase de operación, ya que tendría necesariamente un sistema vial integrado, compartiéndose la vía "Avenida Los Presidentes" de forma directa para los lotes 4R y 4H2, que comparten físicamente esta vía dada la ubicación y entrada de los predios, y de forma indirecta para el lote 4H1, que si bien no comparte la vía, para su acceso por la vía "Camino El Puntal" se requiere de igual forma hacer uso de ella.

110. La anterior información se desprende de los antecedentes entregados por la empresa en la inspección ambiental de fecha 23 de septiembre de 2016, y que se presenta en la siguiente figura:

**Figura N° 2:** Interacciones en materia vial del proyecto.


**Fuente:** Elaboración DSC, SMA.

111. En consecuencia, se ha acreditado que lo desarrollado por Inmobiliaria Macul corresponde a un solo proyecto que se extiende en los tres predios: 4H1, 4H2 y 4R. Esto se encuentra acreditado por la identificación de la titularidad de los predios, el origen de su subdivisión; la relación física y territorial de sus partes, la temporalidad de su ejecución física y su tramitación administrativa; y la interrelación y efectos sinérgicos de sus partes.

112. Pues bien, hasta aquí se ha descrito y confirmado la unidad del proyecto inmobiliario de Inmobiliaria Macul. Ahora, esta unidad de proyecto, sin embargo, no fue presentada a la autoridad como tal, sino que Inmobiliaria Macul procedió a fraccionarlo.

113. En efecto, el hecho de presentar las solicitudes de anteproyectos y permisos de edificación ante la Dirección de Obras de la Municipalidad de

Peñalolén por separado, es decir, un documento por cada lote, da cuenta de la acción de fraccionar, toda vez que ha quedado demostrado que en verdad es un único proyecto y lo que correspondía era obtener un permiso en materia de edificación, para el desarrollo del proyecto[14].

114. Luego, la conducta de fraccionar desplegada por Inmobiliaria Macul se ha mantenido en el tiempo, ya que en la presentación de los descargos o defensa de la empresa, ésta sigue afirmando que cada lote representa un proyecto inmobiliario singular, negando la existencia de un único proyecto.

115. Por tanto, en razón de lo expuesto, se encuentra acreditado sobre la base de los antecedentes que obran en el expediente, que el proyecto a desarrollarse por Inmobiliaria Macul en los lotes 4R, 4H1 y 4H2, es un solo proyecto que fue fraccionado.

**D. <u>Análisis segundo elemento: La idoneidad de la conducta para eludir el SEIA por parte de Inmobiliaria Macul</u>**

116. A continuación corresponde analizar el segundo elemento del tipo infraccional del fraccionamiento, esto es, que la ya determinada unidad de proyecto de Inmobiliaria Macul tiene la obligación de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y por tal motivo, que las conductas desplegadas por la empresa fueron idóneas para lograr el objetivo de la elusión a este sistema, por medio de dejar fuera de la evaluación ambiental su proyecto inmobiliario, que se comprende por todas las partes fraccionadas, en circunstancias que califica para ingresar conforme una tipología concreta.

117. Entonces, habiéndose determinado que se tiene un solo proyecto, la información que sustenta la imputación y la configuración de la infracción da cuenta que se trata de 13,8 hectáreas. En efecto, las resoluciones que aprueban los respectivos permisos de edificación dan cuenta de ello, siendo el detalle de estos documentos el siguiente:

**Tabla N° 3:** Superficies lotes 4H2; 4H2 y 4R proyecto inmobiliario de Inmobiliaria Macul.

| | | |
|---|---|---|
| Resolución N° 166/15 | Lote 4H2, | 4,6 hectáreas |
| La Resolución N° 164/15 a | Lote 4H1, d | 4,5 hectáreas |
| Resolución N° 118/15 | Lote 4R, | 4,7 hectáreas |
| Total | | 13,8 hectáreas |

**Fuente:** Elaboración DSC, SMA

118. Por tanto, en el presente caso se está bajo el supuesto de hecho descrito en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, y especificado en la letra h.1.3 del artículo 3 del actual reglamento del SEIA, que dispone lo siguiente:

> *"Artículo 3.- Tipos de proyectos o actividades. Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán*

[14] Para ver el detalle de las solicitudes y resoluciones otorgadas para cada lote, véase la Figura N° 3: "Línea de tiempo vigencia excepción en relación con permisos solicitados y otorgados por DOM Peñalolén".

*someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes (...)*

*h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas.*

*h.1. Se entenderá por proyectos inmobiliarios Decreto 63, aquellos loteos o conjuntos de viviendas que contemplen obras de edificación y/o urbanización, así como los proyectos destinados a equipamiento, y que presenten alguna de las siguientes características (...)*

*h.1.3. Que se emplacen en una superficie igual o superior a siete hectáreas (7 ha) o consulten la construcción de trescientas (300) o más viviendas".*

119. Pues bien, teniéndose acreditado que el proyecto inmobiliario en conjunto contempla una superficie superior a 7 hectáreas, se debe considerar que la Región Metropolitana de Santiago, donde se inserta la zona del proyecto de la comuna de Peñalolén, fue declarada zona saturada por ozono, material particulado respirable, partículas en suspensión y monóxido de carbono; y zona latente por dióxido de nitrógeno, mediante el D.S. N° 131, de 1996, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Por su parte, también fue declarada zona saturada por Material Particulado Fino Respirable MP 2,5, a través del D.S. N° 67, de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente.

120. Por tanto, se tiene por acreditado que el proyecto inmobiliario es de más de 7 hectáreas y que se emplaza en una zona declarada latente o saturada.

121. Adicionalmente, lo anterior se encuentra respaldado por la respuesta a la consulta de pertinencia de ingreso que dio el SEA, en su Ordinario N° 171586, ingresado a la SMA el 4 de enero de 2018, quien indica:

*"(...) i. El lugar donde se emplaza el proyecto inmobiliario de Inmobiliaria Macul S.A. es Peñalolén, comuna que se ubica dentro de la Región Metropolitana, declarada zona saturada por ozono, material particulado respirable, partículas en suspensión y monóxido de carbono, y por material particulado fino respirable MP 2,5; y zona latente por dióxido de nitrógeno.*

*ii. El proyecto inmobiliario de Inmobiliaria Macul S.A. a desarrollarse en los lotes 4HI, 4H2 y 4R de la comuna de Peñalolén puede ser considerado como una unidad y, en consecuencia, al sumar los tres lotes, abarca un área de más de 7 ha, en concreto, 13,8 ha.*

*Por lo tanto,* ***es posible concluir que con su fraccionamiento en tres sub proyectos, obteniendo tres superficies de menos de 7 ha, se elude el ingreso***

***al SEIA según lo mandatado por el literal h.l.3. del artículo 3° del RSEIA***" (énfasis añadido).

122. Además, en relación a la eventualidad que el proyecto pudiera ser de aquellos que se ejecutan por etapas, el organismo evaluador descarta dicha hipótesis, basada en la ejecución simultanea del proyecto, cuando señala que:

> *"Inmobiliaria Macul S.A. no ha acreditado que su proyecto se ejecutará por etapas. Al respecto, ni la Ley N° 19.300 ni el RSEIA definen qué debe entenderse por "etapas", por lo que el concepto debe ser analizado y ponderado caso a caso, dependiendo de las características particulares de cada proyecto. Sin perjuicio de ello, a la luz del Diccionario de la Real Academia Española, que define que la realización de una actividad por etapas debe entenderse como "gradualmente, por partes sucesivas", en el presente caso, el comienzo conjunto de las obras en los dos de los tres lotes que conforman el proyecto inmobiliario de Inmobiliaria Macul S.A. en la zona R7 de la comuna de Peñalolén, permite deducir que no será desarrollado de esa forma, sino que al mismo tiempo".*

123. Ahora, en el ejercicio de considerar cada uno de estos antecedentes por separado, como pretende el titular y como presentó su proyecto ante la instancia de la DOM, cada una de las partes fraccionadas, por sí misma, o individualmente considerada no ingresa a evaluación. En consecuencia, es claro que **la conducta de fraccionar –en estas partes más pequeñas que por sí mismas no tienen obligación de someterse al SEIA- un único proyecto que sí debe evaluarse ambientalmente, buscaba indefectiblemente eludir la evaluación y que dicha conducta en los hechos fue idónea.** Lo anterior es relevante pues podría haberse dado una hipótesis diversa en que ni aun la consideración conjunta de las partes fraccionadas daría como resultado estar frente alguna de las hipótesis de ingreso, y en ese caso, el fraccionamiento no se habría configurado, pues la conducta en este caso no habría sido idónea para eludir. Pero por el contrario, como ya se mencionó, en el presente caso las superficies de los lotes 4R, 4H2 y 4H1 en conjunto representan 13,8 hectáreas, por lo que es evidente que se está en la hipótesis de hecho de la norma que regula el ingreso al SEIA.

124. En consecuencia, siendo esta la realidad del proyecto –concretamente en cuanto a su superficie y su emplazamiento en la Región Metropolitana- versus la situación por separado de cada lote, es claro que en los hechos la conducta desplegada es idónea para eludir el SEIA, pues es el resultado de la presentación fragmentada de la información.

125. Adicionalmente, es de opinión de esta Fiscal Instructora que al haberse ejecutado la conducta en este caso, y de no haber mediado denuncias ciudadanas o el actuar de esta Superintendencia, hubiera resultado en la construcción completa de casas en los lotes 4R, 4H2 y 4H1, y en consecuencia, en el desarrollo del proyecto inmobiliario en su totalidad, con su probable venta al público, sin haber ingresado nunca al SEIA.

## E. Análisis en concreto tercer elemento: La intencionalidad en el fraccionamiento de Inmobiliaria Macul

126. El artículo 11 bis de la ley 19.300 prohíbe que se realice el fraccionamiento, a sabiendas, de un proyecto, con el objeto de eludir el SEIA o variar la vía de ingreso. El concepto "a sabiendas", hace alusión a un elemento subjetivo del tipo, consistente en que el infractor debe tener conciencia de cuál es el objetivo con el que se está realizando la conducta, es decir, actuar con intencionalidad respecto de la actividad que se realiza.

127. La exigencia de este elemento subjetivo es algo particular del tipo de fraccionamiento, en la medida en que las infracciones ambientales en materia administrativa normalmente no exigen para su configuración este elemento subjetivo especial, sino que basta con la mera culpa infraccional. Esto no significa que el actuar con intencionalidad sea indiferente, por el contrario, la LOSMA exige a la SMA que valore este elemento al momento de determinar la sanción específica que será aplicada al infractor. En este sentido, el artículo 40 letra e) de la LO-SMA establece que la SMA deberá valorar al momento de determinar las sanciones específicas en cada caso "la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma".

