



Tribunal Ambiental

Ordinario /Jur. N°13 / 2019

ANT.: Procedimiento de Reclamación **Rol R N°202-2019**, caratulado “**Fundación Rompientes y otros/ Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N°102 de fecha 22 de enero de 2019)**”.

MATERIA: Solicitud informe.



Santiago, 15 de marzo de 2019.

En el Procedimiento de Reclamación **Rol R N°202-2019**, caratulado “**Fundación Rompientes y otros/ Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N°102 de fecha 22 de enero de 2019)**” de este Tribunal, por resolución de fecha 13 de marzo de 2019, se ha ordenado oficiar a Ud. a fin de que informe dentro del **plazo de diez días**, al tenor de las presentaciones y resoluciones cuya copia fiel se adjunta.

El informe solicitado deberá ser remitido, según dispone el artículo 29 de la Ley N°20.600, conjuntamente con copia autentificada del expediente administrativo completo y debidamente foliado, que sirvió de base para dictar la Resolución impugnada.

Saluda atentamente a usted.

Luis Prieto Pradenas
Secretario Abogado
Segundo Tribunal Ambiental

Señor Superintendente
Superintendencia Del Medio Ambiente
Teatinos N°280, piso 8
Santiago.

MATERIA: RECLAMACIÓN ARTÍCULO 56 DE LEY N° 20.417

PROCEDIMIENTO: RECLAMACIÓN LEY N° 20.600

RECLAMANTE: FUNDACIÓN ROMPIENTES

RUT: 65.151.959-4

RECLAMANTE: COMUNITARIA TERRITORIAL VECINOS DE PUERTECILLO ("VECINOS DE PUERTECILLO")

REPRESENTANTE: JUAN PEDRO SABBAGH BOTINELLI

RUT: 12.627.797-0

RECLAMANTE: JUAN PEDRO SABBAGH BOTINELLI

RUT: 12.627.797-0

RECLAMANTE: CARLOS LEYTON FRAUENBERG

RUT: 13.218.278-k

ABOGADO PATROCINANTE: EZIO COSTA CORDELLA

RECLAMADO: SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE

RUT: 61.979.950-K

REPRESENTANTE LEGAL: RUBÉN VERDUGO CASTILLO

RUT: 9.604.075-K

EN LO PRINCIPAL: DEDUCE RECURSO DE RECLAMACIÓN; PRIMER

OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS; SEGUNDO OTROSÍ: HACE

PRESENTE MANDATO JUDICIAL; TERCER OTROSÍ: FORMA DE

NOTIFICACIÓN.

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Ezio Costa Cordella, chileno, abogado, cédula de identidad 15.384.461-5, domiciliado en calle Mosqueto 491, of. 312, Santiago Centro, en representación según se acreditará en un otrosí, de **Vecinos de Puertecillo**, Organización Comunitaria Funcional con personalidad jurídica vigente número ciento ochenta y seis, otorgada mediante Decreto Exento número cuatrocientos setenta y ocho de fecha veinte de marzo del año dos mil siete de la Municipalidad de Navidad, domiciliada en la localidad de Puertecillo, Comuna de Navidad, **Fundación Rompientes**, Rol Único Tributario 65.151.959-4, **Juan Pedro Sabbagh Botinelli**, chileno, arquitecto, cédula de identidad N° 12.627.797-0 y **Carlos Leyton Frauenberg**, chileno, ingeniero civil, cédula de identidad N° 13.218.278-k, a V.S. Ilustre respetuosamente digo:

Que, por el presente vengo en interponer Recurso de Reclamación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N° 20.417, en relación con lo establecido en los artículos 17 N° 3 de la Ley N° 20.600; en contra de la Resolución Exenta N° 102, de fecha 22 de enero de 2019 de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “Resolución reclamada”), dictada por el Superintendente del Medio Ambiente (s), el señor Rubén Verdugo Castillo, mediante la cual absuelve del cargo formulado a la Inmobiliaria e Inversiones Pirgüines Limitada (en adelante “la Inmobiliaria”) y a la Administradora Punta Puertecillo SpA. (en adelante “la Administradora”) finalizando con ello el procedimiento sancionatorio Rol D-091-2017.

Las razones para interponer la presente acción en contra de la resolución referida se fundan en el hecho de que la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”) resuelve la absolución de las empresas titulares del proyecto, permitiendo con ello que “Proyecto Punta Puertecillo” (en adelante “el Proyecto”) no ingrese al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante “SEIA”) a pesar de la constatación de que si se trata de un proyecto inmobiliario, contraviniendo el orden legal. Adicionalmente, la resolución impugnada resuelve no ampliar la formulación de cargos al proyecto, en relación con el hecho de desarrollarse el Proyecto en un Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad, como lo es el Humedal Topocalma, incurriendo en ilegalidades y permitiendo un proyecto que también las comete.

I. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, COMPETENCIA, PLAZO Y LEGITIMIDAD.

1. Procedencia de la acción

La Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales, en su artículo 17 N° 3 entrega a estos la competencia para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de las resoluciones dictadas por la SMA cuando estas no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, según lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “LOSMA”).

2. Competencia

El artículo 17 N°3 dispone que el Tribunal competente para conocer de las reclamaciones es el del lugar en donde se haya originado la infracción. Por su parte, el artículo 5 de la Ley N° 20.600 establece la jurisdicción de este Segundo Tribunal Ambiental en la Región del Libertador General Bernardo O’Higgins, donde se encuentra la comuna de Litueche, lugar donde se pretende desarrollar el Proyecto y actividades, respecto de las cuales se ha generado los cargos que

luego originan el procedimiento sancionatorio finalizado por la resolución reclamada.

3. Plazo

La acción ha sido interpuesta dentro del plazo señalado en el artículo 56 de la LOSMA, toda vez que la resolución fue notificada con fecha 25 de enero de 2019.

4. Legitimidad

En relación a la legitimidad de mis representadas, todas ellas son parte en el procedimiento sancionatorio que concluyó con la resolución reclamada, de suerte que su legitimación está vinculada al interés legítimo que tienen en torno al cumplimiento de la legislación ambiental por parte de los denunciados en dicho procedimiento.

En efecto, con fecha 16 de marzo de 2015, en virtud de lo dispuesto por el artículo 21 de la LOSMA, la Organización Comunitaria Territorial Vecinos de Puertecillo ("Vecinos de Puertecillo") presentó una denuncia en contra de la Inmobiliaria, entre otras denuncias que se presentaron por diferentes organizaciones.

Luego, con fecha 14 de diciembre 2017 se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-091-2017, por medio de la Formulación de Cargos en Resolución Exenta N°1, en contra de la Inmobiliaria y de la Administradora, por la infracción de lo establecido en el artículo 35 letra b) de la LOSM. Posteriormente, con fecha 23 de julio 2018, se realizó por esta parte una presentación ante la SMA donde se solicitaba tener como parte en el procedimiento a la Fundación Rompientes, la cual se tuvo como parte con fecha 11 de septiembre de 2018 y a don Juan Pedro Sabbagh, a quien se le tuvo como parte con fecha 07 de enero de 2019.

Como se puede ver en el expediente administrativo, la formulación de cargos tuvo como antecedente las denuncias efectuadas por diversas personas y organizaciones, donde se denunciaba la elusión de ingreso del Proyecto al SEIA.

Al respecto, el artículo 21 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado señala:

Artículo 21. Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución

definitiva.

En este sentido, la resolución recurrida al absolver de los cargos formulados, afecta directamente a las organizaciones recurrentes, dado su interés configurado conforme a la normativa citada.

Finalmente, el N°3 del artículo 18 de la Ley N° 20.600 dispone:

Artículo 18.- De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17:

3) En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Esta disposición, en conjunto con las ya señaladas y los antecedentes expuestos, otorgan la legitimidad necesaria a las organizaciones representadas para interponer la presente reclamación.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Inicio del proyecto y denuncias

Puertecillo y Topocalma corresponden a un sector históricamente agrícola, pescador y con un turismo de bajo impacto en sus playas y áreas naturales. Al alero de dicho sistema de vida, el ecosistema circundante ha podido mantenerse de manera en general adecuada, siendo el principal centro de biodiversidad de la zona, el humedal de Topocalma. El ecosistema que alberga el referido humedal, representa a un número importante de especies vegetales y animales y es además un sector de descanso para aves migratorias que provienen de lugares tan distantes como Norte America (gaviota de Franklin), entre otras especies.

Sin embargo, desde hace algunos años se viene gestando en la zona un proyecto que pretende alterar significativamente el referido ecosistema, así como los sistemas de vida circundantes. El proyecto "Punta Puertecillo", pretende ser un nuevo balneario de alto estándar para la mantención de segundas viviendas de lujo en el sector, aprovechando (y amenazando) la belleza del entorno, así como por su cercanía con la Región Metropolitana.

Para quienes habitamos el sector o lo visitamos regularmente desde antes de que se gestara el referido proyecto, este no ha significado nada más que problemas. Por ejemplo, el intento de los propietarios del mismo de bloquear el acceso a la playa de parte de los pescadores artesanales y deportistas, en una muestra del espíritu que mueve a Punta Puertecillo. Dicho bloqueo fue, sin embargo, resuelto por la Corte Suprema a favor de los pescadores. (causa rol 8372-2018)

Pero en paralelo con lo anterior, hemos podido constatar que el proyecto no ha sido evaluado ambientalmente a pesar de sus impactos ambientales, urbanísticos y sociales. La creación de un nuevo polo urbano que se erige (de manera fraccionada) como un nuevo balneario de alto estándar y que toma sus aguas de un humedal que es sitio prioritario para la biodiversidad, no ha sido evaluado.

Es por eso que con fecha 25 de marzo de 2014, se presentó la primera de las denuncias ante la SMA, realizada por la Junta de Vecinos "La Familia de Puertecillo", en contra de la Inmobiliaria, solicitando la fiscalización de eventuales autorizaciones ambientales asociadas al proyecto "Punta Puertecillo" señalando que se trata de un proyecto inmobiliario y que se encuentra en un área de pesca y recolección. Sería la primera de muchas solicitudes a la autoridad que no han encontrado una respuesta satisfactoria, a pesar de estar amparadas en el derecho vigente.

