



Santiago, 20 de Junio de 2018

Señora
Doña Marie Claude Plumer Bodin
Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Teatinos 280, pisos 8 y 9, Santiago
Presente

REF: Plantea ajustes en la Ejecución del Plan de Cierre del Embalse Tantehue, Melipilla. Expediente Sancionatorio ROL A-003-2015, y solicita aclaración de la Resolución Ex. N°12 de fecha 19/03/2018 de la SMA.

De nuestra consideración:

Como es de su conocimiento, el proyecto de la referencia, denominado Embalse Tantehue, ubicado en la comuna de Melipilla, y de propiedad de nuestra representada, se encuentra en su fase de cierre definitivo, conforme a lo aprobado por Resolución Ex. N°12 de fecha 19/03/2018 de la SMA.

Efectivamente, en el contexto del programa de cumplimiento inicialmente presentado a esta misma autoridad, aprobado mediante Resolución Exenta N°8/Rol A-003-2015, y cumpliendo con la normativa que regula la presentación de autodenuncias de infracciones ambientales, se previó que, para el evento de no obtenerse la aprobación de la Declaración de Impacto Ambiental destinada a regularizar la construcción del tranque, se procedería a la ejecución del respectivo plan de cierre, mismo que fue desarrollado en la presentación ingresada por nuestra representada ante la SMA con fecha 6 de marzo de 2018, con sus respectivos anexos, y que derivó en la aprobación contenida en la resolución del 19 de marzo citada en el párrafo precedente.

Como quedó meridianamente patente en el expediente de la evaluación ambiental de la DIA presentada por nuestra representada para la aprobación del proyecto denominado "Regularización Embalse Tantehue", la necesidad de tener que dar curso a la alternativa de presentar y ejecutar el plan de cierre en que actualmente nos encontramos abocados, obedeció exclusivamente a la evidencia contenida en algunos informes sectoriales así como

en la resolución adoptada por las autoridades del SEA, que conducían a la conclusión de que la aprobación ambiental del tranque vía DIA, acción que fue propuesta como primera opción dentro del programa de cumplimiento, sería virtualmente inviable, determinando, lo anterior, la recomendación de los asesores de la Frutícola de proceder a presentar y ejecutar el plan de cierre, sólo con el fin de no arriesgarse a la imputación de no haber satisfecho las exigencias del programa de cumplimiento ambiental, con la consiguiente penalización por dicho incumplimiento, conforme a lo dispuesto por los artículos 41 y 42 de la LOSMA.

Lo anterior resulta especialmente relevante para ilustrar cuál ha sido el propósito del plan de cierre presentado, aprobado y en actual ejecución, en cuanto a procurar el cumplimiento de las metas fijadas por el mismo, conforme a lo que expresamente exige con relación a dicho instrumento el artículo 42 inciso 6° de la LOSMA, en el sentido de revertir en lo posible los impactos relevantes al medio ambiente generados por la construcción del embalse, y siempre en el entendido -como no podría ser de otra forma, supuesta la inserción de dichas acciones en el contexto normativo de las herramientas de protección del medio ambiente- que dicho plan de cierre no debiera traducirse en la creación de nuevos impactos ambientales que se contradigan con la finalidad de restauración que debiera procurar el referido programa de cumplimiento.

Dicho lo anterior, y una vez obtenida la aprobación por parte de la SMA al plan de cierre presentado, nuestra representada se ha esmerado en su más estricto acatamiento, ejecutando cumplidamente, de acuerdo al cronograma autorizado, de lo cual hemos reportado mensualmente ante la División de Fiscalización de esa Superintendencia, cada una de las acciones previstas en el aludido plan.

A modo de resumen, hasta la fecha se ha procedido a la demolición de aproximadamente 180 metros lineales de muros del embalse, en cumplimiento de la acción de retiro del muro descrita en el apartado 7.3.1. del plan, removiendo cerca de 23.203 metros cúbicos de tierra, misma que se ha depositado - homogéneamente distribuida mediante nivelación- en el sector de la cubeta del fallido embalse, favoreciendo la mantención de la pendiente natural del terreno, conforme a los estudios topográficos efectuados, procurando con ello permitir y facilitar el escurrimiento natural y superficial de las aguas lluvias que se precipiten en dicho lugar hacia el Estero Tantehue, impidiéndose cualquier posible acumulación o acopio de las mismas, objetivo que ha quedado cumplido con la apertura de diversos tramos de muros por donde se produce la evacuación gravitacional de las aguas lluvias hacia dicho estero, como destino natural.