128. Es decir, la LOSMA no considera a la intencionalidad como un elemento para configurar la infracción, sino solo como un moderador de la magnitud de la sanción que debe ser aplicada. La Guía de Bases Metodológica de Determinación de las Sanciones Ambientales complementa este punto al indicar que "*Respecto al criterio de la intencionalidad, debe considerarse que, a diferencia de como ocurre en la legislación penal donde la regla general es que se exija dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el derecho administrativo sancionador, no exige la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo para configurar la infracción administrativa, más allá de la culpa infraccional. Una vez configurada la infracción, la intencionalidad permite ajustar la sanción específica a ser aplicada, en concordancia con el principio de culpabilidad*".

129. En consecuencia, dada las características especiales del tipo de fraccionamiento, corresponde que el elemento de la intencionalidad -actuar a sabiendas- sea valorado a propósito de la configuración de la infracción, y no de la sanción específica a ser aplicada. Para ello, se seguirán los mismos principios que la SMA considera al momento de valorar la circunstancia del art. 40 letra d) de la LOSMA, los cuales se encuentran desarrollados en la Guía de Bases Metodológica de Determinación de las Sanciones Ambientales.

130. Antes de efectuar este análisis debe tenerse en consideración que la intencionalidad o el actuar a sabiendas del infractor debe referirse a la conducta típica, en este caso, los elementos objetivos que componen el tipo han sido descritos más arriba, y son ellos los que deben enmarcar el análisis: i) El existir una unidad de proyecto, la cual fue fraccionada; y, ii) el que ese fraccionamiento es idóneo para eludir el SEIA o la variar la vía de ingreso al SEIA.

131. Debe tenerse en consideración también que, tal como se indica en la Guía de Bases Metodológica de Determinación de las Sanciones Ambientales,

en lo que se refiere a la intencionalidad, resulta particularmente relevante la prueba indirecta, principalmente la prueba indiciaria o circunstancial, ya que ella permite dar cuenta de las decisiones tomadas por el infractor y su adecuación con la normativa. En esta línea se debe valorar las características particulares del sujeto infractor y el alcance propio del instrumento de carácter ambiental respectivo.

132. Lo anterior se ajusta especialmente al tipo de fraccionamiento, ya que la conducta o la acción de "fraccionar" normalmente no es una acción que se agote en un solo acto de ejecución, sino que constituye una cadena de acciones que en definitiva presentan el proyecto en partes más pequeñas o separadas. Esta es la hipótesis que se dio en el presente caso, ya que el fraccionamiento del proyecto inmobiliario de Inmobiliaria Macul constituyó una secuencia de actos, declaraciones de voluntad y presentación de antecedentes, los cuales en su conjunto permiten sostener el fraccionamiento a sabiendas.

133. Al analizar la configuración del cargo lo primero que debe tenerse en cuenta es que, para efectos de la intencionalidad, Inmobiliaria Macul debe ser considerada un sujeto calificado puesto que su único giro, asociado al Rol Único Tributario que consta en este procedimiento, es el rubro inmobiliario, dedicándose en consecuencia a la construcción de proyectos inmobiliarios destinados para habitación, encontrándose, por tanto, en conocimiento de la exigencia normativa de que sus proyectos tengan que ingresar al SEIA en determinadas circunstancias (para el caso particular, abarcar más de 7 hectáreas).

134. La importancia de la calidad de sujeto calificado en los casos relacionados con el ingreso al SEIA y fraccionamiento, fue explícitamente reconocida en la discusión legislativa de la Ley N° 20.417, quedando plasmado en la Historia de la Ley, que "*Para probar esta circunstancia ["a sabiendas"] se usarán pruebas que dirán relación con el tipo de asesoría que ha recibido el infractor, la experiencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con lo cual se establecerá una presunción legal*"[15].

135. Específicamente en cuanto al elemento indiciario indicado en la Historia de la Ley, esta empresa tiene experiencia en el SEIA en relación a este tipo de proyectos, ya que con fecha 14 de julio de 2014, obtuvo la RCA que califica ambientalmente favorable el proyecto "Iglesia de Peñalolén", consistente en la construcción de una iglesia en el loteo A2-1 – Las Pircas –Res. Nº 184/1992, por calle Av. Quilín S/N, en una superficie de terreno de 10.042 $m^2$ y cuyo uso de suelo está definido como Área de Preservación Ecológica, según el Plan Regulador Metropolitano de Santiago 1994 (PRMS). La edificación contempla un piso de altura con una de capacidad para 400 personas, y una proyectada de 915,99 m2, contando además con estacionamientos y jardines.

136. A mayor abundamiento, la información pública disponible en internet, asociada a Inmobiliaria Macul, da cuenta que se trata de una empresa que tiene 18 años de experiencia, por lo que posee gran trayectoria en el rubro inmobiliario urbano de Santiago, destacándose por el desarrollo de proyectos habitacionales en sectores donde predomina un entorno natural[16]. Por tanto, la empresa posee otros proyectos de este tipo, los cuales,

[15] Historia de la Ley N° 20.417. Segundo Informe Comisión de Medio Ambiente, pp. 1533
[16] http://www.nic.cl/cgi-bin/get-fallo?f=lpircas-09098.pdf

contrastándose con la base de datos del SEIA, no habrían ingresado a evaluación ambiental ni tendrían consultas de pertinencia asociadas.

137. Así, y siguiendo el orden de las circunstancias enunciadas a propósito de la unicidad de proyecto, la subdivisión de los tres lotes a partir de un gran macrolote, al tiempo que los permisos de edificación están emitidos para un mismo dueño, puede ser considerado, en conjunto con los demás elementos indiciarios del caso, como una acción cuyo objetivo es presentar de manera separada, ante la instancia de la Dirección de Obras Municipales, una realidad que en verdad corresponde a un solo proyecto, y que se estaba en conocimiento de ello.

138. Por lo demás, Inmobiliaria Macul no puede sostener que no fue una decisión deliberada el presentar a la autoridad de manera fraccionada dicho proyecto, ya que en sus propios descargos la empresa ha reconocido que esto fue una decisión que se adoptó conscientemente. La justificación que da para ello es que se trataría de proyectos diferentes, que se pretendían desarrollar separados en el tiempo, dependiendo de la demanda. Sin embargo, previamente en este Dictamen se ha descartado que esto haya sido así, dando cuenta de que la ejecución material de las tres fracciones del proyecto comenzaron de manera simultánea. Por lo tanto, la presentación a la autoridad de proyectos diferentes –reconocida como deliberada por la empresa- no puede deberse al motivo que Inmobiliaria Macul enuncia.

139. Por otro lado la empresa ha señalado también en sus descargos que no podría existir la intencionalidad, debido a que *"no existía obligación alguna de parte de Inmobiliaria Macul de someter el mismo al SEIA conforme al Reglamento vigente hasta el 6 de octubre de 2014"*. Esta justificación nuevamente debe ser rechazada, ya que, como se ha dado cuenta, existieron presentaciones posteriores a dicha fecha en la cual la empresa continúo presentando el proyecto ante la autoridad de manera fraccionada. Estas presentaciones implicaron ampliar el proyecto que previamente había sido presentado a la DOM. Pero más importante aún, comenzó la ejecución material de las fracciones del proyecto mucho después de que la excepción de ingreso al SEIA fue derogada.

140. En consecuencia, Inmobiliaria Macul no niega que optó deliberadamente por presentar a la autoridad el proyecto fraccionado, sino que justifica esta decisión con argumentos que han sido descartados con la prueba reunida durante el procedimiento sancionatorio.

141. Por tanto, los antecedentes hasta aquí señalados, en conjunto con los antecedentes que confirman la unidad de proyecto, sustentan el hecho que Inmobiliaria Macul, en razón de su comportamiento y actuar, que da cuenta de una planificación y organización de la información de una determinada manera, no podía sino saber que estaba presentando a la autoridad fracciones de un único proyecto, en circunstancias que es sólo uno y que conocía la unidad de este proyecto, y que a través de ese fraccionamiento se estaba eludiendo el SEIA. Sobre este punto, particular relevancia reviste lo indicado sobre la experiencia previa del titular en el rubro inmobiliario, y en la tramitación en el SEIA.

### F. Sobre el Reglamento del SEIA vigente a la época de la comisión de la infracción y sobre el momento de la comisión de la infracción

141. Habiéndose establecido que los hechos y antecedentes del caso indican que el proyecto inmobiliario a desarrollarse en los lotes 4R, 4H1 y 4H2 es uno solo, y habiéndose establecido que se empezó a ejecutar el proyecto de forma simultánea, corresponde ahora detenerse en alegaciones de carácter jurídico realizadas por Inmobiliaria Macul. Una de estas alegaciones dice relación con el reglamento del SEIA vigente a la época de comisión de la infracción, que en definitiva determina la obligatoriedad de someterse al sistema. En otras palabras, a continuación se determinarán las obligaciones que debía cumplir Inmobiliaria Macul, en relación a su ingreso al SEIA, conforme una perspectiva temporal de ejecución de la conducta, y se determinará el momento a partir del cual se debe entender que se dio inicio a la conducta del fraccionamiento, la que además, como ya se indicó, es una secuencia de actos que no se agota en una sola conducta.

142. En este sentido, la empresa señala que es la fecha de la ***solicitud*** de los permisos la que se debe considerar para efectos de determinar la obligación de someterse al sistema. Así, indica que *"Es esa fecha la que debe considerarse para efectos de determinar la normativa aplicable y conforme a la cual debe ser juzgada Inmobiliaria Macul (...) En efecto, cabe consignar que el permiso de edificación para el lote 4R es de 9 de marzo de 2013; que el permiso de edificación para el lote 4H2 es de 30 de mayo de 2013; y que el permiso de edificación para el lote 4H1 es de 25 de abril de 2014"*. En definitiva, la empresa señala que, *"No existía obligación alguna de parte de Inmobiliaria Macul de someter el mismo al SEIA conforme al Reglamento vigente hasta el 6 de octubre de 2014, fecha en la cual se modificó dicho reglamento y se eliminó la excepción en comento al ingreso al SEIA"*.

143. Inmobiliaria Macul en esta alegación hace alusión a una excepción que contemplaba el Reglamento del SEIA, establecido por medio del Decreto N° 40, de 30 de octubre de 2012, el cual estuvo vigente entre el 24 de diciembre de 2013 y el 6 de octubre de 2014[17]. Esta excepción disponía lo siguiente:

> *h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas.*
>
> *h.1. Se entenderá por proyectos inmobiliarios aquellos loteos o conjuntos de viviendas que contemplen obras de edificación y/o urbanización, así como los proyectos destinados a equipamiento, y que presenten alguna de las siguientes características (...)*
>
> *h.1.4. Que consulten la construcción de edificios de uso público con una capacidad para cinco mil (5.000) o más personas o con mil (1.000) o más estacionamientos.*

[17] Historia de la Ley N° 20.417. Segundo Informe Comisión de Medio Ambiente, pp. 1533
[17] Véase Archivo de la Biblioteca del Congreso Nacional https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1053563&tipoVersion=0 [consultado en línea el 26 de julio de 2017]

***Se exceptuarán dichos proyectos de su ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en aquellas zonas declaradas latentes o saturadas, que cuenten con un Plan de Prevención o Descontaminación vigente, dictado de acuerdo al artículo 44 de la Ley y se permita el desarrollo de proyectos inmobiliarios en un Instrumento de Planificación Territorial aprobado ambientalmente conforme a la Ley"*** (énfasis añadido).