En paralelo, con fecha 13 de febrero de 2015, se constituyó la Administradora Punta Puertecillo, cuyo objeto es la administración de un sistema de provisión de

agua para dotar a los lotes que conforman el Loteo Punta Puertecillo; administrar los derechos de aguas de su propiedad, solicitar, presentar y tramitar todo tipo de solicitudes de derechos de agua; mantener las instalaciones de extracción, aducción, impulsión, elevación, transporte y distribución de aguas y red de incendios; mantener en buen estado el camino de acceso al Loteo Punta Puertecillo, de los caminos interiores del Loteo, respecto de los cuales tiene servidumbre de tránsito, y de los jardines que se encuentren en dichas servidumbres y sus sistemas de riego; velar por el cumplimiento por parte de los propietarios de las servidumbres y del Reglamento de Construcción; administrar un sistema de estacionamiento; mantener y operar el sistema de evacuación de aguas lluvias; prestar a los propietarios del Loteo, todo tipo de servicios relacionados con sus lotes.

La constitución de dicha administradora señala también, que los inmuebles de la se destinarán exclusivamente, entre otros, a estacionamientos, escuela de surf y restaurantes (lote 1), área verde y equipamiento de servicios, quiosco de venta de golosinas, uso deportivo. Son el área de servicios del nuevo polo urbano que se está desarrollando.

Con fecha 16 de marzo de 2015, la Organización Comunitaria Territorial "Vecinos de Puertecillo" presentó ante la Superintendencia, una denuncia de elusión en contra de la Inmobiliaria, donde se señala que el Proyecto inició obras de urbanización del terreno, pretendiendo ejecutar un proyecto inmobiliario destinado en forma permanente al uso habitacional con fines turísticos. La información para realizar esta denuncia es pública y notoria. Las inmobiliarias no esconden la magnitud de su proyecto, sino que la publicitan.

Adicionalmente, con fecha 08 de junio de 2015, se realizó una presentación por Silvia Cancino Brunel, en representación de Vecinos de Puertecillo, donde señala que el Proyecto no es una subdivisión predial, sino un proyecto inmobiliario, y que el área donde se instala el proyecto Hacienda Topocalma corresponde a área rural, con destino de suelo agrícola y forestal, por lo que infringiendo el artículo 55 de la LGUC, se busca instalar un proyecto inmobiliario, debiendo así ingresar al SEA debido a la magnitud de éste.

Frente a las denuncias ciudadanas, el día 20 de junio de 2017, mediante Resolución Exenta N°594, la SMA requiere información a la Inmobiliaria sobre el Proyecto. La respuesta se limita a señalar que se trata de una subdivisión del predio denominado "Hijuela Puertecillo", en 307 lotes de conformidad con el Decreto Ley N° 3.516. Que, de esos lotes, el 1 y 116 fueron aportados a la Administradora y que corresponden a áreas verdes, estacionamientos, espacio

para las oficinas de la Administración y la casa de su administrador. Señala también que la Administradora es la propietaria del punto de captación de aguas.

El Decreto Ley 3516, permite subdividir el área rural en parcelas de hasta 5000 metros cuadrados. El referido decreto opera, de acuerdo a su artículo primero, para “predios rústicos, esto es, los inmuebles de aptitud agrícola, ganadera o forestal”, y de acuerdo a su artículo 2º, es una contravención al mismo que de su utilización, derive a fines urbanos o habitacionales.

Junto con el requerimiento, se llevó a cabo la actividad de fiscalización por parte de la SMA y en ella se pudo constatar que

- (i) Algunas obras del Proyecto comenzaron a ser construidas el año 2014.
- (ii) La administradora administra los lotes que son de su propiedad, y la inmobiliaria realizó la subdivisión predial del terreno, lotes que poseen una superficie mayor a 5.00 m².
- (iii) El agua para los loteos se obtiene de una napa subterránea ubicada a 4 km del Proyecto.
- (iv) A la fecha están en etapa de construcción de 10 viviendas en 10 lotes, de un total de 296.
- (v) El Proyecto posee calles, iluminación, obras de evacuación de aguas lluvias, grifos, veredas, ciclovías.
- (vi) Se construyeron tres obras mayores de evacuación de lluvias.
- (vii) Se construyó una planta de agua potable.
- (viii) Se proyecta la construcción de 105 viviendas, 2 estacionamientos que se adicionan a los ya construidos, restaurante, escuela de surf.

Como se observa, no hay ninguna intención de mantener los predios para uso rústico, sino desarrollar el consabido balneario. Una pequeña ciudad privada de segundas viviendas de alto estándar, al margen de las molestas regulaciones urbanísticas y ambientales, que sólo tienen por fin asegurar el bien común y darle sentido al Estado de Derecho.

En el procedimiento sancionatorio, que será detallado en el siguiente acápite, se realizó además una presentación de esta parte, con fecha 23 de julio de 2018. En ella, se solicita que se tenga como parte a Fundación Rompientes y que se amplíe la formulación de cargos del procedimiento:

“incorporando los impactos sobre el Humedal Topocalma entre las características que hacen necesario el ingreso del proyecto al SEIA, y en el sentido de incorporar la infracción del artículo 11 bis de la ley 19.300 entre las infracciones del proyecto en cuestión, haciendo énfasis en el deber de ingreso de conformidad al artículo 10 letra g) y o) de la Ley 19.300”.

A dicha solicitud se respondió con fecha 11 de septiembre de 2018, se otorgó la calidad de interesada a Fundación Rompientes y en relación a la solicitud de ampliar los cargos se estimó que no existen razones para acogerla, debido a que los antecedentes aportados en dicha presentación no darian cuenta de nuevos hechos que funden una ampliación de cargos.

2. La formulación de cargos y el inicio del procedimiento sancionatorio

Con fecha 14 de diciembre 2017, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-091-2017, por medio de la Formulación de Cargos en Resolución Exenta N°1, en contra de la Inmobiliaria y de la Administradora

“por infracción de lo establecido en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, según el cual constituye infracción la ejecución de proyectos de desarrollo de actividades para los que la ley exige una Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella”

El cargo formulado señala como hecho constitutivo de infracción:

“La ejecución, sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental, de un proyecto de desarrollo:

- Urbano, que contempla obras de urbanización con destino habitacional.
- Urbano, que contempla obras de urbanización con destino permanente de esparcimiento, deporte, comercio y servicios.
- Turístico, que contempla obras de urbanización y de equipamiento para fines turísticos”

Se señala como normas infringidas el artículo 10 letra g de la Ley N° 19.300, y artículo 3 letra g) g.1, g.1.1 y g.1.2, letras a, b, c y d, y g.2 letras a, b, c y d del DS N° 40 (en adelante indistintamente “RSEIA”), del Ministerio del Medio Ambiente.

En el considerando 4 de la formulación de cargos se señala que el año 2014 la Inmobiliaria inició la ejecución de obras de urbanización en el predio Hijuela Puertecillo, consistentes en: construcción de caminos; obras de un sistema de canalización y evacuación de aguas lluvias; obras de un sistema de electrificación, redes eléctricas de media tensión subterráneas con sus respectivas cámaras y subestaciones eléctricas, redes eléctricas de baja tensión subterránea con sus respectivas cámaras, y redes de iluminación de calles y veredas con sus respectivos postes y luminaria. Esto se afirma nuevamente en el considerando 49 donde se advierte que en el predio se está desarrollando un proyecto que implica

obras de urbanización, tales como: caminos, veredas, sistema de canalización y evacuación de aguas lluvias, servicio eléctrico, veredas, luminaria, sistema de agua potable.

Agrega que el año 2015 se inició por parte de la Inmobiliaria, la venta de lotes resultados de la subdivisión de la Hijuela Puertecillo, constando aquello en las anotaciones al margen de la inscripción de propiedad del predio y según lo que la misma Inmobiliaria señala en la página web del proyecto.

En el año 2015, la Inmobiliaria establece un Reglamento de Convivencia, Arquitectura y Construcción de Loteo Punta Puertecillo, el cual regula, entre otros, el destino de los inmuebles de la Inmobiliaria, servidumbres y *"Construcción, las construcciones que se realicen en cada lote deberán respetar las normas contenidas en el Anexo I del reglamento"* (considerando 5).

También se realizan consideraciones respecto del Humedal Topocalma y de la cercanía que éste presenta con el área donde se desarrolla el Proyecto. Se advierte que el punto de captación de aguas se encuentra próximo al humedal y que el humedal podría estar influenciado por la extracción de agua superficial y/o subterránea para abastecer de agua potable.

Así en el considerando 48 se señala:

"Que, en consecuencia, en el área de influencia del proyecto se ubica el Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad "Humedal Topocalma". El que podría estar influenciado por la extracción de agua superficial y/o subterránea para abastecer de agua potable al proyecto Punta Puertecillo. Lo anterior, implicaría que se podrían generar efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables, tal como el impacto que podría generar el volumen o caudal de recursos hídricos a explorar sobre los niveles de aguas subterráneas y superficiales, y los respectivos efectos sobre el humedal".

Lo anterior luego sirve de fundamento para calificar la infracción como gravísima en virtud de la letra f) del numeral 1 del artículo 36 de la LOSMA, en relación con la constatación del efecto, característica o circunstancia señalado en el artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300.

Finamente, se señala en el considerando 52:

"Que, se puede observar, además, que las obras de equipamiento que conforman el proyecto Punta Puertecillo, tiene fines turísticos, entre ellas, zonas de estacionamiento, zonas de protección de playas, restaurante, escuela de surf,

quioscos, servicios comunes, cuyo uso se contempla tanto para los propietarios de los lotes, como para quienes visiten Punta Puertecillo".

Y advierte además que tanto la Inmobiliaria como la Administradora son dueñas de distintos lotes que resultaron de la subdivisión del predio Hijuela de Puertecillo, y que realizan acciones asociadas al proyecto alternativamente desde el año 2014.

3. De los informes sectoriales

Mediante O.R.D D.S.C N° 322, 324, 325, 326 y 327 se requirió información asociada al Proyecto a los siguientes organismos respectivamente: Corporación Nacional Forestal de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins ("CONAF"), Dirección Regional de Aguas de O'Higgins ("DGA"), Seremi Salud de O'Higgins y Consejo de Monumentos Nacionales ("CMN").