De igual modo, se ha cumplido con la remoción de la obra de descarga del embalse, conforme a lo descrito en el apartado 7.3.2 del plan de cierre ambiental de fecha 6 de marzo de 2018, aprobado mediante la Resolución de esta SMA.

Asimismo, se ha avanzado con celeridad en la revegetación de 1,03 hectáreas en un sector contiguo al proyecto, conforme a la acción establecida en el mismo plan de cierre en su apartado 7.4, según se ha explicado detalladamente en los informes ya entregados.

Ejecutadas satisfactoriamente a esta fecha, una parte relevante de las actividades de desarme del embalse Tantehue, comprendiendo en ellas la nivelación del fondo de la cubeta y el restablecimiento de los componentes medioambientales a condiciones similares a las existentes a la época de darse inicio a la construcción del fallido embalse, hemos podido constatar en terreno que el fin último del Plan de Cierre aprobado, en cuanto lograr que el frustrado embalse quede inhabilitado como tal y, por ende, que no pueda operar, que supone el cumplimiento esencial de la meta principal de dicho plan de cierre, conforme a lo que exige el artículo 42 inciso 6° de la LOSMA, se ha cumplido a cabalidad con la demolición de los más de 180 metros lineales de muros ya concretada, acción que ha hecho totalmente inoperativo el embalse y que permite el escurrimiento natural de las aguas lluvias hacia la quebrada existente en el lugar (Estero Tantehue).

Lo anterior, unido al retiro de las instalaciones de descarga del embalse, así como a las remediaciones efectuadas en la vegetación y el restablecimiento del suelo en el área basal de la cubeta del tranque, favoreciendo la fitoestabilización del mismo, permiten sostener que el objetivo final del plan de cierre queda satisfecho, incluso con un menor impacto y afectación del medio ambiente, sin la necesidad de proceder a la demolición del resto del muro aún en pie, acción que, además de las emisiones que origina la sola remoción de los metros cúbicos de tierra que ello supone por concepto de material particulado en suspensión, se traduciría en la emisión de nuevos contaminantes como producto de la combustión de la maquinaria que se deberá ocupar en dichos trabajos.

Si bien, unos y otros impactos, debidamente advertidos y ponderados por el Servicio de Evaluación Ambiental, determinaron la impertinencia de someter el plan de cierre en ejecución al SEIA, no es menos cierto que, advertida la efectividad de tales impactos, desde una perspectiva finalista, pragmática, realista y racional, cabe representar a esa SMA que el objetivo buscado por el Plan de Cierre queda cumplido plenamente con la demolición de los tramos de muros hasta ahora materializada –adicionalmente a las restantes actividades efectuadas y por concluir- y sin la necesidad de concluir con la demolición del resto del muro, evitando de ese modo mayores impactos atmosféricos, pues con tal destrucción ya se ha obtenido el efecto de que hoy no exista un embalse o tranque alguno, el que ha sido desarticulado o desnaturalizado en cuanto tal, no siendo útil para el fin que se concibió en su origen, esto es, en la actualidad no es factible almacenar agua en su interior ni tampoco interferir en el escurrimiento natural de las precipitaciones que se produzcan en dicho lugar, lo que ha venido a remediar el hecho esencial constitutivo de la infracción auto denunciada por esta parte ante esta Superintendencia, cual fue: *“La construcción de un tranque de acumulación de agua que consta de un cordón de muros de tierra, con una altura máxima de 6,2 metros de capacidad de almacenamiento de 540.000 m³ de agua sin contar con una RCA favorable que lo autorice.”*

En efecto, si se tiene en cuenta cuál fue el hecho ilícito cometido por nuestra representada, es posible concluir que con las faenas de desarme hasta ahora ejecutadas, tal infracción hoy ha dejado de configurarse ya que en el terreno no existe obra alguna apta para la acumulación de agua y, por tanto, hoy no se está en presencia de tranque alguno, lo cual, y desde una perspectiva finalista, permite afirmar que el objetivo perseguido - no sólo por la autoridad sino que también por esta parte al proponer las alternativas remediales ante la falta cometida - se ha satisfecho adecuadamente.

De esta manera, se cumplen a cabalidad los criterios tenidos en cuenta para la confección y posterior aprobación del plan de cierre, ya que con el avance en la demolición de los muros hasta ahora ejecutada, junto con las restantes actividades contempladas en dicho instrumento, nos hemos hecho cargo de la infracción cometida y sus efectos, restableciendo el cumplimiento de la normativa infringida y procurando la eliminación de los efectos dañinos sobre el entorno, todo lo que es comprobable empíricamente, con lo cual se alcanzan satisfactoriamente las exigencias de integridad, eficacia y verificabilidad del plan del cierre, en cuanto elemento integrante y conclusivo del programa de cumplimiento.