144. Para los efectos del presente Dictamen, esta modificación en definitiva importa una excepción al ingreso al SEIA que tuvo una vigencia acotada entre el período del 24 de diciembre de 2013 y 6 de octubre de 2014, lo que además fue aclarado por el Servicio de Evaluación Ambiental, por medio del Ordinario N° 131949, de 23 de diciembre de 2013, al que Inmobiliaria Macul hace alusión en sus descargos. Este Ordinario precisa que el desarrollo de proyectos inmobiliarios debe estar *"permitido en un Instrumento de Planificación Territorial aprobado ambientalmente (...) los Instrumentos de Planificación Territorial son los siguientes: Plan Regional de Desarrollo Urbano, Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano, Plan Regulador Comunal, Plan Seccional y Límite Urbano. Cabe señalar que la expresión "aprobado ambientalmente" debe entenderse en términos amplios, de modo tal que comprenda tanto a los Instrumentos de Planificación Territorial evaluados y aprobados en el marco del Sistema de Evaluación Ambiental (conforme a lo indicado en el antiguo texto del artículo 10 letra h) de la Ley N° 19.300, previo a su modificación por la Ley N° 20.417, como a aquellos sometidos al procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica (...)"*. Particularmente en lo que respecta al inciso de la excepción, el SEA indica que *"La expresión "dichos proyectos" debe entenderse referida a los proyectos inmobiliarios en general, definidos en los términos señalados en la primera parte de la letra h.1 (...) El fundamento de la excepción obedece a la aplicación previa de otros instrumentos de gestión ambiental (normas de calidad, planes de prevención y descontaminación y evaluación ambiental estratégica)"*.

145. Cabe señalar que para Inmobiliaria Macul se configuraría esta circunstancia, toda vez que la comuna de Peñalolén cuenta con un Plan Regulador Comunal sometido a evaluación ambiental, al haber obtenido la RCA N° 39/2001, que aprueba el proyecto "Modificación del Plan Regulador Comunal de Peñalolén, Ampliación del Límite Urbano".

146. En consecuencia, el alcance de esta excepción no es objeto de controversia, por lo que a continuación se establecerá si los actos solicitados y emitidos a la DOM de Peñalolén, se encuentran en la situación fáctica que Inmobiliaria Macul alega.

147. Por su parte, en el expediente administrativo obran copias de las ***primeras solicitudes de permisos de edificación, y solicitudes de modificación de permisos de edificación*** para cada lote, por lo tanto se debe distinguir entre los documentos indicados en la siguiente tabla:

**Tabla N° 4:** Fechas Permisos y Resoluciones DOM Peñalolén para cada lote.

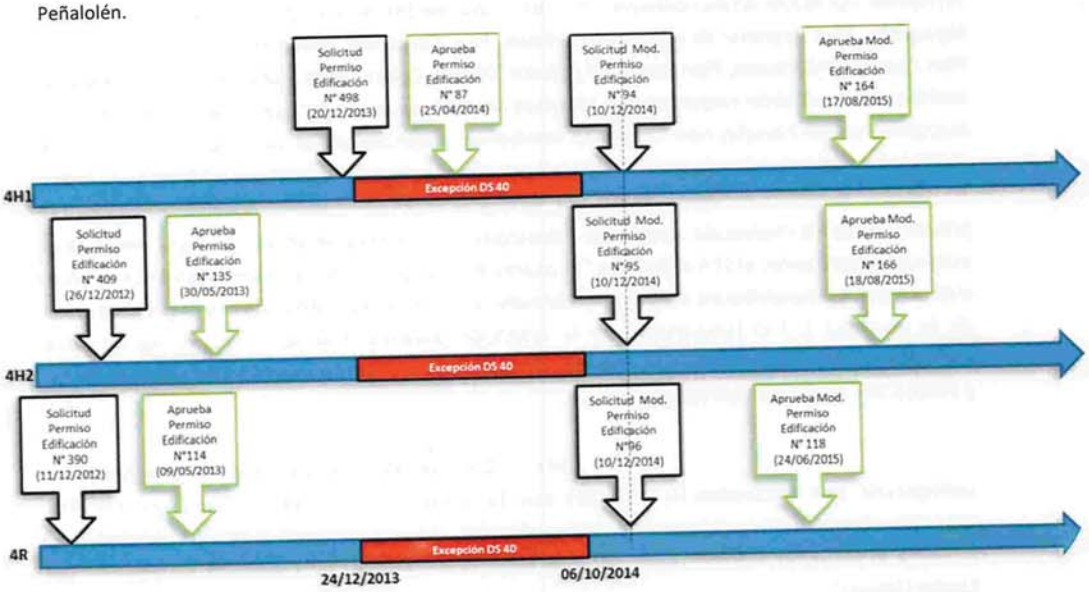
| | Lote 4H1 | Lote 4H2 | Lote 4R |
|---|---|---|---|

| | | | |
|---|---|---|---|
| Primera solicitud permiso edificación | Solicitud 498, de 20 de diciembre de 2013 | Solicitud 409, 26 de diciembre de 2012 | Solicitud 390, de 11 diciembre de 2012 |
| Primera Resolución Aprueba permiso edificación | Resolución 87, de 25 de abril de 2014 | Resolución 135, de 30 de mayo de 2013 | Resolución 114, de 9 de mayo de 2013 |
| Solicitud modificación permiso edificación | Solicitud 94, de 10 de diciembre de 2014 | Solicitud 95, de 10 de diciembre de 2014 | Solicitud 96, de 10 de diciembre de 2014 |
| Resolución Aprueba modificación permiso edificación | Resolución 164, de 17 de agosto de 2015 | Resolución 166, de 18 de agosto de 2015 | Resolución 118, de 24 de junio de 2015 |

**Fuente:** Elaboración DSC, SMA.

148. Para efectos de analizar lo señalado por la empresa, esto es que la ***solicitud*** de permisos de edificación se hizo bajo la vigencia de la excepción de la norma, se representa la siguiente figura que ubica cada uno de estos actos en una línea de tiempo:

**Figura N° 3:** Línea de tiempo vigencia excepción en relación con permisos solicitados y otorgados por DOM Peñalolén.




**Fuente:** Elaboración DSC, SMA.

149. En consecuencia, haciendo un silogismo simple de la fecha de los documentos solicitados y emitidos por la DOM de Peñalolén, en relación al período de vigencia de la excepción indicada, se tiene que la conducta infraccional se comenzó a ejecutar con las primeras solicitudes de los permisos, luego, durante un periodo estuvo vigente una excepción del reglamento, pero posteriormente, dicha excepción se derogó, por lo que se volvió a la situación anterior que en definitiva, torna antijurídica la conducta de fraccionar de este caso particular. En otras palabras, la conducta se comenzó a ejecutar en 2012 pero se mantuvo en ejecución, incluso renovándose los permisos, en un momento en que volvió a ser contrario a Derecho lo realizado.

150. En este contexto, se tiene que únicamente la Resolución N° 87 que aprueba el permiso de edificación para el lote 4H1, se dictó durante el rango de vigencia de la excepción, esto es, el 25 de abril de 2014. No obstante lo anterior, se debe considerar que para los tres lotes, se solicitaron nuevos permisos de edificación modificados, y que estos fueron otorgados nuevamente por la DOM, por lo que para cada lote existen dos resoluciones y dos solicitudes, tal como se aprecia de las tablas y figuras anteriores; una corresponde al permiso original y la otra al permiso modificado.

151. Por lo anteriormente indicado, se considerará que se inició el fraccionamiento con las primeras solicitudes de permisos, pero que este se mantuvo en el tiempo, conforme dan cuenta tanto las solicitudes como los permisos de edificación **modificados**, los cuales tienen una fecha que no está bajo la vigencia de la excepción, ya que son posteriores. En ese sentido, se debe además considerar que las modificaciones de permisos fueron solicitadas una vez que ya se conocía la obligación de ingreso al SEIA, y que además se conocía que hubo una excepción que posteriormente fue dejada sin efecto. Es particularmente relevante el término de la vigencia de esta excepción para el rubro inmobiliario, razón por la cual se estima que Inmobiliaria Macul estaba en conocimiento de todas las circunstancias aquí descritas.

152. Incluso más, es de suma relevancia indicar que posterior al término de la vigencia de la excepción -posterior al 6 de octubre de 2014-, hay diferentes hitos que permiten constatar el inicio de obras en relación al desarrollo del proyecto. En efecto, con fecha 1 y 22 de marzo de 2016, se dio aviso a la DOM de la comuna de Peñalolén que se iniciarían las obras de construcción para los lotes 4R y 4H2, respectivamente. Luego, con fecha 4 de marzo de 2016, se dio aviso del inicio de ejecución del Plan de Manejo a CONAF, y, finalmente, el 25 de mayo de 2016, en inspección ambiental, se verificó movimiento de tierra, corta de árboles y especies arbustivas, observándose maquinaria de construcción en el lugar.

153. Por tanto, en base a lo señalado precedentemente, malamente la empresa podría ampararse en la alegación de que actuó bajo el alero de una ley más favorable, en circunstancia que esta solo estuvo vigente durante un tiempo determinado, posterior al cual realizó diferentes acciones que dan cuenta del desarrollo del proyecto, desarrollo que fue hecho en 2016, es decir, 2 años después de que la excepción haya sido derogada.

154. Luego, preciso es señalar también, que las solicitudes de modificación de permisos, en los hechos, dan cuenta de una modificación del proyecto originalmente ideado, en tanto se aumenta el número de viviendas proyectadas (para el caso del Lote 4H2 se pasa de 41 a 80 viviendas; en el caso del Lote 4R de 53 a 83 viviendas; y para el caso del lote 4H1, de 52 a 81 viviendas), por lo que posterior al fin de la vigencia de la excepción (situación hipotéticamente más favorable), no solo modificaron el proyecto, sino que lo ampliaron en estos términos, lo que indudablemente genera una mayor carga ambiental que debía evaluarse. Para verificar lo anterior, basta remitirse a la "Nota" indicada en cada una de estas solicitudes, donde el Director de Obras de Peñalolén revela tal situación.