A su vez, mediante Resolución Exenta N°7 /Rol D-091-2017 se ofició a los siguientes organismos con el objeto de que entregasen información relacionada al Proyecto: Seremi de Vivienda y Urbanismo de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins; Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Litueche; Seremi de Agricultura de la región Libertador Bernardo O'Higgins; Director Regional del Servicio Agrícola Ganadero del Libertador Bernardo O'Higgins.

3.1. Pronunciamiento de Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)

El SEA es consultado en una primera oportunidad mediante O.R.D D.S.C N° 432 en relación a la existencia de consultas de pertinencia y/o Resoluciones de Calificación Ambiental, emplazadas en el sector de Puertecillo, y/o realizadas en el sector por Inmobiliaria e Inversiones Pirgüines. A ello da respuesta señalando que no existen consultas de pertinencia y que, en relación a la existencia de RCA, existe una Resolución de Calificación favorable al proyecto Hacienda Topocalma, de fecha 2001.

Luego, con fecha 31 de enero de 2018, por Res. Ex. N°5, se solicitó a la Dirección del Servicio de Evaluación Ambiental que indique si el proyecto requiere ingresar al SEIA en conformidad a lo dispuesto en los artículos 8 y 10 letra g) de la Ley N°19.300 y el artículo 3 letra g.1 y g.2 del RSEIA. A dicha presentación, el día 27 de abril de 2018 la Dirección responde que no cumple con ninguna de las tipologías de ingreso al SEIA y en particular, respecto del artículo 10 de la Ley N° 19.300 señala que para efectos de determinar si la tipología es aplicable, se debe identificar si el área del Proyecto se encuentra comprendida en algún

Instrumento de Planificación Territorial (en adelante "ITP"), que haya sido evaluado estratégicamente.

Señala enseguida que el "Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero, de la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins" (En adelante PRIBC), aprobado por Resolución Afecta N° 138m y calificado ambientalmente favorable por la Comisión Regional del Medio ambiente el 17 de enero de 2006, establece en su artículo 9 que el territorio intercomunal está constituido por Zonas Urbanas, Zonas de Extensión Urbanas, Área Rural y Áreas de Riesgo, graficadas en el plano PRIBC, y que, del análisis de aquel último instrumento, se observa que el área donde se encuentra el Proyecto, está dentro de los límites regulados por el IPT y se trata de una zona "AR Área Rural". A su vez, el PRIBC señalaría que en el área rural rigen las disposiciones del artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante "LGUC"), el Decreto Ley 3.516 del Ministerio de Agricultura y las condiciones y las condiciones establecidas para el nivel intercomunal por el artículo 2.1.7 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (en adelante "OGUC").

El SEA concluye finalmente en el OF. ORD. D.E N° 180533 comentado que no es necesario evaluar el proyecto:

"Debido a que el área donde se emplaza el Proyecto, se encuentra dentro de los límites regulados por un IPT, que según lo dispuesto por el artículo segundo transitorio del RSEIA, se considera evaluado estratégicamente".

3.2. Pronunciamiento de CONAF

Mediante O.R.D D.S.C N° 322 de solicita información asociada al Proyecto, ante lo cual este organismo remite cuatro documentos: (i) Resolución que rechaza el Plan de Manejo Corta de Bosque para ejecutar obras civiles (ii) Informe Técnico de Corta no Autorizada en Bosque Nativo (iii) Sentencia JPL Litueche en Denuncia por infracción a la Ley de Bosque Nativo (iv) Resolución que aprueba Plan de Manejo Plantaciones Forestales.

En el primero de dichos documentos el organismo señala que el rechazo se debe a que el sector donde se solicita realizar las actividades está afecto al Estudio de Impacto Ambiental ("EIA") denominado "Hacienda Topocalma", y la actividad afectaría sustancialmente al Estudio de dicho proyecto; a que no se señalan antecedentes legales ni técnicos sobre el predio donde se propone realizar la reforestación; y las medidas de protección indicadas son insuficientes ya que no se especifican medidas pertinentes para evitar procesos erosivos sobre el suelo descubierto de vegetación, además de la prevención de la degradación, protección y recuperación de dichos suelos.

Por otro lado, en el informe Técnico de Corta no Autorizada en Bosque Nativo, se señaló que en la inspección realizada por funcionarios de CONAF se encontraron con la corta no autorizada de Bosque esclerófilo en seis quebradas del sector. Se solicitó cursar la denuncia ante el Juzgado de Policía Local de Litueche. La sentencia señalada a su vez condenó a la Inmobiliaria a pagar una multa equivalente a 18,1 UTM.

Finalmente, se aprueban 12,6 há. Para el Plan de Manejo de plantaciones Forestales.

3.3. Pronunciamiento de la Dirección Regional de Aguas de O'Higgins

En su respuesta señaló no haber derechos de aprovechamiento de aguas a nombre de la inmobiliaria y la existencia de un expediente de fiscalización VV-0603-2075, el cual da cuenta de la existencia de obras de conducción de aguas, emplazadas en el área de construcción de un conjunto habitacional, de los cuales una evacúa aguas lluvias hasta la playa.

3.4. Pronunciamiento Seremi de Salud de O'Higgins

Remite antecedentes relacionados al proyecto de agua potable particular ubicado en Hijuela Puertecillo: (i) Resolución que autoriza el Sistema de Agua Potable Particular de propiedad de la Administradora (ii) Resolución Exenta que aprueba el Sistema de Agua Potable Particular de propiedad de la Administradora (iii) Copia del informe de la Administradora donde se contiene "Modificación de Proyecto de Abastecimiento de Agua Potable para el Proyecto de subdivisión Hijuela Puertecillo". El proyecto incluye las obras necesarias para el abastecimiento de agua potable del proyecto de Subdivisión Rural Hijuela Puertecillo.

3.5. Pronunciamiento Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Litueche ("DOM")

Señala en ORD N°1175, de 18 de junio de 2018 que da respuesta a la Resolución Exenta N°7, que Hijuela Puertecillo se emplaza en Área Rural de acuerdo al PRIBC, donde rigen las disposiciones establecidas en el artículo 55 de la LGUC, el Decreto Ley N° 3.516, y las condiciones interpuestas para el nivel intercomunal por el artículo 2.1.7 de la OGUC.

Agrega que existen solicitudes de Permisos de Edificación realizadas por los distintos propietarios de las parcelas del proyecto “Punta Puertecillo”, de acuerdo al artículo 116 de la LGUC, y que se han otorgado por parte del DOM Permisos de Edificación para la construcción de viviendas de los distintos propietarios de las parcelas, según el artículo 5.1.6 de la OGUC.

Finaliza señalando que no existen solicitudes asociadas al Proyecto, según lo establecido en el artículo 2.1.19 de la OGUC, y en el DOM de la Municipalidad de Litueche no existen informes del SAG Y/o Seremi de Vivienda y Urbanismos asociados al proyecto.

Por otra parte, existió un requerimiento de la Seremi de Vivienda y Urbanismo, de fecha 08 de septiembre de 2014, donde se solicitó al DOM fiscalizar toda construcción que se ejecute dentro de la Hacienda Topocalma y comprobar el destino que se dé a los edificios y a sus distintas dependencias. Se dio respuesta al requerimiento señalando por parte del DOM: (i) la Hacienda Topocalma corresponde a un sector rural y privado de la comuna (ii) la certificación de la subdivisión pertenece al SAG (iii) el artículo 5.2.1 de la OGUC no procede en este caso, al no corresponder a obras de urbanización (iv) la DOM no se encuentra habilitada para fiscalizar.

Luego, en ORD N° 970 de la Seremi de Vivienda y Urbanismo se comunica al DOM observaciones realizadas en una visita de “supervigilancia” realizada el 29 de mayo de 2015, y solicita al DOM tomar las medidas administrativas y técnicas para dar cumplimiento stricto a la LGUC y su respectiva ordenanza. Se constató: (i) que los expedientes no contaban con una ficha de control de trámite, según lo dispuesto en el artículo 1.4.2 inc. 2 de la OGUC (ii) que no existía nómina con los anteproyectos, subdivisiones y permisos otorgados conforme al artículo 116 de la LGUC, de acuerdo a lo indicado en el artículo 1.4.21 de la OGUC (iii) ausencia de antecedentes en la DOM del Loteo Hacienda Topocalma, conforme el artículo 116 de la LGUC (iv) de la visita de obras de urbanización, se constata que las obras ejecutadas, no constituyen la excepción del inc. 3 del artículo 116 de la LGUC (v) Se ordena tener presente que la certificación de predios rústicos procedentes de la subdivisión de predios agrícolas, implica la prohibición de variar su destino en los términos del artículo 55 y 56 de la LGUC, fijándose además en el procedimiento del artículo 2 del DL N° 3.156 donde se señala que la infracción a lo dispuesto en el Decreto Ley se sancionará con una multa a beneficio fiscal, equivalente al 200% del avalúo del predio dividido (vi) Que según el inc. 2 del artículo 55 corresponde a la Seremi de Vivienda y Urbanismo el rol de cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, no originen núcleos urbanos al margen de la planificación urbana intercomunal (vii) se ordena remitir un informe técnico fundado que indique las medidas legales,

reglamentarias, administrativas y técnicas adoptadas para corregir los aspectos observados.

En el informe técnico señala que respecto de la Hacienda Topocalma, la DOM se encuentra ante un proyecto autorizado por el SAG conforme al DL 3.516, ello no implica cambio de uso del suelo. A su vez, según lo señalado en el artículo 1.1.2 de la OGUC, el DOM no estaría facultado para fiscalizar el proyecto Loteo Topocalma por no tratarse de zonas urbanas.

3.6. Pronunciamiento del Servicio Nacional Agrícola y Ganadero

El Servicio hizo presente que, en relación al trámite de subdivisión de Administradora Punta Puertecillo SpA, solo se acompañó el informe Técnico de Terreno debido a que el resto de los documentos fueron derivados a la Seremi de Agricultura de la región.