Precisado lo anterior, cabe preguntarse si aporta algún beneficio o si es necesaria o idónea la prosecución de las actividades de demolición de la totalidad de los restantes muros perimetrales del fallido embalse, cuando tal actividad en nada contribuiría al objetivo final ya logrado de desarmar o desnaturalizar el tranque, el cual, como hemos señalado, ha dejado de existir pues en su interior nada se podrá acumular.

Sostenemos que la demolición de todos los muros perimetrales no agregaría valor alguno al fin buscado y ya alcanzado, que no ha sido otro que inhabilitar el embalse en su concepción original haciéndonos cargo de la falta en que incurrimos, lo cual está plenamente cumplido con la demolición de los sectores del muro ya derribados y que hacen que el frustrado embalse se desvirtúe, se desnaturalice, y deje de ser tal, además de las restantes actividades comprometidas consistentes en la revegetación, el relleno de la cubeta y las acciones consistentes en dejar el terreno en condiciones que permitan el escurrimiento natural de las aguas lluvias hacia el Estero Tantehue, y favorezcan la posibilidad de fitoestabilización del suelo, y el eventual uso agrícola del mismo, todo lo cual resulta plenamente ejecutable tanto en el suelo de la cubeta como en toda las secciones del muro que actualmente no han sido derruidas.

Muy por el contrario, consideramos que proseguir con la completa demolición de la totalidad de los muros perimetrales sólo generará impactos adversos para el medio ambiente, pues el movimiento de vehículos y tierra provocará polvo en suspensión y contaminación atmosférica y acústica en la zona, efectos negativos que se evitarían si se permitiera mantener el estado de demolición hasta el nivel de avance en que actualmente se encuentra, y en contraste con ello, tal demolición no agregará un valor ambiental relevante que justifique tal acción.

Creemos que en aplicación de los principios de servicialidad, razonabilidad y especialmente de proporcionalidad, resulta del todo pertinente que la autoridad valide la interpretación propuesta por esta parte en cuanto a la forma de dar por cumplido y satisfecho el Plan de Cierre en lo concerniente a la demolición de los muros hasta ahora ejecutados, por todas las razones expuestas y que pedimos sean debidamente ponderadas en su mérito por la autoridad.

En particular, es atendible tomar en especial consideración, para una justa y racional decisión sobre lo aquí planteado, el principio de proporcionalidad, que conforme a la doctrina nacional *“tiene como centro normativo la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos del contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad); es decir, una relación de adecuación de medio a fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que esta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se den fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas.”* (Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Edit. Thomson Reuters, año 2015, Pág. 375).

Como hemos señalado, insistir en una aplicación literal del Plan de Cierre y continuar con la demolición total de la integridad de los muros del fallido embalse, no parece idóneo ni adecuado en vista del objetivo previsto por la autoridad, pues tal objetivo, que no fue otro que lograr la destrucción e inoperatividad del embalse, ya se ha conseguido.

Hacemos presente que la autoridad administrativa está facultada para interpretar la forma de ejecución y el cumplimiento de un instrumento ambiental como el que nos concierne, ello sin desvirtuar su esencia ni transgredir los objetivos trazados en tal instrumento por la autoridad, como lo ha reconocido la Contraloría General de la República en el Dictamen N°34.021 de 11.08.2003, dictaminando que la autoridad medioambiental, por razones de eficiencia y economía procedimental, dispone de atribuciones para aclarar o interpretar sus actos, incluso de aquellos actos que tengan la connotación de ser actos de carácter reglado, esto es, no discrecionales, como era en ese caso la situación de una Resolución de Calificación Ambiental, de modo que es jurídicamente admisible utilizar la competencia que le confiere el artículo 62 de la ley 19.880, para decidir, a solicitud de un interesado, que sí sería admisible adoptar la decisión administrativa que corresponda por parte de esa SMA para ajustar un acto administrativo anterior a las circunstancias de hecho o puramente materiales que aparezcan de manifiesto o que se hagan valer ante la autoridad. Tal aclaración, según dispone el referido artículo 62, puede adoptarse en cualquier momento.

Conforme refiere dicho dictamen del ente Contralor: *“Las restantes modificaciones cuestionadas, relativas al establecimiento de plazos para la realización de determinadas*

actividades, y que a juicio de la autoridad ambiental importaron la aclaración de puntos oscuros o dudosos, en opinión de esta Contraloría General no se encuentran entre las situaciones en que, conforme a los dictámenes citados, la resolución de calificación ambiental es susceptible de modificarse.