155. A mayor abundamiento, el SEA se refiere sobre este particular en su respuesta contenida en el Oficio Ord. D.E. N° 171586, ya que indica lo

siguiente en relación a la excepción: *"una vez derogado este precepto, la obligación de los proyectos inmobiliarios de ingresar al SEIA si cumplen con los supuestos de la letra h.1. del artículo 3° del RSEIA, como norma de derecho público, comenzó a regir in actum. Así lo ha resuelto invariablemente la Contraloría General de la República en dictámenes N° 27.132, de 2001; N° 41.005, de 2002; N° 71.458, de 2009; N° 4.051, de 2010; N° 75.903, de 2014; y N° 58.037, de 2016, señalando expresamente en este último caso - recaído en una controversia similar a la presente- que* "las modificaciones experimentadas por la preceptiva ambiental-como sucede en el particular con la derogación de la excepción contenida en el inciso final de la letra h.1., del artículo 3°, del enunciado decreto N° 40, de 2012- resultan plenamente aplicables (...) al eventual proyecto o actividad que se pretende realizar".

156. Por tanto, lo anterior es del todo aplicable al razonamiento hasta aquí expuesto en relación a esta alegación, toda vez que las normas del Reglamento del SEIA constituyen normas de Derecho Público que rigen *in actum*, por tanto, los permisos modificados se entienden extendidos bajo el alero del Reglamento del SEIA sin la excepción.

**G. <u>Sobre la aplicación de la ley más favorable y la aplicación del artículo 37 de la LO-SMA</u>**

157. Relacionado con lo anterior, ya que también se debe hacer un análisis temporal de la ejecución de las conductas, están las alegaciones relacionadas con la aplicación de la ley más favorable y la aplicación del artículo 37 de la LO-SMA. Ambas alegaciones serán tratadas en conjunto a continuación.

158. Sobre este particular la empresa señala lo siguiente, *"Cabe agregar la plena vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal, salvo cuando ésta sea más favorable al acusado. Este principio constitucional resulta plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador"*. Asimismo señala que, *"En definitiva los desarrollos inmobiliarios de Inmobiliaria Macul en los lotes 4R, 4H1 y 4H2, se amparan en otra normativa, más beneficiosa, y cuya aplicación implica, necesariamente, la improcedencia de someter los mismos al SEIA, incluso si se los considerara como una unidad"*.

159. Para esta alegación, Inmobiliaria Macul hace alusión a la primera Resolución de archivo del caso Santiago Downtown, que para todos los efectos se considerará la Resolución Exenta DSC N° 568, de 9 de junio de 2017, emitida de forma posterior al pronunciamiento del Iltre. Segundo Tribunal Ambiental en causa ROL R-39-2014 y de la Corte Suprema en ROL 26672-2015. Este archivo y el caso en comento, no obstante, no es extrapolable al caso de Inmobiliaria Macul, por cuanto, aquel se trataba de un proyecto por etapas; que ya se encontraba ejecutado; que contaba con un pronunciamiento del SEA que indicó, el 25 de junio de 2014, que el proyecto inmobiliario Santiago Downtown no requeriría ingresar obligatoriamente al SEIA; y donde se recepcionaron definitivamente las obras por parte de la DOM de la Municipalidad de Santiago. En definitiva, la Resolución Exenta DSC N° 568, decide archivar nuevamente las denuncias, aplicando el principio de la ley más favorable, pero considerando las particularidades de dicho caso, indicado expresamente que *"con fecha 2 de septiembre de 2014, se recepcionaron de forma definitiva las obras del proyecto Santiago Downtown 4 y 7 por parte de la D.O.M. de Santiago, razón por la cual, existe una situación jurídica consolidada para*

*Inmobiliaria Alameda 2001 S.A a la que no le es aplicable el D.S. N° 63/2014, no solo por ser éste de fecha posterior al hito en cuestión, sino que también más gravoso que el Reglamento anterior. La seguridad jurídica, lleva entonces a impedir que la Administración cambie de improviso el criterio anterior y empeore la situación del regulado".*

160. En consecuencia, como ya se indicó precedentemente, al considerarse la sucesión de hechos consistentes en solicitudes y obtención de modificaciones de permisos ante la DOM de Peñalolén, y el inicio de corta de vegetación, entre otros complejos hechos que componen la conducta de fraccionar, se tiene que estos hechos comenzaron a ejecutarse y continuaron ejecutándose en un momento en que la legislación vigente, imponía la obligación de ingresar al SEIA, proyectos como el proyecto en cuestión. Adicionalmente, salvo una de las solicitudes, ningún acto se encuentra bajo el alero de la excepción de ingreso al SEIA, razón por la cual le es plenamente aplicable al proyecto el actual reglamento del SEIA, es decir, el que no contiene excepción de ingreso alguna para proyectos inmobiliarios que superen las 7 hectáreas que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas.

161. En el mismo sentido, se debe considerar la alegación relativa a la prescripción de los hechos en cuanto los permisos de edificación habrían sido solicitados en fechas anteriores a la entrada en competencia de este servicio. En efecto, señala lo siguiente *"la SMA sólo puede sostener que la supuesta infracción ocurre por ejecutar permisos de edificación o por solicitarlos, y, puesto que la propia SMA sostiene que no ha existido ejecución alguna de ninguna clase de obra en el lote 4H1, la única manera lógica de comprender su formulación de cargos consiste en entender que lo que constituiría esta supuesta infracción sería el hecho de haber solicitado separadamente permisos de construcción y sólo ese hecho. Así las cosas, puesto que ese hecho, tal como ya consta a la SMA, ocurrió antes de 3 años contados desde la formulación de cargos, operó plenamente la prescripción de conformidad a lo prescrito en el artículo 37 de la LOSMA".*

162. Con respecto a esta alegación nuevamente se sostiene que la conducta de fraccionar contenida en la hipótesis del artículo 11 bis, da cuenta de una sucesión de hechos complejos, y no de un único acto de ejecución. Considerando lo anterior, y para mayor claridad se señala que las siguientes conductas, ya esbozadas a lo largo de este dictamen, ocurrieron antes de 3 años considerando la fecha de la Reformulación de Cargos, esto es, 5 de diciembre de 2016.

**Tabla N° 5:** Acciones y fechas de la conducta de fraccionar.

| Acción que compone la conducta de fraccionar | Fecha |
|---|---|
| Solicitud modificación de permisos | 10 de diciembre de 2014 (4H1); 10 de diciembre de 2014 (4H2); 10 de diciembre de 2014 (4R) |
| Resoluciones permisos modificados | 17 de agosto de 2015 (4H1); 18 de agosto de 2015 (4H2); 24 de junio de 2015 (4R). |
| Aviso de corta para los 3 lotes a CONAF | 4 de marzo 2016 |
| Actividades materiales de corta | 25 de mayo de 2016, 18 de julio de 2016 y 23 de septiembre de 2016 (Inspecciones ambientales) |
| Inicio de construcción simultánea | 25 de mayo de 2016 (Inspección ambiental) |

| | |
|---|---|
| Aviso del inicio de obras de edificación y urbanización a la DOM de Peñalolén, para los lotes 4R y 4H2. | 1 y 22 de marzo 2016 |

**Fuente:** Elaboración DSC, SMA.

163. Por tanto, las conductas listadas anteriormente ocurrieron en en el tiempo en que la SMA se encontraba en pleno ejercicio de sus facultades y competencias, y como se dijo anteriormente, corresponde a una secuencia de conductas continuadas en el tiempo

164. Por tanto, la anterior alegación será rechazada.

### H. Determinación de la configuración de la infracción

165. En consecuencia, de todo lo señalado precedentemente, se ha verificado en el presente caso que se cuenta con todos los elementos del tipo infraccional del fraccionamiento, regulado en el artículo 11 bis de la ley N° 19.300. En efecto, a modo sintético se ha comprobado que concurre: (i) la unidad del proyecto fraccionado; (ii) la idoneidad de la conducta para eludir el SEIA; y (iii) que el fraccionamiento del proyecto se realizó a sabiendas.

166. Por tanto, y considerando los medios de prueba que constan en el procedimiento y atendidas las reglas de la sana crítica, se configura la infracción imputada en el presente caso.

## VIII. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

167. En este capítulo se detallará la gravedad de la infracción que en el capítulo anterior se determinó ha sido configurada. Para esto, se seguirá la clasificación que realiza el artículo 36 de la LO-SMA, el cual las divide en infracciones leves, graves y gravísimas, dependiendo su tipo, efectos y la reincidencia en su comisión.

168. En la Reformulación de Cargos, el hecho infraccional en que incurrió Inmobiliaria Macul S.A., fue identificado en la infracción establecida en el artículo 35, letra n) de la LO-SMA, y fue clasificada como grave, en virtud del numeral 2 letra d) del artículo 36 de la LO-SMA, que establece que son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número 1 del mismo artículo 36.

169. No obstante lo anterior, cabe hacer presente que la calificación de la gravedad efectuada en la Reformulación de Cargos es provisoria y queda sujeta a los antecedentes reunidos durante el proceso sancionatorio. En atención a esto último, no se ha aportado por Inmobiliaria Macul, ningún tipo de antecedente ni se ha efectuado alguna alegación en relación a la calificación de la infracción que se sostuvo en la Reformulación de Cargos.

170. De los antecedentes que obran en el expediente, resulta razonable para esta Fiscal Instructora mantener la calificación propuesta, puesto que, de una parte, en virtud de la otra posible clasificación aplicable a este tipo de infracción, no se ha logrado constatar que producto de la infracción se hayan producido alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de la Ley 19.300, lo que impide que la infracción se recalifique como gravísima en virtud del artículo 36 numeral 1 letra f) de la LO-SMA.

171. En efecto, debido a las actividades de corta y descepado de vegetación que se constataron y que se tienen por acreditadas, no se deriva un efecto adverso significativo sobre la cantidad y calidad de recursos naturales, en los términos de la letra b) del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Así, debido a la entidad de la corta efectuada[18], no es posible sostener que en la especie ha habido una afectación a la permanencia del recurso, a su disponibilidad, utilización y aprovechamiento racional a futuro, o que se haya alterado su capacidad de regeneración o se hayan alterado las condiciones que hacen posible su presencia, según lo señalado en el artículo 6 del Reglamento del SEIA.

172. No obstante lo anterior, no se ha desvirtuado la hipótesis inicial de que la infracción supone la ejecución de un proyecto del artículo 10 de la Ley N° 19.300, específicamente, un proyecto inmobiliario a ejecutarse en una zona latente o saturada, que contempla obras de edificación y/o urbanización que se emplace en una superficie igual o superior a 7 hectáreas, tal como señala el artículo 3 letra h.1.3) del Reglamento del SEIA. Lo anterior, por cuanto es claro que el proyecto, luego de las modificaciones a los respectivos permisos de edificación, contempla la construcción de 244 viviendas, respectivamente para los lotes 4H1, 4H2 y 4R, en una superficie de 13,8 has. Finalmente, los hechos objeto del presente procedimiento, no son encuadrables en ninguna de las otras situaciones descritas en el artículo 36, solo en la circunstancia detallada en la letra d) del numeral 2.