Se acompañó diversos documentos, entre los cuales constaba la Resolución Exenta N° 1271/2017, que resuelve informar favorable la solicitud de Álvaro Valdés Covarrubias en representación de Administradora Puertecillo SpA, respecto de cambiar el uso de suelo o construcciones ajenas a la agricultura del predio rústico “Lote 1 de la Hijuela de Puertecillo”.

3.7. Pronunciamiento del Seremi de Vivienda y Urbanismo

Respecto de la solicitud de remitir el expediente de tramitación del PRIBC, se remiten diversos antecedentes: (i) Observaciones realizadas por CGR, en el año 2006, referidas a disposiciones que excederían lo dispuesto en el artículo 55 de la LGUC al establecer normas para “Zonas de Desarrollo Urbano Condicionado” en el borde costero. A raíz de aquello, la Seremi de Vivienda y Urbanismo utilizó sus facultades para modificar el proyecto de PRI quedando definido el borde costero como Área Rural, donde aplican las disposiciones del artículo 55 de la LGUC (ii) respecto de las modificaciones realizadas por la Seremi, se consultó a la CONAMA la pertinencia de ingresarlas a SEIA, indicando que no corresponde someterlas a evaluación (iii) que corresponde a la Seremi de Vivienda ejercer las facultades que entrega el artículo 55 de la LGUC (iv) que el artículo 3 del Decreto Ley 3.516 faculta a la Seremi de Vivienda, el SAG y la municipalidad respectiva a fiscalizar el cumplimiento de lo dispuesto en dicho decreto (v) La Seremi de Agricultura solicitó a la Seremi de vivienda un informe favorable para la construcción para un uso de suelo con “destino restaurante”, declarándose inadmisible por no dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 68 de la LGUC.

La Seremi señala que a través de las disposiciones del DL 3.516, se conforman núcleos urbanos al margen de la planificación territorial, lo que amerita una modificación urgente de dicho cuerpo legal.

III. DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y LA EJECUCIÓN DE UN PROYECTO QUE DEBE INGRESAR A EVALUACIÓN.

La Ley N°19.300 es el cuerpo normativo que desarrolla el contenido de la garantía del artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República, el cual asegura a todas las personas el derecho a “*vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”. Aquello fue a su vez expresamente reconocido en el mensaje del Presidente de la República, al enviar el proyecto de ley al Congreso Nacional.

En esa línea, dicha ley establece distintos instrumentos de gestión ambiental que permiten cumplir con este objetivo, entre ellos, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Este sistema tiene como finalidad evitar que se produzcan impactos ambientales, y en caso de producirse, que sean debidamente mitigados o compensados, en la ejecución de ciertas actividades determinadas por la ley.

El proyecto “Punta Puertecillo” presenta diversas características que permiten sostener que estamos frente a un proyecto inmobiliario, y que, por tanto, debiese ingresar al SEIA para medir los impactos que éste producirá y establecer medidas eficaces para que mitiguen o compensen dichos impactos.

No evaluar este proyecto, por lo tanto, es una flagrante ilegalidad. La resolución reclamada permite que se consoliden las siguientes situaciones: a) Se permite el fraccionamiento del proyecto, b) se legitima una ilegalidad, o en el mejor de los casos un abuso del derecho, por parte del titular del proyecto y c) Se infringe el principio preventivo y por lo tanto una de las razones de ser del derecho ambiental y del SEIA. Con ello, se vulnera también el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación del artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República.

1. Sobre el Proyecto Inmobiliario Punta Puertecillo y su ingreso al SEIA.

Tal como se señala en la denuncia presentada por los Vecinos de Puertecillo el día 16 de marzo de 2015, anteriormente la Hacienda Topocalma, lugar donde actualmente se instala el Proyecto, pretendió ser un proyecto inmobiliario, cuya RCA caducó por no haberse dado ejecución de las obras, y que el actual proyecto no es diferente al anterior, eludiendo así el ingreso al Sistema.

Además, y como fue hecho presente, la Inmobiliaria se refiere al Proyecto como un: “Proyecto Inmobiliario, LOTEO Punta Puertecillo, Proyecto Turístico”. Así, la expresión Loteo haría referencia a no solo un proceso de división predial, sino que también un proceso de urbanización del suelo con un propósito definido ya

sea habitacional, turístico o de servicios. A su vez, la OGUC en si Título 1 "Disposiciones Generales" se refiere que la Subdivisión de terrenos como el proceso de división de suelo que no requiere la ejecución de obras de urbanización por ser suficientes las existentes, cualquiera sea el número de sitios resultantes.

Como pudo constatar la SMA, levantando cargos por ello, el proyecto se corresponde con uno de desarrollo urbano y turístico y, conforme al artículo 10 letra g) de la Ley 19.300, estos deben ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. No estamos ante una mera subdivisión de suelo como pretende la Inmobiliaria en sus escritos, que además difieren abiertamente de lo que publicita.

En el procedimiento sancionatorio se aprecian diversas características de éste Proyecto de desarrollo urbano y turístico. Se trata de un proyecto que contempla 216,84 has divididas en 307 lotes de mínimo 5000 m² cada uno, de los cuales 295 se encuentran destinados a la venta. Se ha instalado ante los posibles compradores como un condominio que cuenta con espacios para estacionamientos, áreas verdes, restaurantes, equipamiento y zona de protección¹. Además, disponen de reglas de arquitectura para las viviendas, contemplándose una o dos por sitio, instalación de agua potable, solución individual de saneamiento, sistema de canalización y evacuación de aguas lluvias, sistema de electrificación, redes eléctricas, caminos, redes de iluminación de calles y veredas con sus respectivos postes y luminarias.

Todo lo anterior, da cuenta de que este no es un proyecto de subdivisión agrícola, sino un proyecto para generar un polo de desarrollo urbano, que además tiene características muy específicas. De lo anterior también dan cuenta los precios de los terrenos, que se elevan por sobre las 6.500 UF, según lo demuestra la imagen publicitaria acompañada al presente escrito² cuestión que no dice ninguna relación con lo que cuesta un predio efectivamente agrícola en la zona. En efecto, incluso otros proyectos de parcelación menos específicos en su destinación, tienen valores en que el "desde" apenas roza el 10% que el valor base de una parcela en el proyecto Punta Puertecillo.³

¹ Información obtenida de la página web del proyecto www.puertecillo.cl, acompañada al procedimiento sancionatorio Rol D-091-2017, con fecha 16 de marzo de 2015, por "Vecinos de Puertecillo".

² Imagen de la Revista "Vivienda y Decoración" del Diario El Mercurio, de fecha 2 de febrero de 2019.

³ http://www.realproperty.cl/venta-parcela-litueche-parcelas-a-minutos-de-puertecillo-y-topocalma-35852.html?trv_cid=a72600698d7a88f848e5cdc6a66794229a62e025&utm_source=Trovit&utm_medium=CPC&utm_campaign=premium

Un ejercicio de economía real y teoría de precios básica, nos indicará que sin dudas lo que se está vendiendo con los terrenos de Punta Puertecillo no es la tierra y su potencial agrícola. Tampoco la ubicación. Se está vendiendo la pertenencia a un proyecto con determinadas características.

A esto, se suma el hecho de que la Inmobiliaria ha usado instrumentos económicos para incentivar la construcción de las casas (de manera de consolidar el proyecto) De eso da cuenta la noticia del diario El Mercurio del año 2014, donde se señala que la Inmobiliaria respetará un 15% de descuento en los precios a las personas que se encuentren en “la lista”, si es que comienzan la construcción de las viviendas en un periodo de dos años.

En relación a los proyectos inmobiliarios y el SEIA, el reglamento ha especificado la materia señalando en su artículo 3 letra g) que:

“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 (...)

g) Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados estratégicamente de conformidad a lo establecido en el párrafo 1º bis del Título II de la Ley. Se entenderá por planes a los instrumentos de planificación territorial”.

A ello el mismo artículo agrega que:

“g.1. Se entenderá por proyectos de desarrollo urbano aquellos que contemplen obras de edificación y/o urbanización cuyo destino sea habitacional, industrial y/o de equipamiento, de acuerdo a las siguientes especificaciones:

“g.1.1. Conjuntos habitacionales con una cantidad igual o superior a ochenta (80) viviendas o, tratándose de vivienda social, vivienda progresiva o infraestructura sanitaria, a ciento sesenta (160) viviendas.

g.1.2. Proyectos de equipamiento que correspondan a predios y/o edificios destinados en forma permanente a salud, educación, seguridad, culto, deporte, esparcimiento, cultura, comercio, servicios, fines científicos o sociales y que contemplen al menos una de las siguientes características:

a) superficie construida igual o mayor a cinco mil metros cuadrados (5.000 m²);

b) superficie predial igual o mayor a veinte mil metros cuadrados (20.000 m²);

- c) capacidad de atención, afluencia o permanencia simultánea igual o mayor a ochocientas (800) personas;
- d) doscientos (200) o más sitios para el estacionamiento de vehículos.

g.2. Se entenderá por proyectos de desarrollo turístico aquellos que contemplen obras de edificación y urbanización destinados en forma permanente al hospedaje y/o equipamiento para fines turísticos, tales como centros para alojamiento turístico; campamentos de turismo o campings; sitios que se habiliten en forma permanente para atracar y/o guardar naves especiales empleadas para recreación; centros y/o canchas de esquí, playas, centros de aguas termales u otros, que contemplen al menos una de las siguientes características:

- a) superficie construida igual o mayor a cinco mil metros cuadrados (5.000 m²);
- b) superficie predial igual o mayor a quince mil metros cuadrados (15.000 m²);
- c) capacidad de atención, afluencia o permanencia simultánea igual o mayor a trescientas (300) personas;
- d) cien (100) o más sitios para el estacionamiento de vehículos;
- e) capacidad igual o superior a cien (100) camas;
- f) doscientos (200) o más sitios para acampar; o
- g) capacidad para un número igual o superior a cincuenta (50) naves."

Es decir, estamos frente a un proyecto que (i) cumple con la proyección de una construcción de un conjunto de más de 80 viviendas (al menos 295, pudiendo ser más en los lotes en que se permite la construcción de dos viviendas); (ii) con una superficie predial que supera por mucho la construcción de 20.000 m², dado que se trata de 216,84 has; y (iii) que contempla 4 sectores de estacionamiento, sin especificar el número.