Sin embargo, debe tenerse presente que la antes mencionada ley N° 19.880, en su artículo 62, ha consagrado a favor de la autoridad atribuciones para aclarar sus actos, al establecer que «en cualquier momento, la autoridad administrativa que hubiere dictado una decisión que ponga término a un procedimiento podrá, de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo.»

Siendo así, razones de eficiencia y de economía procedimental obstan al cuestionamiento de las modificaciones de que se trata, desde el momento en que en la actualidad la autoridad cuenta con atribuciones para aclarar sus actos.”

En el presente caso, la pertinencia de proceder a dicha aclaración, cuestión que según queda dicho la Contraloría no objeta, aun tratándose de actos que emanen del ejercicio de una potestad reglada (vid. dictamen N° 86.712 de 2015, o N° 26.138, de 2012), resultaría de la consideración de los elementos materiales aportados en el presente escrito, según los cuales, y a la luz del desarrollo de los hechos constatados en la ejecución del plan de cierre, demuestran claramente que se ha podido establecer que las exigencias y metas ambientales cuyo logro debió procurar el plan de cierre, se han logrado satisfacer adecuadamente, como ocurre en la especie, sin tener que ejecutar la totalidad de la remoción del muro, puesto que el fin perseguido con el plan de cierre, como es la protección de los bienes jurídicos involucrados, se ha alcanzado plenamente con la demolición de los sectores del muro hasta ahora destruidos toda vez que ya no existe embalse alguno, siendo innecesario, e incluso medioambientalmente más dañino, proseguir con la demolición total de los restantes muros del embalse, de modo que la misma evidencia demuestra la razonabilidad de acceder a la aclaración de la resolución Ex. N°12 de fecha 19/03/2018 de la SMA, en los términos aquí propuestos, aprobando que la remoción de muros adecuada para satisfacer el cumplimiento del plan de cierre es la que se ha hecho constar en los antecedentes aportados en el último reporte de cumplimiento, de esta misma fecha, e ingresado hoy a esta Superintendencia..

Todo ello, además de lo expuesto y acreditado ante la SMA, en lo que se refiere a la ejecución de las demás obras comprometidas en el plan de cierre en relación con la revegetación, relleno de la cubeta e informe topográfico final, según se reportará y acreditará oportunamente.

En suma, en mérito de todo lo expuesto, solicitamos a la Sra. Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, ponderar los antecedentes planteados y considerar que con la demolición de los muros del embalse hasta ahora ejecutados, y que se ilustran en el set de fotografías que se adjunta, se entiende por

cumplida la meta asociada al plan de cierre en lo referente al compromiso de demolición de los muros del embalse, con lo que éste ha dejado de existir como tal en cuanto hoy no constituye una obra apta para la acumulación de agua, ni entorpece el libre escurrimiento natural de las lluvias, acción que se ha hecho cargo de la infracción ambiental cometida por nuestra representada, lo que es sin perjuicio de la realización de las restantes actividades contempladas en el plan de cierre de lo que irá reportando conforme al cronograma de acciones aprobado.

Adjuntamos nuevo set de fotografías que ilustran el estado de demolición de los muros del fallido embalse.

Suspensión:

A efectos de no comprometer el cumplimiento del plan de cierre mientras esta SMA se pronuncia respecto de la presente solicitud de aclaración, solicitamos a usted, en mérito de lo dispuesto por el artículo 57 inciso 2° de la ley 19.880, suspender los efectos del plan de cierre aprobado por la Resolución Ex. N°12 de fecha 19/03/2018 de la SMA, cuya aclaración solicitamos, en especial, en lo que se refiere al cómputo del plazo para ejecutar la totalidad de las acciones comprometidas y, en particular, aquellas que dicen relación con la demolición de la totalidad de los muros conforme al cronograma propuesto por nuestra representada, plan de acciones que deberá proseguirse, y readecuarse en sus plazos de cumplimiento, conforme a lo que esta Superintendencia resuelva al pronunciarse sobre el fondo de la presente solicitud de aclaración.

Fundamos dicha solicitud, según dispone la norma legal citada, en la circunstancia de que la ley autoriza la suspensión del acto recurrido, cuando el cumplimiento del mismo pudiere hacer imposible el cumplimiento de lo que se resuelve en caso de ser acogido el recurso, como en efecto ocurriría en este caso, en el evento de ser acogida nuestra solicitud de aclaración.

Esperando una favorable acogida a las solicitudes contenidas en el presente, saludan atentamente a usted,



Felipe Baseañán Montaner

p.p. Frutícola Tantehue Ltda.



Mauricio Viñuela Hojas