173. Es por lo expresado anteriormente, que se mantendrá la clasificación de la infracción de la Reformulación de Cargos, como grave en virtud del artículo 36 numeral 2, letra d) de la LO-SMA.

## IX. CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA APLICABLES AL PRESENTE PROCEDIMIENTO

174. El artículo 40 de la LO-SMA establece que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

> *"a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.*
> *b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.*
> *c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*

[18] Véase el análisis efectuado por la SMA a efectos de determinar la aplicación de la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, en el componente de afectación.

*d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*

*e) La conducta anterior del infractor.*

*f) La capacidad económica del infractor.*

*g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.*

*h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.*

*i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción".*

175. Para orientar la forma de ponderar estas circunstancias, con fecha 22 de enero de 2018, mediante la Resolución Exenta N° 85 de la Superintendencia del Medio Ambiente, se aprobó el documento "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización" ("Bases Metodológicas"), la que fue publicada en el Diario Oficial el 31 de enero de 2018.

176. En este documento, además de precisarse la forma de aplicación de cada una de las circunstancias del mencionado artículo 40, se indica que para la determinación de las sanciones pecuniarias que impone esta Superintendencia, se realiza una adición entre un primer componente, que representa el "beneficio económico derivado de la infracción", y una segunda variable, denominada "componente afectación", que representa el nivel de lesividad asociado a cada infracción.

177. El componente de afectación, a su vez, se encuentra basado en el "valor de seriedad" de la infracción, el cual considera la importancia o seriedad de la afectación que el incumplimiento ha generado y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, en su caso, y se ajusta de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución, considerando también el factor relativo a la capacidad económica.

178. Por tanto, a continuación, se procederá a ponderar cada una de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, siguiendo el orden de las Bases Metodológicas, con excepción de la circunstancia contenida en la letra g) de dicho artículo, en razón de que en el presente procedimiento se rechazó el Programa de Cumplimiento presentado, esta circunstancia no resulta aplicable, puesto que no se comenzó a ejecutar un Programa de Cumplimiento, ni se reinició el procedimiento a causa de su incumplimiento.

**A. <u>Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (artículo 40 letra c) de la LO-SMA).</u>**

179. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento, cuyo método de estimación se encuentra explicado en el documento Bases Metodológicas. De acuerdo a este método, el citado beneficio puede provenir ya sea de un

aumento en los ingresos, de una disminución en los costos, o de una combinación de ambos. En este sentido, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de los siguientes aspectos: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

180. Según se establece en las Bases Metodológicas, para la determinación del beneficio económico es necesario configurar, para cada una de las infracciones, el escenario de incumplimiento, el cual corresponde al escenario real con infracción, y contrastarlo con un escenario de cumplimiento, el que se configura en base a una situación hipotética en que la empresa cumplió oportunamente cada una de sus obligaciones. Lo anterior, a través de la identificación de las fechas reales o estimadas que definen a cada uno, así como los costos o ingresos involucrados, según corresponda. Para efectos de la estimación en este caso, se utilizó una fecha estimada de pago de multa al 3 de julio de 2018, el valor de la UTA al mes de junio de 2018 y una tasa de descuento de un 12,2%, estimada en base a información de referencia del rubro inmobiliario.

181. Cabe señalar que la empresa no hace alegaciones en relación a la circunstancia de beneficio económico en sus descargos, ni ha efectuado alguna otra presentación durante el procedimiento que pueda ponderarse en este apartado.

182. Para este análisis en el caso concreto, en un escenario de cumplimiento (situación hipotética sin infracción), el infractor debió haber obtenido una RCA que autorizara el proyecto antes de su inicio y, por lo tanto, haber incurrido en el costo de elaboración y tramitación de dicha autorización ambiental de manera oportuna. En relación a la forma de presentación del proyecto al SEIA, se considerará la carga que implica confeccionar y tramitar una DIA, en oposición a un EIA ya que se carecen de antecedentes para sostener la generación de alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, que implicarían el ingreso el SEIA por vía de un EIA, por lo que se asumirá el supuesto más conservador en beneficio del infractor. En relación a la fecha en la cual debió haber incurrido en el costo de elaboración y tramitación de la RCA, para efectos de la estimación del beneficio económico se considera lo siguiente: (i) El titular debió haber contado con la RCA, como máximo, el día 29 de abril de 2016, fecha en que es posible constatar el inicio de la corta efectiva de vegetación conjunta tanto en el lote 4H2, 4H1 y 4R. Dicha fecha se establece considerando la fecha más actual de entre los hitos que constituyen y configuraron el fraccionamiento, por lo que se estima que es un escenario en beneficio del infractor, puesto que se asumirá que en esta fecha y no antes tuvo que tener la RCA favorable. En dicha fecha, por lo tanto, se considera que debió incurrir en el costo de tramitación de la DIA; (ii) El titular debió incurrir en el costo de elaboración e ingreso de DIA al menos ocho meses antes de la obtención de la RCA, es decir, en el mes de agosto de 2015, el cual se estima como un tiempo razonable de tramitación de la DIA.

183. En relación al escenario de incumplimiento -situación real-, el infractor no ha incurrido, a la fecha, en costos asociados a ingresar al SEIA y obtener una autorización ambiental, por lo que se evaluará el beneficio económico como costos retrasados, es decir que si bien no se han ejecutado a la fecha sí podrían incurrirse en un futuro.

184. Para determinar la magnitud de los costos, se tomarán como referencia los costos informados en el Programa de Cumplimiento del procedimiento

ROL F-009-2015. Lo anterior, debido a que se carecen de antecedentes más específicos para a este caso en particular, acorde a la realidad del proyecto, ante lo cual esta Superintendencia debe utilizar la mejor información disponible y los supuestos que se consideren necesarios para ponderar adecuadamente la circunstancia del beneficio económico obtenido por motivo de la infracción.

185. En el anterior procedimiento, se comprometió en el marco del Programa de Cumplimiento, aprobado por Resolución Exenta N° 5/ROL F-009-2015, el ingreso al SEIA de una DIA, consistente en la elaboración, tramitación y obtención de una RCA de un proyecto inmobiliario a desarrollarse en una superficie total de 7,21 hectáreas y que contempla la construcción de 291[19] viviendas, proyecto que por ende ingresaba al SEIA en virtud del artículo 3 letra h.1.3) del Reglamento del SEIA. El costo informado para esta acción fue de 610 UTA y se desglosaba en lo siguiente: (i) Encargo a consultora de la elaboración de contenidos técnicos y formales del instrumento de ingreso; (ii) Realización de informes especializados sobre componentes ambientales a afectarse en un proyecto inmobiliario; (iii) Ingreso al SEIA; (iv) Tramitación ante el SEIA y elaboración de respuestas y complementaciones en las instancias y plazos correspondientes. Los aspectos señalados en los puntos (i), (ii) y (iii), que comprenden la elaboración e ingreso de la DIA, conllevan un costo de 470 UTA, en tanto que el punto (iv), referido a la tramitación de la misma, tiene asociado un costo de 140 UTA.

186. En atención a las circunstancias anteriormente expuestas, y en base al método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico obtenido por la infracción en este caso asciende a 6,8 UTA.

187. Por último, cabe indicar que en el presente caso no se generaron ingresos asociados a la actividad no autorizada y, por lo tanto, no se configura la obtención de ganancias ilícitas derivadas de la infracción.

188. En consecuencia, la presente circunstancia será considerada como un factor para la determinación de la sanción específica aplicable.

## B. Componente de Afectación

189. El componente de afectación será desarrollado en lo sucesivo como representación del nivel de lesividad asociado a la infracción, atendiendo a una serie de circunstancias aplicables al caso concreto y al infractor en particular.

### 1. Valor de Seriedad

190. El valor de seriedad se calcula a través de la determinación de la seriedad del hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente de acuerdo a la combinación del nivel de seriedad de los efectos de la infracción en el medio ambiente o la salud de las personas, y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar cada una de las circunstancias que constituyen este valor.

[19] Este caso que se tomará como referencia en el análisis efectuado, si bien da cuenta de menos superficie en el cual se ejecutaría el proyecto, contempla un número similar de viviendas.

a) **Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40, letra a) LO-SMA)**

191. La circunstancia correspondiente a la importancia del daño o del peligro ocasionado, tal como se indica en la Bases Metodológicas, se considerará en todos los casos en que se constaten elementos o circunstancias de hecho de tipo negativo -ya sea por afectaciones efectivamente ocurridas o peligros potenciales- sobre el medio ambiente o la salud de las personas.

192. En consecuencia, *"(...) la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño que, sin ser considerado por la SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción"*[20]. Por lo tanto, el examen de esta circunstancia debe hacerse para el cargo configurado, y no está reservado exclusivamente para aquél que constituya daño ambiental.

193. Ahora bien, cabe primeramente hacer presente que la expresión "importancia" alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción. Cuando hablamos de peligro, se está haciendo referencia a un peligro concreto, la cual se encuentra asociada a la necesidad de analizar el riesgo en cada caso, el cual se refiere a la probabilidad de ocurrencia de un efecto adverso sobre un receptor. La existencia de un daño, en cambio, se determina frente a la constatación de un menoscabo al medio ambiente o una afectación a la salud de las personas, sean o no significativos los efectos ocasionados.

194. Dicho lo anterior, se debe señalar que para los casos de elusión, dentro de los cuales se enmarca la hipótesis de fraccionamiento con el objeto de eludir el ingreso al SEIA indicada en el artículo 11 bis de la Ley N° 19.300, la infracción por sí misma genera un riesgo intrínseco en abstracto, consistente en que no se han evaluado debidamente los riesgos antes de ejecutarse un proyecto, acorde con el principio preventivo que inspira al SEIA, de manera que no se han podido establecer medidas que pudieran hacerse cargo de estos potenciales efectos una vez ya detectados[21]. Lo anterior es el fundamento que se ha sostenido en el presente procedimiento, tanto para imputar la infracción como para justificar las medidas provisionales de detención de obras de construcción, sin embargo, este riesgo debe señalarse y valorarse para el caso concreto[22], no pudiéndose considerar en esta circunstancia, el riesgo abstracto de la elusión. En este sentido de señala, que no se configura un ***peligro concreto*** en este caso, que haya podido afectar a algún receptor cercano.