Por otro lado, un atractivo de los sitios es su cercanía con la playa, y para ello el condominio entregaría facilidades a los propietarios de los inmuebles para realizar actividades deportivas como el surf, restaurantes, estacionamientos y equipamiento.

En dicha línea, con independencia de la zonificación como área rural, se está desarrollando en la zona, a vista y paciencia de todos los organismos del Estado, un proyecto de urbanización. Sin embargo, se ha elegido una modalidad levemente distinta, que consiste en la construcción de las viviendas por parte de los propietarios de cada uno de los lotes. Así, las condiciones para la construcción han sido otorgadas y garantizadas por la inmobiliaria Pírgüines Limitada y la Administradora Punta Puertecillo SpA, lo que así ha sido informado a los compradores y se ha materializado en la existencia de una regulación interna del

condominio, el Reglamento de Convivencia, Arquitectura y Construcción de Loteo Punta Puertecillo.

Los hechos materiales demuestran que en realidad el Proyecto se enmarca dentro de uno distinto, el cual es un condominio con una posibilidad habitacional y turística. La Inmobiliaria manifiesta en distintas instancias que se trata solo de una subdivisión predial debido a que se trata de un Área Rural, pero no cabe ninguna duda de la falsedad de dicha defensa. La evidencia, sus propios dichos y la constatación de los organismos del Estado confirman que se trata de un proyecto inmobiliario.

2. Fraccionamiento del Proyecto Inmobiliario

Como se señaló anteriormente, al otorgar el SEA una RCA favorable al proyecto "Hacienda Topocalma", en su momento (2001), reconoció la labor de urbanización que el proyecto traería. Hijuela Puertecillo, lugar donde se desarrolla el actual proyecto, se encuentra dentro de dicha hacienda, por lo que se puede concluir que este proyecto pretende realizar parte de las actividades planteadas por el antiguo proyecto. Toda la información que lleva a esa conclusión está a disposición del SEA y es de su conocimiento.

Lo anterior sugiere que se podría estar en presencia de un caso de fraccionamiento distinto al que la SMA conoce usualmente, donde los titulares del proyecto para no ingresarlo al SEIA, realizan solo una parte de éste, es decir, la división del suelo, y luego dividen la ejecución del resto del proyecto en diversos titulares, como sucede con la construcción de las viviendas, que es un hecho material no controvertido y cuyas solicitudes constan en los informes entregado por la Dirección de Obras Municipales, que se individualizaron al relatar los antecedentes en el presente escrito.

Incluso lo que es aquí señalado implicaría que el proyecto debiese ingresar por la causal del artículo 10 letra o) de la Ley N° 19.300, el cual tiene por objeto permitir que los organismos del Estado correspondientes puedan intervenir en la ejecución del proyecto, de acuerdo a sus competencias. Si un proyecto se fracciona, se obstaculiza el actuar de los órganos que estarían llamados a intervenir de presentarse el proyecto en su totalidad.

Una prueba patente de lo anterior es además la publicación en el Diario El Mercurio de fecha 02. 02. 2019, en la revista Vivienda y Decoración, donde se publicita abiertamente que una "nueva etapa del proyecto" está en venta desde enero de 2019.

Por supuesto, no todo desarrollo de proyectos en etapas es un fraccionamiento, pero para que no estemos frente a esta ilegalidad, debe darse el siguiente requisito.

El Art. 11 bis de la Ley N°19.3003 establece que:

"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 Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Será competencia de la SMA determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental SEA, 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".

Es decir, el proponente debió, dentro de la evaluación de su proyecto, acreditar que este corresponde a uno que deba darse por etapas, lo que en el presente caso tampoco ocurre toda vez que no se encuentra siendo evaluado el Proyecto y se ha negado reiteradamente la unidad de este, señalando que solo se trataría de la venta de lotes.

3. Legitimación de abuso de derecho

Enrique Barros señala que, conforme a la teoría de abuso del Derecho "*el ejercicio de un derecho puede ser ilícito, aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento normativo*"⁴.

Lo anterior porque "*por mucho que el ejercicio de un derecho se enmarque en los límites externos que le fije la ley o el contrato, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, que debe ser limitado por el derecho objetivo*"⁵.

El caso de autos es un arquetipo del abuso del derecho, donde se pretende desarrollar un proyecto inmobiliario fuera de la regulación urbanística y ambiental, usando para ello dispositivos legales varios, de una manera torcida. En lo que más nos interesa, existe un abuso del DL 3516, pero además, hay una notoria intención de eludir el sistema en (i) la división de las funciones del proyecto entre sociedades, (ii) el fraccionamiento del proyecto que ya fuera

⁴ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial jurídica, Santiago de Chile. 2010. p. 621

⁵ Ibíd. p. 626

explicado, y (iii) la invisibilización de la afectación del humedal, olvidando la lógica ecosistémica.

En esa línea, si bien la subdivisión predial realizada conforme a lo establecido en el DL 3.516 es lícita, esta división se enmarca en un proyecto que busca claramente eludir el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa urbanística y ambiental, ello debido a que el Proyecto no ha ingresado al SEIA precisamente por la acción deliberada de los titulares de dividirlo y de generar una sociedad que se haga cargo de la administración de una parte de este, cuando los hechos materiales demuestran que se trata de un solo proyecto, cuyo titular es el mismo, y que por sus características no se corresponde con una simple división predial, debiendo entonces ser aplicable la normativa especializada para tales efectos.

Así señala dicho precepto, en su artículo 1:

"Los predios rústicos, esto es, los inmuebles de aptitud agrícola, ganadera o forestal ubicados fuera de los límites urbanos o fuera de los límites de los planes reguladores intercomunales de Santiago y Valparaíso y del plan regulador metropolitano de Concepción, podrán ser divididos libremente por sus propietarios siempre que los lotes resultantes tengan una superficie no inferior a 0,5 hectáreas físicas.

En definitiva, el abuso en el ejercicio de aquella facultad entregada por el decreto, permite que en el presente caso se genere una situación ilícita, con un efecto contrario a la buena fe y a los fines de las normativas citadas. Mediante toda la situación descrita, se elude la sanción establecida en el artículo 2 del mismo Decreto Ley 3.516, y se evade el cumplimiento de lo establecido en la normativa ambiental.

Cabe decir al respecto, que incluso el Decreto 3.516 conforme al que se realizó la subdivisión, reconoce que la subdivisión puede dar lugar a actividades de urbanización y establece sanciones en caso de verificarse aquello. Es por ello que en su artículo 1º inc. 7 señala expresamente que:

"(...) Los predios resultantes de una subdivisión quedarán sujetos a la prohibición de cambiar su destino en los términos que establecen los artículos 55º y 56º de la Ley General de Urbanismo y Construcciones".

Luego agrega en su artículo 2 que:

"Quienes infringieren lo dispuesto en el presente decreto ley, aun bajo la forma de comunidades, condominios, arrendamientos o cualquier otro cuyo resultado sea la destinación a fines urbanos o habitacionales de los predios señalados en el artículo primero, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal, equivalente al 200% del

avalúo del predio dividido, vigente al momento de pagarse la multa. Las multas serán aplicables de acuerdo con las normas del Capítulo IV del Título I de la Ley General de Urbanismo y Construcciones."

De acuerdo a lo señalado por la norma entonces, se reconoce la posibilidad de provocar destinaciones urbanas o habitacionales con la subdivisión de predios y considera sancionable tal posibilidad, y se sanciona, lo que en el presente caso no es advertido por las autoridades correspondientes, perpetuando una situación de abuso del derecho.

IV. CAUSALES POR LAS QUE EL PROYECTO DEBE INGRESAR AL SEIA.

1. Por ser un proyecto inmobiliario y turístico en un área no regulada.

1.1. SEIA y Regulación Inmobiliaria

El artículo 10 de la Ley N°19.300 establece aquellos proyectos que deben entrar a evaluación ambiental por generar impactos ambientales, incluyendo en su letra g) a los "*Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el Párrafo 1 Bis*".

El párrafo 1 bis mencionado hace referencia a la Evaluación Ambiental Estratégica de los instrumentos de planificación territorial, lo que excluiría entonces el examen de éstos mediante el SEIA.

En relación a la Evaluación Ambiental Estratégica de los planes reguladores, se señala que:

"Es el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales de desarrollo sustentable, al proceso de formulación de políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y su plan, y sus modificaciones sustanciales"⁶.

En relación al presente caso, es un hecho que el Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero, de la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins, no cuenta con dicha evaluación.⁷ De solo ese antecedente, se seguiría que debe ingresar al SEIA el proyecto en cuestión, en línea con el levantamiento de cargos hecho por la SMA en su momento.

Por otra parte, la planificación urbana Intercomunal y Metropolitano, se encuentra definida en el artículo 34 de la LGUC como que: "regula el desarrollo físico de las áreas urbanas y rurales de diversas comunas". En relación a ello y a lo dispuesto en el artículo 10 letra g), Fernández y Holmes señalan lo siguiente:

"Las zonas no comprendidas en los planes evaluados según lo dispuesto en el párrafo 1 bis, son todas aquellas zonas que se encuentran fuera de los planes reguladores, es decir el área rural.

⁶ FERNANDEZ, José y HOLMES, Felipe. *Derecho Urbanístico Chileno*. Editorial jurídica. Santiago de Chile 2012. Pág. 143.

⁷ Fue calificado ambientalmente favorable, mediante la R.E. N° 10, de fecha 17 de enero de 2006, de la Comisión Región del Medio Ambiente de la VI Región,

Por tanto, los proyectos de desarrollo urbano o turístico que se pretendan hacer en el área rural, de acuerdo a lo que establece el artículo 55 de la LGUC, deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental

(...) Por último, la Ley N°19.300 contempla en su artículo 11 bis una prohibición de gran trascendencia, que los desarrolladores inmobiliarios deben tener presente al momento de planificar sus proyectos. Dicha norma dictamina que 'los proponentes no podrán a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental'. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación (...)”⁸.