195. No obstante, en este caso se detectó una ***afectación*** a un componente ambiental, ya que la empresa no sólo dio inicio a las faenas de construcción en los predios en los cuales pretende desarrollar el proyecto, particularmente en los predios 4H2 y 4R[23], sino que en la inspección de septiembre de 2016, se verificó una afectación material al componente ambiental flora y vegetación de la zona, materializado en la "corta y descepado de vegetación", en los términos del acta. No obstante, lo anterior no significa un daño

[20] Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-51-2014, considerando 116.
[21] Ilustre Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. Sentencia ROL R-15-2015, de 5 de febrero de 2016, considerando septuagésimo sexto.
[22] Ibídem considerando septuagésimo séptimo.
[23] Para el predio 4R, constatado en dos oportunidades, en la inspección de 18 de julio de 2016 y en la inspección de 25 de mayo de 2016, y para el lote 4H2 constatado en la inspección de 23 de septiembre de 2016.

que pueda catalogarse como "daño ambiental", por carecer de antecedentes necesarios para fundar su carácter de significativo.

196. Acorde lo anterior, se debe considerar que las obras realizadas en los lotes, específicamente en el lote 4R y 4H2, se encontraron en una etapa primaria de desarrollo, donde se realizaron obras de despeje de terreno, corta y descepado de vegetación, pero sin instalar estructuras concretas asociadas a una construcción, las que en todo caso fueron detenidas al mediar las medidas provisionales decretadas por esta Superintendencia del Medio Ambiente.

197. En este sentido, sólo se considerará para ponderar la importancia al daño o peligro ocasionado con motivo de la infracción, como un hecho material ya acaecido, la corta de vegetación de especies de la zona, espino y eucalipto, conforme fuera constatado en inspecciones ambientales. Para configurar lo anterior, y específicamente determinar la corta, se determinó la superficie intervenida en cada lote en base a un análisis temporal mediante los software Google Earth y ArcGIS 10.3, cotejando imágenes mediante fotointerpretación desde el 23 de febrero de 2016, hasta el 5 de enero de 2017, y contrastándolo con los rodales de corta establecidos en el Plan de Manejo de Corte y Reforestación aprobado por CONAF para el proyecto.

198. Del análisis realizado en base a la información disponible en estos software, cuyas imágenes se presentan más abajo, se observan las primeras intervenciones de vegetación el 26 de marzo de 2016 en el Lote 4R, luego, con fecha 29 de abril de 2016, es posible observar que estas actividades de corta también se extendieron al Lote 4H2. Adicionalmente, al analizar la imagen de fecha 2 de mayo de 2016, es posible constatar la extensión de las actividades de corta en el lote 4H2, e incluso se observan camiones tolva trabajando, lo que daría cuenta de la entidad de la intervención. Posteriormente, con fecha 20 de julio de 2016 se observa que la intervención afectaría a los rodales de corta del Lote 4H1. Finalmente, al analizar la imagen de fecha 5 de enero de 2017, es posible estimar una superficie de intervención de vegetación de aproximadamente 5,56 hectáreas entre los 3 lotes (4R, 4H1 y 4H2). En las imágenes a continuación, se resume el análisis realizado, en donde se observan en color verde los rodales de corta autorizados por CONAF y en verde oscurecido el área finalmente intervenida.

**Figura N° 4:** Afectación por corta en cada lote del proyecto.


**Fuente**: Elaboración propia DSC, SMA, en base a software Google Earth y ArcGIS 10.3.

199. En consecuencia, se estima que si bien las actividades realizadas se acotaron a la corta de espino y eucalipto, conforme da cuenta el acta de inspección de 23 de septiembre de 2016, despejes y remoción de vegetación, implicó de todas maneras un daño ocasionado al componente ambiental vegetación, concretizado en una intervención de 5,56 hectáreas, las que se realizaron al margen de la evaluación ambiental requerida para el proyecto.

200. Adicionalmente, se debe considerar como una circunstancia más respecto a esta afectación, que el sector donde se emplaza el proyecto

corresponde al sector Antupirén Alto, Zona R7 del Plan Regulador de la comuna de Peñalolén, zona que está gravada por riesgo de remoción en masa por la cercanía con la Quebrada Macul, según indica el artículo 11 del Decreto del Decreto N° 2100/1689, de 18 de abril de 2005, que Modifica y Amplía el Límite Urbano del Plan Regulador Comunal de Peñalolén, sector Antupirén Alto. Este aspecto fue relevado como una de las justificaciones, entre otras, para las medidas provisionales decretadas por el Superintendente y autorizadas por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Si bien lo anterior corresponde a un riesgo geofísico, y no le da el carácter de protección oficial a la zona, igualmente debe ponderarse en esta circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA, toda vez que da cuenta de una particularidad de la zona donde se efectuó la afectación por corta de vegetación, al margen del SEIA, y que en definitiva configura de una situación especial de riesgo por fenómenos naturales que deben ser tenidos a la vista por los desarrolladores de proyectos de edificación.

201. En efecto, desde el punto de vista ambiental debe considerarse en la sede de la evaluación del proyecto, que en una determinada zona gravada con este tipo de riesgos geofísicos, se despeje la vegetación para efectos de la construcción de un proyecto inmobiliario pues dicha actividad podría repercutir en la implementación de medidas específicas de protección a la población, debido a la pérdida de las barreras naturales existentes.

202. Por tanto, la circunstancia de la letra a) del artículo 40, entendida como afectación al componente vegetal, que constituiría una hipótesis de daño concreto, será considerada en el presente Dictamen.

**b) Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (artículo 40 letra b) de la LO-SMA)**

203. Al igual que la circunstancia de la letra a) de la LO-SMA, esta circunstancia se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida. Su concurrencia está determinada por la existencia de un número de personas cuya salud pudo haber sido afectada, debido a un riesgo que se haya ocasionado por la o las infracciones cometidas. Ahora bien, mientras en la letra a) se pondera la importancia del peligro concreto -riesgo- ocasionado por la infracción, la circunstancia de la letra b) de la LO-SMA introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra a).

204. Por tanto, este criterio permite examinar no sólo las afectaciones concretas y ciertas a la salud de la población producto de los hechos constitutivos de infracción, sino también el número potencial de personas afectadas. Esta tesis ha sido avalada por la Excma. Corte Suprema, la que ha señalado en sentencia de reemplazo, de fecha 4 de junio de 2015, que "*El texto de la norma, a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad de la afectación*"[24].

205. Si bien no se requiere probar la afectación para poder ponderar esta circunstancia, dado que en el presente caso la infracción es el fraccionamiento con el objeto de eludir el ingreso al SEIA, donde el principal efecto es que no se han evaluado los potenciales impactos del proyecto, pero a su vez este ha llegado a una etapa primaria de ejecución,

[24] Corte Suprema. Sentencia de reemplazo, causa Rol 25931-2014, 4 de junio de 2015.

no corresponde hacer un ejercicio de ponderación de estas afectaciones en relación al número de personas cuya salud pudo afectarse a causa de la infracción.

206. En efecto, como se dijo en el apartado anterior, el único hecho material acaecido como consecuencia de la infracción fue la corta de especies, y respecto de este hecho se estima que no tiene las características ni la aptitud para generar una posible afectación a la salud de la población cercana al lugar.

207. En consecuencia, se estima que esta circunstancia no se configura para el presente caso. Por tanto, esta circunstancia no será considerada para modular la sanción.

**c) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (artículo 40 h) de la LO-SMA)**

208. La presente circunstancia considera aquellas infracción que hayan generado un detrimento o vulneración en un área silvestre protegida del Estado ("ASPE"), es decir, áreas que han sido resguardadas con un objetivo específico de conservación. Por este motivo se justifica que su detrimento o vulneración sean considerados especialmente al momento de determinar el valor de seriedad de una infracción.

209. En el caso concreto, si bien se ha sostenido por parte de esta Superintendencia del Medio Ambiente, la importancia de la cercanía del proyecto a la Quebrada Macul, correspondiente a un ecosistema de bosque esclerófilo mediterráneo andino, esta no es un área de aquellas listadas como protegidas o áreas colocadas bajo protección oficial en el Ordinario 130.844/2013 del Servicio de Evaluación Ambiental, sino más bien corresponde a una Iniciativa de Conservación Privada, Código ICP-242 del Ministerio del Medio Ambiente. Por lo demás, el proyecto inmobiliario no se emplaza dentro de los límites de esta área.

210. Por lo anterior, esta circunstancia no será considerada para la determinación de la sanción aplicable en este caso.

**d) Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (artículo 40, letra i) de la LO-SMA).**

211. La vulneración al sistema jurídico de protección ambiental corresponde a una circunstancia invocada en virtud de la letra i) del artículo 40, que permite valorar la relevancia que un determinado incumplimiento ha significado para el sistema regulatorio ambiental, más allá de los efectos que la infracción ha podido generar. La valoración de esta circunstancia permite que la sanción cumpla adecuadamente su fin preventivo, y que se adecúe al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

212. Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la

manera en que ha sido incumplida. Al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se debe considerar aspectos como: el tipo de norma infringida, su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, su objetivo ambiental y las características propias del incumplimiento que se ha cometido a la norma. Dado que se trata de una circunstancia que se refiere a la importancia de la norma infringida y las características de su incumplimiento, concurre necesariamente en todos los casos en los cuales la infracción es configurada. Esto se diferencia de las circunstancias que se relacionan con los efectos de la infracción, las que pueden concurrir o no dependiendo de las características del caso.

213. En particular, la infracción del caso, viene a mermar uno de los instrumentos jurídicos de protección ambiental más importantes, el SEIA, el cual *"es respecto de la actividad económica de los ciudadanos donde ejerce su más poderosa influencia, precisamente porque viene a regular, asegurar y a la vez, limitar la libertad en materia económica"*[25], afectándose de paso la normativa asociada. Ello pues, cabe recordar que la infracción aquí reprochada dice relación con el fraccionamiento de un proyecto con el objeto de evadir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, donde además, se realizaron obras preliminares de construcción, que implicaron un corte de la vegetación de la zona.

214. En efecto, el SEIA asegura que cierto tipo de proyectos solo puedan ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, conforme regula la Ley N° 19.300. Esto permite que la administración y la propia población puedan contar con información previa sobre los posibles efectos del proyecto sobre el medio ambiente. En este sentido, y tal como se ha indicado, al no existir antecedentes que constaten de manera fehaciente efectos o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, no es posible sostener que el proyecto debe ingresar necesariamente por un Estudio de Impacto Ambiental, por lo que se asumirá que el proyecto debió ingresar mediante una Declaración de Impacto Ambiental. Siendo ello así, el titular de un proyecto debe entregar como mínimo, la siguiente información: i) Una descripción del proyecto o actividad; ii) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300; iii) La indicación de la normativa ambiental aplicable al proyecto, y la forma en que esta se cumplirá; y iv) La indicación de los permisos ambientales sectoriales aplicables, y los requisitos y exigencias para el respectivo pronunciamiento.