Es decir, al no ser estrictamente materia de regulación de un plan intercomunal las áreas rurales, debido a que estos se enfocan en la planificación del desarrollo urbano, los proyectos inmobiliarios que ahí se pretendan instalar deben ingresar al Servicio de Evaluación Ambiental, y como la utilización del Decreto Ley 3.516 en la práctica ha generado que los titulares fraccionen sus proyectos para hacer calzar la normativa aplicable a las áreas rurales y generar al borde de la ley polos de desarrollo urbano, se hace la salvedad que la Superintendencia podrá requerir el ingreso de aquellos proyectos al sistema de evaluación.

Veremos en lo sucesivo, además, razones específicas que obligan a la evaluación de este proyecto.

1.2. Aplicación de ilegal norma transitoria del Reglamento del SEIA

El hecho de que se haya cerrado la investigación de autos sin cargos, obedece en parte importante al informe del SEA que señala que por aplicación del artículo 2º Transitorio del Reglamento del SEIA (DS 40/2012 MMA), el Plan Regulador Intercomunal de Borde Costero de la Región de Ohiggins contaría con una evaluación ambiental estratégica “convalidada”.

El Reglamento del SEIA en su artículo 2 transitorio señala que:

“Para efectos de lo establecido en la letra g) del artículo 3 y en el inciso 2º del artículo 15 del presente Reglamento, se considerarán evaluados estratégicamente, de conformidad a lo establecido en el párrafo 1º bis, del Título II de la Ley, los planes calificados mediante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de manera previa a la entrada en vigencia de la Ley N°20.417, así como los planes que se encuentren vigentes desde antes de la dictación de la Ley N°19.300”.

En el presente caso, la norma transitoria deja inoperativa entonces la norma establecida en el artículo 10 letra g) de la Ley 19.300 para casi absolutamente todos los planes, pues el reglamento asume que todos los planes reguladores incluyen consideraciones ambientales de desarrollo sostenible.

⁸ FERNANDEZ, José y HOLMES, Felipe, op.cit. Pag. 145

La norma en comento claramente excede los límites de la potestad reglamentaria y se pasa por alto un mandato legal expreso, pues en la práctica y con la aplicación que el SEA hace de ella, se hace irrelevante la existencia de planes reguladores evaluados ambiental-estratégicamente. Dicha norma claramente excede las facultades otorgadas por la Constitución a la Administración del Estado, al haberse dictado fuera de las delegaciones que la ley 19.300 hace a la Administración para que ejecute su potestad reglamentaria.

A mayor abundamiento, cuando el legislador, en el artículo 10 en comento, quiso derivar la regulación de un tema en el reglamento, lo hace expresamente, cuestión que no se verifica en su letra g), eso se demuestra en el mismo artículo 10, en su letra r), el cual señala lo siguiente:

"r) Proyectos de desarrollo, cultivo o explotación, en las áreas mineras, agrícolas, forestales e hidrobiológicas que utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas. El reglamento podrá definir una lista de especies de organismos genéticamente modificados que, como consecuencia de su comprobado bajo riesgo ambiental, estarán excluidos de esta exigencia. El mismo reglamento establecerá el procedimiento para declarar áreas como libres de organismos genéticamente modificados."

En la doctrina existe consenso sobre la extensión de la potestad reglamentaria y la importancia de respetar el contenido de la Ley. En este sentido, Cordero Vega ha señalado que:

"La potestad reglamentaria de ejecución supone la dictación de reglamentos que desarrollan, pormenorizan o complementan una ley, facilitando la aplicación de los mandatos legales³²⁴, pero que no pueden innovar y vulnerar el contenido normativo entregado por la ley³²⁵. En otros términos, el Presidente de la República goza de poder de emitir reglas que propendan a la observancia, eficacia y eficiencia en la aplicación de las leyes, pero carece de autorización, dentro de su potestad reglamentaria propia, para dictar preceptos que van más allá, contradigan, se opongan o extralimiten los términos mismos de la ley en que se basan³²⁶.

De este modo se afirma que un Decreto Supremo no ejecuta la ley, sea por exceso o insuficiencia cuando: (a) es simplemente contrario a la ley; (b) altera los preceptos de la ley que desarrolla; (c) va más allá del establecimiento de normas para el cumplimiento y aplicación de una ley; (d) omite un trámite esencial de procedimiento que impide el ejercicio de un derecho o priva de los medios de defensa al afectado; (e) contraría, modifica y amplía el sentido y alcance de un precepto legal; (f) impone exigencias adicionales a las establecidas por la ley; (g) establece nuevos requisitos o limitaciones, derogando o haciendo inoperante la aplicación de la ley³²⁷.⁹

En el mismo sentido Cordero Quinzacara ha señalado que:

⁹ CORDERO VEGA, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. p, 149-150

"Nuestra doctrina le ha dado al reglamento de ejecución el alcance que normalmente se le ha reconocido a la potestad reglamentaria en su relación con la ley, es decir, no pudiendo ir contra ley expresa, ni transgredir su dominio material, quedando limitada al desarrollo y detalle de la ley. Así, el concepto de reglamento ejecutivo posee una significación típica y estereotipada: la ley establece la regulación de una materia, dejando al gobierno que establezca, mediante un reglamento, las normas necesarias para su ejecución concreta."¹⁰

Según lo señalado, el Reglamento fue dictado en exceso de la potestad reglamentaria al restringir el alcance de una disposición legal, determinando que ciertos proyectos no deben ingresar a evaluación, debido a que el área donde se ejecuta se encuentra regulada por un Plan de Regulación Interregional, a pesar de que ellos no cumplan con los objetivos y finalidades por los cuales se sometió este tipo de instrumentos a la Evaluación Ambiental Estratégica.

La jerarquía normativa es una cuestión extremadamente relevante para el buen ejercicio de las potestades estatales, pues importa la legitimidad democrática de las mismas. Es también una práctica necesaria de los servicios públicos y tribunales, la de no aplicar normas que son abiertamente ilegales.

Así en este caso, donde existe una colisión frontal entre la ley 19.300 y su reglamento. Mientras la ley señala que proyectos fuera de áreas evaluadas ambiental-estratégicamente deben ser evaluados en el SEIA, el Reglamento elimina esa norma mediante una convalidación manifiestamente arbitraria.

Frente a esa contradicción, tanto los servicios públicos como este ilustre Tribunal, deben aplicar la norma legal, pues ella prefiere por sobre la norma reglamentaria que la contraría. Máxime cuando esa norma reglamentaria fue dictada en contravención a la potestad reglamentaria del organismo que la dictó, al no tener las facultades delegadas para hacerlo.

1.3. El área en que se emplaza el proyecto ni siquiera cumple la base de presunción del artículo transitorio

A mayor abundamiento, el área donde se emplaza el proyecto no fue de aquellas que fueron evaluadas en el procedimiento que llevó a la dictación del referido plan regulador intercomunal y se encuentra por lo tanto fuera del ámbito de aplicación del referido Plan.

¹⁰ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009), p. 421.

La secuencia de hechos que llevó a esto probablemente se relaciona con el espíritu de este proyecto.

Como consta en el procedimiento administrativo, en el año 2000, un proyecto inmobiliario prácticamente idéntico al que discutimos en este proceso, fue evaluado ambientalmente por la COREMA y fue aprobado, mediante RCA N°165 de 16 de noviembre de 2001.¹¹

El espacio territorial del referido proyecto inmobiliario es el mismo que el del proyecto de autos; la Hacienda Topocalma. Pero hay una diferencia fundamental, el proyecto de 2001 fue evaluado por Estudio de Impacto Ambiental y su RCA contemplaba medidas de mitigación, compensación y reparación en línea con sus impactos.

Ahora bien, lo más importante es entender que sucedió luego con el Plan Regulador a propósito de la existencia de esta RCA, pues en él se le dio a la zona la categoría de "Zona de Desarrollo Urbano Condicionado", sin evaluarlo, sino que sólo a propósito de la existencia de la RCA.

En efecto, el artículo 47 del Plan, en su inciso final, establece;

"Una zona de Desarrollo Urbano Condicionado especial la constituye el área de Topocalma, donde se encuentra vigente un proyecto que posee Resolución de Calificación Ambiental aprobada, esta situación se reconoce por el Plan y se incorpora como área planificada."

Vale decir, expresamente se vincula la evaluación del plan a la existencia de la RCA.

Esto se explica de manera lógica en el sentido de que la Zona de Desarrollo Urbano Condicionado Especial de Topocalma se define en términos que;

"Corresponde a aquellas zonas actualmente ubicadas en el Área Rural, aisladas de los centros urbanos en las cuales, dadas sus cualidades paisajísticas y su potencial inmobiliario, se propone el desarrollo de Zonas Urbanas Condicionadas en el que las externalidades generadas por un proyecto determinado, sean absorbidas por los propios responsables de estas agrupaciones urbanas o núcleos donde es posible emplazar las siguientes actividades : Residencial, Equipamiento, Espacio Público y Área verde de acuerdo con el artículo 2.1.24. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Estas Zonas corresponden a verdaderas ciudades satélites autosuficientes, que no deben generar mayores gastos al gobierno central o municipal."¹²

¹¹ http://seia.sea.gob.cl/archivos/EIA/2012122006/EIA_3405_DOC_7670411.pdf

¹² RCA 044/2005, Califica Ambientalmente Proyecto "PLAN REGULADOR INTERCOMUNAL BORDE COSTERO", p.14

Atención hay que poner al hecho de que el Plan considera que "las externalidades generadas por un proyecto determinado, sean absorbidas por los propios responsables de estas agrupaciones urbanas". Eso puede suceder cuando se evalúa ambientalmente un proyecto y en el caso de este plan, sucedía porque existía una RCA que se hacía cargo de esos impactos.

Entonces, el Plan delega la regulación del área y la absorción de los impactos en la existencia de una RCA que cubre ese espacio territorial. Es ese proyecto el que podía desarrollarse en ese espacio, pues el Plan Regulador descansó sobre la Evaluación Ambiental de ese proyecto.

Pero la RCA caducó y la zona quedó nuevamente desregulada.