215. La información anteriormente indicada, debe ser evaluada por los organismos que participan en el SEIA, para que conozcan el proyecto, lo evalúen y, en definitiva, lo califiquen ambientalmente, aprobándolo derechamente, aprobándolo con condiciones o rechazándolo. En este sentido, la autoridad puede solicitar la incorporación de medidas para hacer frente a eventuales impactos, o incluso, determinar que el proyecto debe ingresar al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental, lo que aumentaría las imposiciones normativas del proyecto. En consecuencia, al ejecutar un proyecto sin haber obtenido una Resolución de Calificación Ambiental favorable, de manera que este procedimiento haya culminado, se pierde la instancia determinada por el ordenamiento jurídico para hacer cumplir los requisitos legales y reglamentarios para la evaluación preventiva de proyectos.

[25] BERMÚDEZ, Jorge. "Fundamentos de Derecho Ambiental". 2da Edición, 2015. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p 263.

216. Ahora bien, la infracción del presente caso merece un reproche mayor, puesto que se trata de una elusión al sistema bajo la modalidad del fraccionamiento, que es un tipo infraccional que fue incorporado en el marco regulatorio ambiental en el año 2010, por medio de la Ley N° 20.417. En este sentido, está señalado en el Mensaje Presidencial de dicha ley como una norma que viene a dar eficiencia al sistema[26]. Así, el fraccionamiento está concebido como un tipo infraccional que *"impedirá el fraccionamiento de proyectos que se realiza actualmente con el objeto de evitar la evaluación ambiental, con lo que se pone fin a prácticas poco sanas"*[27], ya que tal como se afirmó en la Historia de la Ley, bajo esta nueva regulación, dos proyectos que en verdad son uno solo, se evaluarían como tal[28].

217. Adicionalmente, y como ya se ha indicado a lo largo del presente Dictamen, el elemento de la intencionalidad en la conducta de fraccionar se encuentra recogido dentro del tipo infraccional, por lo que, además, la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental que representa fue además cometida con intencionalidad.

218. Ahora bien, la importancia de esta norma en este caso particular además está dada porque el legislador se representó la realidad práctica, normando la opción de que un proyecto se ejecute por etapas, debiéndose ello ser declarado en el SEIA. Por lo anterior, los proyectos inmobiliarios o de edificación que suelen presentarse bajo esta modalidad, tiene la alternativa en nuestro ordenamiento jurídico de declarar sus etapas ante la instancia administrativa correspondiente[29].

219. En este sentido, considerando la naturaleza de la infracción y de la norma infringida, se debe señalar que otras hipótesis de fraccionamiento parten de una base en que existe una evaluación ambiental, donde por ejemplo, la infracción fue limitar dicha evaluación a solo un momento de la vida del proyecto. En estos casos, el proyecto es aprobado y la construcción comienza sin una comprensión total y sin abarcar los impactos adversos de la construcción y ejecución del todo. Sin embargo, el presente caso no tiene ni siquiera dicho supuesto, ya que se ha obviado la evaluación ambiental de todas las partes, no existiendo por tanto un piso mínimo o una evaluación base que pudiera ofrecer aproximaciones de los impactos o la descripción

---

[26] Véase Mensaje Presidencial Ley N° 20417, Historia de la Ley N° 20.417, p.20.

[27] Historia de la Ley N° 20.417, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Informe Comisión Recursos Naturales p. 120

[28] *"El nuevo sistema de evaluación de impacto ambiental pone término a fenómenos como el que hemos visto en HidroAysén, donde se pudo separar en dos un proyecto que tiene una sola lógica, y cierra las puertas a aquellos que recurren a ese tipo de prácticas para lograr la aprobación de sus iniciativas. Es decir, se termina con lo que se conoce como el "fraccionamiento de los proyectos"*. Historia de la Ley N° 20.417. Segundo Trámite Constitucional: Senado, Discusión en Sala. p. 885

[29] *"Número 8) La indicación número 159 Bis, de S.E. la Presidenta de la República, para sustituir el número 8), por el siguiente: "8) Agréguense, los siguientes artículos 11 bis y 11 ter: Artículo. 11 bis.- 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 (...)".*

*La señora Ministra aclaró que en caso de que se presente un proyecto por etapas deberá acompañarlo de una Carta Gantt, que indique las etapas, la duración de cada una de ellas, es decir, existirá una situación documentada que impedirá que se consume el fraude.*

*El Honorable Senador señor Girardi solicitó votación separada del inciso segundo del artículo 11 bis.* ***Todos los proyectos inmobiliarios tendrán diversas etapas que se presentarán seguidamente o fraccionarán los proyectos grandes.*** *La Ministra explicó que mediante esta iniciativa legal se van a incorporar los efectos sinérgicos de la evaluación. (énfasis agregado).*

precisa del proyecto[30]. Tampoco es un caso en el cual dos partes distintas que generan en conjunto impactos ambientales fueron evaluadas de forma separada debiendo evaluarse en conjunto, justamente para evaluar las idóneas medidas de mitigación o compensación que correspondan, sino que, en el presente caso, se omitió la evaluación ambiental por completo, no existiendo un marco mínimo al cual supeditarse.

220. Lo anterior reviste especial relevancia, puesto que este tipo de proyectos inmobiliarios habitualmente traen aparejados impactos ambientales como emisiones atmosféricas de material particulado, impactos al sistema de vialidad, emisión de ruidos molestos, y corta y descepado de vegetación para preparación de terreno, entre otros.

221. En efecto, para el caso particular de Inmobiliaria Macul, se relaciona con la eventual existencia de impactos sinérgicos y acumulativos la interacción de cada uno de los lotes, tanto en su fase construcción como en su proyectada fase de operación. La fase de construcción del proyecto en los tres lotes, es simultánea, tal como se indicó precedentemente, lo que además generaría, razonablemente, un impacto en la calidad del aire, que eventualmente haría necesario la elaboración de un Plan de Compensación de Emisiones, como es habitual en la mayoría de los proyectos inmobiliarios. Asimismo, generaría un eventual impacto por ruidos generados por las faenas de construcción y un eventual impacto asociado al flujo de camiones y maquinaria de construcción. También, ante la corta de vegetación, habría una falta de consideración de observaciones técnicas de otros organismos que dentro de sus competencias pudieran haber efectuado al proyecto, tales como el Servicio Agrícola y Ganadero y la Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente, por ejemplo, ante una eventual afectación a otros organismos del bosque esclerófilo donde se emplaza el proyecto, o la necesidad de relocalización de fauna. Todos estos aspectos en definitiva se desconocen, por cuanto estos organismos no han podido ejercer sus competencias en el marco de una evaluación ambiental. Por último, el proyecto contempla un total de 244 viviendas, y 292 estacionamientos, lo que genera la condición para presentar un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano ("EISTU"), de acuerdo al artículo 2.3.4 de la O.G.U.C.

222. Por lo tanto, en atención a lo señalado anteriormente, dadas las características de la infracción y de la norma infringida, su finalidad y rol dentro del esquema regulatorio, donde la ausencia absoluta de información es especialmente relevante, y ponderado con las características mismas del incumplimiento, donde la ejecución de las obras se detuvo en un estadio primario, se estima que existió una vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, de carácter medio alto.

**2. Factores de incremento**

223. A continuación, se ponderarán aquellos factores que pueden aumentar el componente de afectación, y que han concurrido en la especie.

---

[30] La neutralización de la capacidad de las agencias gubernamentales y de la sociedad para acceder a la información en estos casos es una circunstancia reconocida por la doctrina estadounidense. Para mayor información véase, Keith H. Hirokawa, *The Gap Between Informational Goals and the Duty to Gather Information: Challenging Piecemealed Review under the Washington State Environmental Policy Act*, 25 SEATTLE U. L. REV. 343 (2001).

a) **Intencionalidad en la comisión de la infracción (artículo 40 letra d) de la LO-SMA)**

224. Conforme a las Bases Metodológicas que regulan la aplicación de sanciones por parte de esta Superintendencia, este literal del artículo 40 es utilizado como un factor de incremento en la modulación para la determinación de la sanción concreta. En consecuencia, su aplicación en este estadio supone un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar en este caso, una vez que ya se tuvo por configurada.

225. Para este caso particular, al ser la intencionalidad un elemento de la esencia del artículo 11 bis, fue considerado como elemento que constituye el tipo -elemento de configuración- y fue considerada en la importancia de la norma infringida que vulneró el sistema jurídico de protección ambiental, razón por la cual no se ponderará como circunstancia que module la sanción.

b) **Conducta anterior negativa (artículo 40 letra e) de la LO-SMA)**

226. Entre los factores que pueden incrementar el componente de afectación, al momento de determinar una sanción aplicable al caso concreto, en conformidad a las Bases Metodológicas, se encuentra la conducta anterior negativa que el infractor mantuvo en la unidad fiscalizable que se trate, antes de la ocurrencia del hecho infraccional.

227. En el presente caso, para esta circunstancia, se debe observar si existe un historial de incumplimiento en la respectiva unidad fiscalizable, que en este caso está constituida por los lotes 4H1, 4H2 y 4R. Al respecto, las Bases Metodológicas señalan que no existe un límite temporal para este análisis, por lo que se deben observar infracciones sancionadas con anterioridad a la existencia de la SMA. Concretamente, los criterios que se deben analizar son los siguientes: (i) Si la SMA o un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por la misma exigencia ambiental por la que será sancionado en el procedimiento actual; (ii) si la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por exigencias ambientales similares o que involucran el mismo componente ambiental que la infracción por la que se sancionará en el procedimiento actual; (iii) si la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por exigencias ambientales distintas o que involucran un componente ambiental diferente a aquel por la cual se sancionará en el procedimiento actual.

228. Pues bien, efectuada la búsqueda de anteriores procedimientos sancionatorios, no se han encontrado otros procedimientos que permitan sostener que la conducta anterior del infractor se puede considerar como un factor de incremento.

229. En razón de lo anterior, esta circunstancia no será considerada en el presente Dictamen.

c) **Falta de cooperación (artículo 40, letra i) de la LO-SMA)**

230. Otro de los factores que pueden incrementar el componente de afectación, al momento de determinar una sanción aplicable al caso concreto, en conformidad a las Bases Metodológicas y en aplicación del literal i) del artículo 40 de la LO-SMA, es la falta de cooperación en el esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias o sus efectos, así como también en la ponderación de otras circunstancias del artículo 40.

231. La aplicación de esta circunstancia procede en aquellos casos en que la conducta del infractor va más allá de su legítimo uso de los medios de defensa que le franquea la Ley, verificándose alguna de las siguientes circunstancias: (i) El infractor no ha respondido un requerimiento o solicitud de información; (ii) El infractor ha proveído información incompleta, confusa, contradictoria, sobreabundante o manifiestamente errónea, ya sea presentada voluntariamente, en respuesta a un requerimiento o solicitud de información, o en el marco de una diligencia probatoria; (iii) El infractor no ha prestado facilidades o ha obstaculizado el desarrollo de una diligencia; (iv) El infractor ha realizado acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias.