En efecto, con fecha 16 de noviembre de 2016, el SEA declaró la caducidad de la RCA en cuestión, pues nunca se realizó.

Lo anterior es muy interesante, puesto que el proyecto, como estaba previsto en la RCA no se realizó y por lo tanto al no cumplir con la RCA, se ejecutó en un espacio territorial que no está cubierto por el Plan Regulador.

Y también interesante, porque en la práctica el proyecto si se está realizando, pero no al alero de una RCA. El que era un proyecto inmobiliario con unas determinadas características mutó para convertirse en un proyecto inmobiliario de características similares, pero diversas. Se fraccionó, eludió el SEIA y ahora vende los terrenos para la construcción de segundas viviendas sin tener que llevar a cabo ninguna medida para hacerse cargo de sus externalidades negativas.

Como este Ilustre Tribunal comprenderá, lo anterior es abiertamente contrario a las normas ambientales y urbanísticas, debiendo ser sancionado.

2. Por ejecutarse en afectación del Humedal de Topocalma.

2.1. De la importancia de los humedales

Como se señaló en la presentación realizada por esta parte ante la SMA, la Convención de Ramsar sobre los Humedales, que entró en vigencia en Chile el 27 de noviembre de 1981, busca promover la conservación y uso de humedales a través de acciones nacionales y cooperación internacional. Ello por la convicción a la que llegaron los países suscriptores sobre la importancia de los humedales para la preservación de los ecosistemas.

A raíz de lo establecido en dicha Convención, se han realizado diversos estudios internacionales, los cuales hacen referencia a la relación que existe entre los humedales, los ecosistemas y otros elementos del medio ambiente, señalando así que:

"Los ecosistemas ofrecen una serie de servicios beneficiosos para las personas, la sociedad y la economía en general, que se conocen como servicios

ecosistémicos o servicios de los ecosistemas (EM, 2005). Muchos de ellos están relacionados con el agua y los humedales por ofrecer suministro, regulación y purificación del agua y reposición de aguas subterráneas, y son fundamentales para alcanzar los objetivos de seguridad del agua y agua para la seguridad alimentaria. Otros servicios ecosistémicos que ofrecen los humedales desempeñan papeles importantes en relación con el reciclamiento de nutrientes, el cambio climático (mitigación del clima y adaptación a él), seguridad alimentaria (producción de cosechas y viveros para la industria pesquera), seguridad laboral (mantenimiento de la pesca, calidad del suelo para la agricultura) y una serie de beneficios culturales, entre ellos conocimientos (científicos y tradicionales), recreación y turismo, y formación de valores culturales, incluidos la identidad y los valores espirituales”¹³.

En esa misma línea, se analizan los efectos que puede producir en un ecosistema la degradación de los humedales, señalando como algunos de ellos: la pérdida de biodiversidad, cambios en las funciones ecológicas y cambios en los flujos de los servicios ecosistémicos, con impactos posteriores en la salud, los medios de subsistencia y el bienestar de las comunidades y en la actividad económica¹⁴.

Específicamente se señala la eutrofización como uno de los posibles efectos adversos que pudiesen sufrir los humedales continentales de agua dulce y humedales costeros, debido a la degradación de éstos, y que puede tener como consecuencia que el ecosistema se vea dominado por las algas, provocando a su vez una disminución en la población de peces, riesgos para la salud y reducción de las posibilidades de actividades turísticas y recreativas y, en el caso de los arrecifes costeros, también una disminución en posibilidades de manejo de peligros naturales (Secretaría del CDB, 2010)¹⁵.

2.2. El SEIA y los humedales

El proyecto “Punta Puertecillo” se desarrolla en un área colindante con el Sitio Prioritario para la Biodiversidad Humedal Topocalma, de modo que, de conformidad con el artículo 10 letra p) de la Ley 19.300 y el Dictamen N°48.164 de la Contraloría General de la República, también debió haber ingreso a evaluación ambiental.

El artículo 10 letra p) de la Ley 19.300 señala que deben someterse al SEIA:

“p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”.

¹³ Patrick ten Brink, Daniela Russi, Andrew Farmer y Tomas Badura, David Coates, Johannes Förster, Ritesh Kumar y Nick Davidson. “La economía de los ecosistemas y la biodiversidad relativa al agua y los humedales”. Resumen ejecutivo. 01 de febrero de 2013. Pág. 04

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ibid. Pág. 07.

Dentro de la categoría de actividades puestas bajo protección oficial se encuentran los Sitios Prioritarios para la conservación, como señala el Dictamen 48.164/2016 de la Contraloría de la República señala que:

"Ahora, cabe hacer presente que bajo la sola aprobación en el año 2003 de la "Estrategia para la Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad", la calificación de sitio prioritario de conservación de una determinada zona geográfica, no le atribuye el carácter de área colocada bajo protección oficial para efectos del artículo 10, letra p), de la ley N° 19.300, pues tal categorización sólo obedecía a una identificación programática que serviría de base para que, en el futuro, la autoridad adoptare medidas tendientes a proteger la biodiversidad de dichas zonas.

No obstante, cumple puntualizar que respecto de los "humedales" declarados sitios prioritarios de conservación, aquel carácter programático se vio modificado con la dictación de la ley N° 20.283 - sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal y que fue publicada el 11 de julio de 2008-, toda vez que en razón de lo prescrito en su artículo 17, el legislador consagra a esas zonas como áreas objeto de protección estatal.

En efecto, el citado artículo 17, en su inciso primero, prohíbe la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos en una distancia de 500 metros de los glaciares, medida en proyección horizontal en el plano. Añade su inciso segundo que el reglamento normará la protección de suelos, cuerpo y cursos naturales de agua, teniendo en cuenta, a lo menos, los criterios que allí se detallan.

Por su parte y en lo que interesa, su inciso tercero previene que "De la misma forma, el Reglamento determinará la normativa para la protección de los humedales declarados Sitios Prioritarios de Conservación, por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, o sitios Ramsar, debiendo considerar los criterios señalados en el inciso anterior, así como también los requerimientos de protección de las especies que lo habitan".

Precisamente en este caso, el Humedal Topocalma si ha sido declarado Sitio Prioritario para la Biodiversidad, y debido a la afectación a éste que se presenta con la ejecución del proyecto, queda evidencia que el Proyecto debiese ingresar al sistema de evaluación, o de lo contrario no se podrán establecer las medidas necesarias para no generar un detrimento al humedal.

Como se señala en la exposición de los hechos del presente escrito, el SEA en su pronunciamiento descarta la posibilidad de afectación del humedal, y por lo tanto, la obligación de ingreso por dicha causal, señalando en su oficio de fecha 26 de abril de 2018:

"No obstante lo anterior, según lo informado por el titular, el agua para los lotes será obtenida desde una napa subterránea ubicada a unos 4 km del proyecto, en la "Hacienda Topocalma", dicho punto de captación se encuentra

fuerza de los límites del sitio prioritario mencionado. Junto con lo anterior, el titular acompaña un informe de agua realizado por el "Centro de Ecología Aplicada", del que se concluye que la fuente de agua del Proyecto, no guarda relación con las aguas del Humedal costero Topocalma, ya que no se observa coincidencia en sus propiedades, razón por la cual el titular concluye que el agua extraída desde el punto de captación, no afecta de manera alguna el abastecimiento de agua del Humedal. Cabe indicar, que lo indicado precedentemente, sólo se refiere al punto de captación y no se pronuncia sobre el trazado de la cañería que comunica el punto de captación con el Proyecto, ya que dichos antecedentes, a la fecha no han sido informados por el titular.

"Debido a que las obras y actividades asociadas al Proyecto, se encuentra fuera de los límites del área colocada bajo protección oficial más cercana, esta Dirección Ejecutiva concluye que la tipología de ingreso descrita en el literal p) del artículo 10 de la LBGMA, no es aplicable a las obras y actividades del Proyecto, no siendo obligatorio su ingreso al SEIA por este concepto. No obstante lo anterior, se aclara que la presente conclusión, ha sido realizada considerando que el trazado de la cañería que comunica el punto de captación con el Proyecto, no se emplaza sobre el "Humedal Costero Topocalma".

La interpretación normativa del SEA es abiertamente contraria a su obligación legal de protección del medio ambiente, contraviene la lógica del derecho ambiental, facilita el abuso del derecho y carece de lógica ecosistémica.

Para el SEA, no existe posibilidad de afectar el humedal porque la toma de agua para abastecer las viviendas del condominio se encuentra fuera del sector protegido y porque, de acuerdo a un informe técnico acompañado por el titular, las propiedades del agua son distintas en el punto de captación de la misma y en el humedal.

En relación a lo primero, en la Ley 19.300 un concepto jurídico vital para determinar los impactos de un proyecto es el de área de influencia, la que conforme al artículo 2 letra a) del Reglamento del SEIA es "*el área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias.*"

El área de influencia no necesariamente hace referencia a los límites territoriales de un proyecto, sino que se trata de todo lugar que puede sufrir los impactos ambientales del proyecto, ya sea el entorno, terrestre, acuático, aéreo, etc. Así, no corresponde, para efectos de letra p) del artículo 10 en comento, señalar que el proyecto no se encuentra dentro del área declarado Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad, toda vez que lo relevante es que el sitio se encuentre dentro del área de influencia del proyecto, lo que ocurre en este caso, tal como se señala en el considerando 48 de la Formulación de Cargos. No corresponde entonces analizar el caso haciendo una interpretación restrictiva de la norma ya que, pretender que un proyecto se instale precisamente en un área protegida para ser evaluada, es desconocer el carácter preventivo en la

evaluación de impactos que tiene el SEIA, más aun si se trata de ecosistemas tan frágiles como lo son los humedales.

Esto, además de ser sistémica y normativamente la interpretación correcta, también lo es desde un punto de vista semántico. El artículo 10, letra p) señala que se considerará la “ejecución de obras, programas o actividades en ...”

Esas obras, programas o actividades deben ser correspondientes al proyecto. ¿Cuáles son en este caso? No existiendo en principio un proyecto presentado, son difíciles de delimitar, pero de lo que se conoce sobre el mismo, el proyecto consiste en subdividir los alrededores del humedal, construir un proyecto inmobiliario de segundas viviendas y servicios y que se produzca una dinámica de balneario turístico en el lugar. ¿No hay para ello actividades en el humedal?