232. En el presente caso, se estima que esta circunstancia no se configura, en tanto Inmobiliaria Macul no ha proveído de información incompleta, confusa o errónea, ni tampoco ha obstaculizado de manera cierta y objetiva el desarrollo de las diligencias del procedimiento, así como tampoco ha realizado acciones impertinentes, inconducentes, o manifiestamente dilatorias, al margen del ordenamiento jurídico.

233. En consecuencia, la presente circunstancia no será considerada como un factor de incremento.

**3. Factores de disminución**

234. A continuación se procederá a ponderar factores que pueden disminuir el componente de afectación, en virtud de lo dispuesto por las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones.

**a) Irreprochable conducta anterior (artículo 40 letra e) de la LO- SMA)**

235. Al respecto, cabe indicar que esta Superintendencia, en sus Bases Metodológicas, estableció a propósito del literal e) del artículo 40 de la LO-SMA, que la conducta anterior del infractor puede ser utilizada para aumentar o disminuir la sanción aplicada.

236. Respecto de esta circunstancia, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior.

237. Por tanto, la presente circunstancia será considerada como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente a aplicar.

**b) Presentación de Autodenuncia (artículo 40 letra i) LO-SMA)**

238. Otro de los factores que la Superintendencia del Medio Ambiente ha señalado en sus Bases Metodológicas, como uno de disminución, es la presentación de una autodenuncia.

239. Como en el presente caso no se presentó una autodenuncia, este factor no se configura y no será ponderado.

**c) Cooperación eficaz (artículo 40, letra i) de la LO-SMA)**

240. Cabe indicar que el concepto de cooperación eficaz, conforme a las Bases Metodológicas, dice relación con las acciones desplegadas por el infractor que han permitido o contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, así como también a la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

241. Concretamente, se deben observar las siguientes circunstancias: (i) El infractor se ha allanado de forma total o parcial al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos; (ii) el infractor ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados; (iii) el infractor ha prestado una colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA; y (iv) el infractor ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. En consecuencia, la circunstancia se refiere a la cooperación que realice la empresa durante el procedimiento administrativo sancionatorio, y adicionalmente, que esta cooperación sea eficaz, relacionándose, entre otras cosas, con la utilidad real de la información o antecedentes que hayan podido ser aportados en diferentes momentos.

242. En este caso, atendidos los antecedentes del procedimiento, la circunstancia de allanarse al hecho constitutivo de infracción no es aplicable, puesto que por el contrario la empresa discute la configuración de la infracción, tal como se desprende de lo que señala en su escrito de descargos.

243. Luego, en cuanto al criterio de dar respuesta oportuna, íntegra y útil, en los términos solicitados por la SMA, se considerará que en la inspección ambiental efectuada el 23 de septiembre de 2016, que se realizó luego que fuera iniciado el procedimiento, se entregó información útil para el sancionatorio (Copia carta de aviso de ejecución del Plan de Manejo de Reforestación a CONAF y Copia de planos en formato digital de los lotes, presentado a la DOM de Peñalolén). La información entregada, específicamente la copia de los planos del proyecto, por cada lote, tuvo una utilidad real en el marco del procedimiento, ya que eran antecedentes con los que no se contaba previamente y dan cuenta de detalles de diseño que son relevantes para dilucidar las características del proyecto como un todo. Si bien esta información luego fue remitida por la DOM de Peñalolén en respuesta a la diligencia probatoria decretada por

medio de la Resolución Exenta N° 11/ROL D-041-2016, es información que al momento de solicitarse se desconocía.

244. En cuanto a colaborar con las diligencias ordenadas por esta Superintendencia, se estima que esta circunstancia no es aplicable al caso concreto, puesto que no se generó durante el sancionatorio ninguna instancia que pudiera ser calificada como diligencia instruida por esta Superintendencia en la cual la empresa haya colaborado.

245. En cuanto al aporte de antecedentes conducentes para el esclarecimiento de los hechos, se estima que la empresa no ha tenido una iniciativa especial que deba ser reconocida para aportar antecedentes o documentos que contribuyan a la investigación, o para probar o descartar la imputación, más allá de lo requerido en actas de inspección, que como se dijo, así será considerado. Por tanto, esta particular forma de cooperación eficaz no será considerada.

246. Finalmente, se ponderará dentro de esta circunstancia el hecho que la empresa prestó colaboración y dio facilidades para efectuar las tres fiscalizaciones que se hicieron en fase de investigación, antes de la Formulación de Cargos, y la colaboración que prestó para efectuar la fiscalización del 23 de septiembre de 2016, esta última dentro del procedimiento sancionatorio. Lo anterior por cuanto la cooperación eficaz evalúa el comportamiento del infractor en torno a la contribución que ha hecho para el esclarecimiento de los hechos, tanto durante el proceso de investigación como durante el procedimiento sancionatorio, ante lo cual se estima que permitir el desarrollo de las inspecciones ambientales en el lugar del proyecto, permitir el acceso y facilitar el recorrido, se enmarcan en esta circunstancia.

247. Por tanto, se estima que el comportamiento de la empresa, analizado como cooperación eficaz, se configura en cuanto dio respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos de información formulados por la SMA, en los términos solicitados en el acta de inspección del 23 de septiembre de 2016, ocurrida durante el desarrollo del procedimiento sancionatorio, y también en cuanto prestó colaboración para efectuar las fiscalizaciones ambientales en el lugar del proyecto, razón por la cual esta circunstancia será considerada como un factor de disminución de la sanción a aplicar.

**d) Aplicación de medidas correctivas (artículo 40 letra i) de la LO-SMA)**

248. Otro de los factores que la Superintendencia del Medio Ambiente ha señalado en sus Bases Metodológicas, como de disminución, es la aplicación de medidas correctivas por parte del infractor. Vale decir, la adopción de medidas voluntarias que buscan corregir los hechos que configuran la infracción y reducir o eliminar sus efectos y evitar que se produzcan nuevos efectos.

249. Para que sea procedente la ponderación de esta circunstancia, se requiere analizar un margen temporal desde la verificación del hecho infraccional hasta la fecha de emisión del dictamen. Adicionalmente, estas medidas deben haber sido idóneas, efectivas, y oportunas, y como la presente circunstancia actúa como factor que disminuye la sanción

a aplicar, se requiere necesariamente que la adopción de estas medidas haya sido iniciativa del titular, en un afán por retornar a un escenario de cumplimiento.

250. En este sentido, se debe indicar que la adopción de medidas provisionales ordenadas por el Superintendente, previa autorización del Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, no se encuadran en esta hipótesis, ya que dichas medidas fueron solicitadas justamente al detectarse un riesgo de afectación del medio ambiente y/o a la salud de la población, de seguirse con las obras de construcción del proyecto de Inmobiliaria Macul, lo que hizo necesario y urgente desplegar este mecanismo provisional que en definitiva detuviera las obras de construcción. Estas medidas, en consecuencia, por su naturaleza, no surgieron de iniciativa de la empresa.

251. A mayor abundamiento, en estricto rigor, para el presente caso no ha existido alguna conducta que permita siquiera suponer que Inmobiliaria Macul buscó paralizar las obras de construcción, de motu proprio, hasta la obtención de la respectiva RCA, que es lo que correspondía hacer conforme a Derecho para corregir la infracción y volver al cumplimiento. En efecto, para el caso de un fraccionamiento que eludió el SEIA, y en cuyo caso se verificaron la ejecución de obras materiales de afectación de componentes ambientales, en este caso, vegetación, la vía para volver al cumplimiento es el ingreso adecuado del proyecto como un todo al SEIA para su evaluación ambiental.

252. Por otra parte, se debe considerar que si bien la empresa mantuvo posterior a la vigencia de las medidas provisionales la paralización de sus obras, la anterior conducta consistente jurídicamente en un "no hacer", la que no es suficiente en este caso para caracterizarla de una medida correctiva destinada a corregir la infracción, por cuanto no consiste en la ejecución de una conducta activa que vuelva al cumplimiento.

253. En consecuencia, la presente circunstancia no será considerada como un factor de disminución, toda vez que en ningún momento la empresa acreditó la decisión de adoptar medidas correctivas de su propia iniciativa, orientadas a poner término al hecho constitutivo de infracción y a eliminar o disminuir sus efectos.

**e) Grado de participación (artículo 40 letra d) de la LO-SMA)**

254. Esta circunstancia mira a la manera en que el infractor se involucró en la comisión del hecho imputado, ya sea en su ejecución material, en su planificación o en su dirección.

255. En el caso concreto, no corresponde extenderse en el grado de participación, dado que el sujeto infractor en el presente procedimiento sancionatorio, corresponde única y exclusivamente a la empresa y responsable del proyecto inmobiliario, esto es, Inmobiliaria Macul S.A., Rol Único Tributario N° 96.599.270-7, por lo que le es atribuible la infracción en calidad de autor.

### C. Capacidad económica del infractor (artículo 40 letra f) de la LO-SMA)

256. Esta circunstancia ha sido definida por la doctrina española a propósito del Derecho Tributario, y dice relación con la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, así como con la aptitud y la posibilidad real de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública[31]. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa en relación a la capacidad real del infractor de hacer frente a ésta.

257. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. En este contexto, el **tamaño económico** se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. Por otra parte, la **capacidad de pago** tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones; de manera tal que este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultades financieras.

258. Se debe señalar, que respecto a esta circunstancia, tampoco se recibieron antecedentes o información por parte de la empresa, que deba ponderarse en este apartado.

259. Por tanto, para efectos de considerar esta circunstancia en el presente caso, se recurrió a la información del Servicio de Impuestos Internos en relación al tamaño económico de la empresa, determinado en base a sus ventas anuales. La información anteriormente indicada, señala que la empresa registra para el año tributario 2017, ventas o ingresos anuales que corresponden al tramo que abarca el tramo entre 600.000 y 1.000.000 unidades de fomento ("UF"), correspondiendo por tanto a una Gran Empresa N°3.

260. En consecuencia, en función de la capacidad económica de Inmobiliaria Macul, al tratarse de una Gran Empresa N°3, esta circunstancia será considerada como un factor que no incide en el componente de afectación de la sanción específica que se propone aplicar.

## X. PROPUESTA AL SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

[31] Calvo Ortega, Rafael. *Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General*, 10ª edición, Thomson–Civitas, Madrid, 2006, p. 52. Citado por: Masbernat Muñoz, Patricio: *El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España.* Revista Ius et Praxis, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 303 – 332.

261. Sobre la base de lo visto y expuesto en el presente dictamen, y en virtud de lo establecido en el artículo 53 de la LO-SMA, se procede a proponer la sanción que a juicio de esta Fiscal Instructora corresponde aplicar: sanción pecuniaria correspondiente a 318 UTA.

Sin otro particular, le saluda atentamente,

**Catalina Uribarri Jaramillo**
**Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento**
**Superintendencia del Medio Ambiente**

MMG

ROL N° D-041-2016