No es plausible considerar que no existan dichas actividades. Ya de por sí, la presencia masiva de personas significa impactos en el humedal. Esa presencia masiva de personas es un efecto directo del proyecto, que se manifestará en actividades en el humedal. Esas actividades, ya sea de recreación u otras, son actividades del proyecto.

Lo que el proyecto está vendiendo no son terrenos en cualquier parte, sino que está vendiendo una dinámica de vida en un espacio natural determinado y con determinadas características físicas y sociales. Parte de esa dinámica, sin dudas transcurrirá en el humedal, así como otra parte en la playa y otra en las áreas de servicio y recreación. La determinación del precio de los terrenos así lo demuestra, así como también la publicidad del mismo, basada principalmente en tener un “entorno natural privilegiado”.

Pero además, habrá una actividad que sin dudas se produce en el humedal, que es la extracción de aguas. Si bien el punto de extracción no se encuentra dentro del sitio prioritario, se encuentra en el mismo sistema hídrico, a escasos metros y por lo tanto la actividad de extracción tiene lugar en el humedal, que verá afectado su caudal y calidad de aguas.

En segundo lugar, en relación al informe elaborado por el Centro de Ecología Aplicada, el descarte del Servicio de Evaluación también es errado. En específico el informe concluye que:

“De las mediciones de parámetros in-situ, se puede concluir que el agua del estanque de agua cruda no corresponde al agua existente en el Humedal Topocalma, pues no hay coincidencia en sus propiedades. A su vez, las propiedades del agua extraída del estanque de agua cruda coinciden con las del agua extraída del estero Topocalma”¹⁶.

Cabe señalar en este punto que: (i) A pesar de la veracidad de los hechos, un informe de parte no puede ser el respaldo de la determinación como la realizada por el SEA por dos razones que se expresarán, debido a que este precisamente

¹⁶ Informe Caracterización Humedal y Estero Topocalma, elaborado en marzo del año 2018.

busca defender la posición sostenida por el denunciado (ii) Cuando existe potencialidad de causar impactos conforme al artículo 11 de la Ley 19.300, surge la necesidad de generar estudios que permitan descartar impactos. A su vez, por parte de los titulares incluso se puede hacer uso de la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, buscando corroborar de buena fe el hecho de que no se generan impactos que obliguen a someterse al sistema, lo que en el presente caso, ninguno de esos mecanismos se activó, presentándose un estudio completamente atemporal para evaluar y predecir impactos. (iii) aunque la conclusión sea cierta no sirve para descartar los impactos del proyecto sobre el humedal ya que la constatación del agua extraída desde el punto de captación tiene propiedades similares con el agua del estero Topocalma pero no con las aguas del Humedal, no permite concluir que no existe afectación a este último.

Respecto de este último punto, la relación es evidente entre el estero y el Humedal, toda vez que el Estero Topocalma desemboca en el Humedal y lo forma, siendo este punto el relevante para determinar una conexión y no las propiedades del agua que claramente pueden verse influenciada por otros elementos del medio ambiente. En esa línea, y tal como se señala por el Ministerio del Medio Ambiente, es un humedal costero tipo estuario “que conforma el hábitat de varias especies, zona de descanso, alimentación y de reproducción de aves”¹⁷.

Al respecto, resulta útil recordar la definición que la Convención RAMSAR nos entrega sobre humedales, al señalar en su artículo 1 que:

“son humedales las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros.”

Así se ha reconocido que existen 5 tipos de humedales principales: “marinos (humedales costeros, inclusive lagunas costeras, costas rocosas y arrecifes de coral); • estuarinos (incluidos deltas, marismas de marea y manglares); • lacustres (humedales asociados con lagos); • ribereños (humedales adyacentes a ríos y arroyos); y • palustres (es decir, “pantanosos” – marismas, pantanos y ciénagas)”¹⁸

Como se señaló, el Humedal Topocalma se corresponde con estuarios, los que se caracterizan por;

“ser áreas costeras donde las aguas continentales (“aguas dulces”) se mezclan gradualmente con las aguas oceánicas, determinando la existencia de amplios gradientes de salinidad, temperatura y densidad. La importancia de estos sistemas es más representativa cuanto mayores son los aportes de aguas

¹⁷ Ver: <http://bdrmap.mma.gob.cl/busador-rmap/#/ficha?ficha=SP1-023>

¹⁸ Manual de la Convención de Ramsar, 6^a edición, p. 7 En línea:
<https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/manual6-2013-sp.pdf>

continentales, por lo que aparecen ligados principalmente a climas más o menos lluviosos”¹⁹.

Queda en evidencia entonces que el Humedal Topocalma se trata de un área donde se encuentran el agua dulce aportada por el estero Topocalma y el agua de mar, lo que produce una composición del agua particular que luego es crucial para la biodiversidad existente en el área²⁰ y en su consideración como un sitio prioritario.

Los humedales de tipo estuarios tienen como característica principal el que sus propiedades son particulares, de modo que el estudio aportado por el titular debiese servir como confirmación de la especial protección que deben tener estos cuerpos de agua más que para descartar una afectación en él, por lo demás, nada nuevo señala respecto de las características del Humedal Topocalma en particular. Además, la diferencia en las propiedades del agua de dos cuerpos distintos, ninguna relación tiene con el hecho de que exista una relación de dependencia del Humedal y el Estero o sobre la posible sequía del primero al extraer agua del estero para abastecer todos los lotes de Punta Puertecillo.

De la simple observación de las siguientes imágenes, es posible identificar la conexión existente entre el estero y el humedal, que impide descartar el impacto sin más.

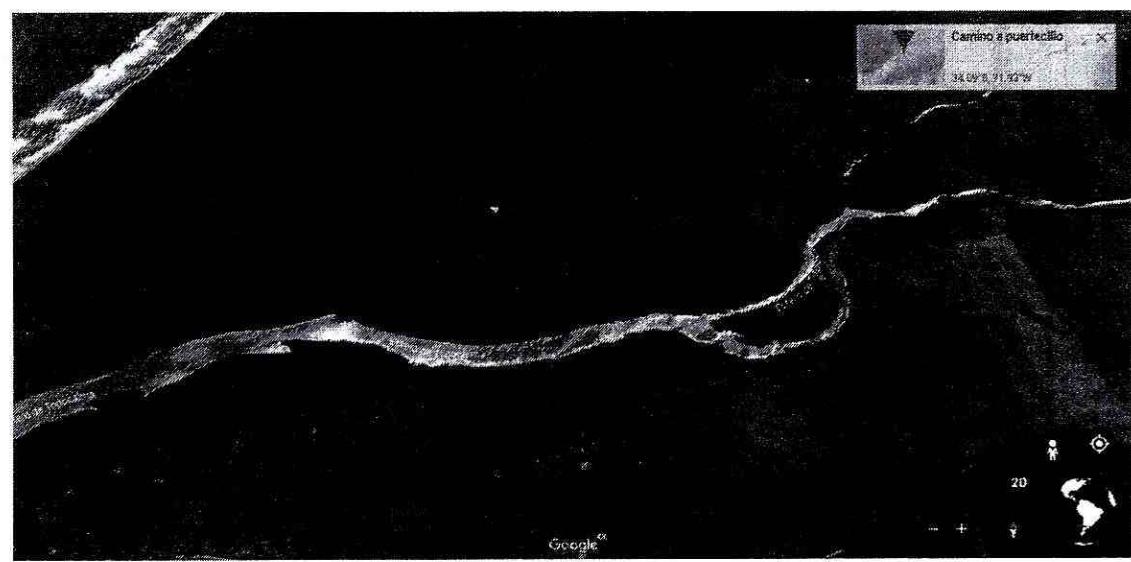
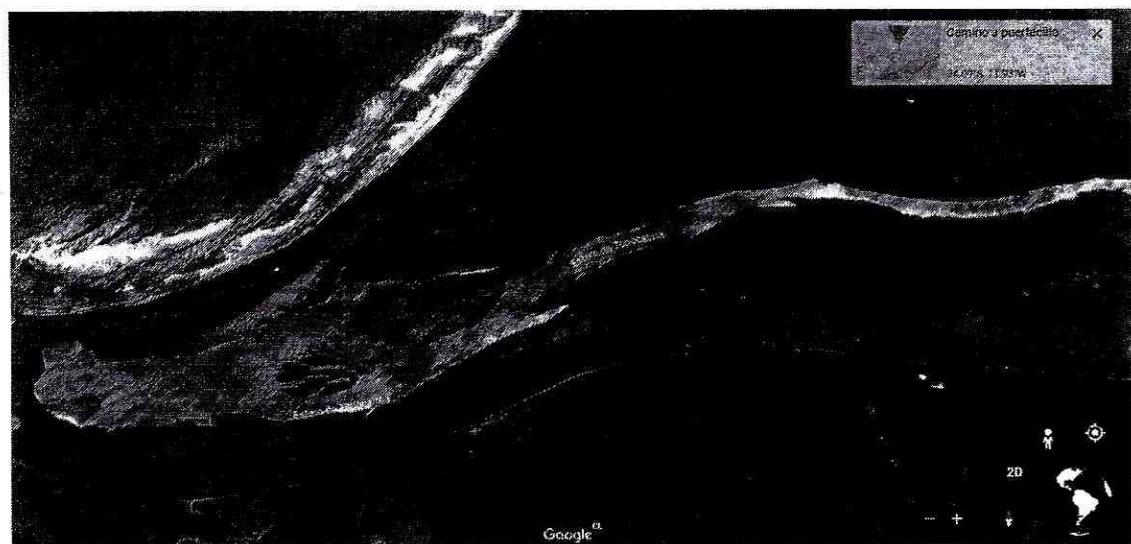
¹⁹ STUARDO, José y VALDOVINOS, Claudio. Estuarios y lagunas costeras: ecosistemas importantes del Chile central. Amb. y Des., Vol. V - N° 1: 107-115 Abril 1989, p, 107 En línea en: http://www.cipmchile.com/web/200.75.6.169/RAD/1989/1_Stuardo-Valdovinos.pdf

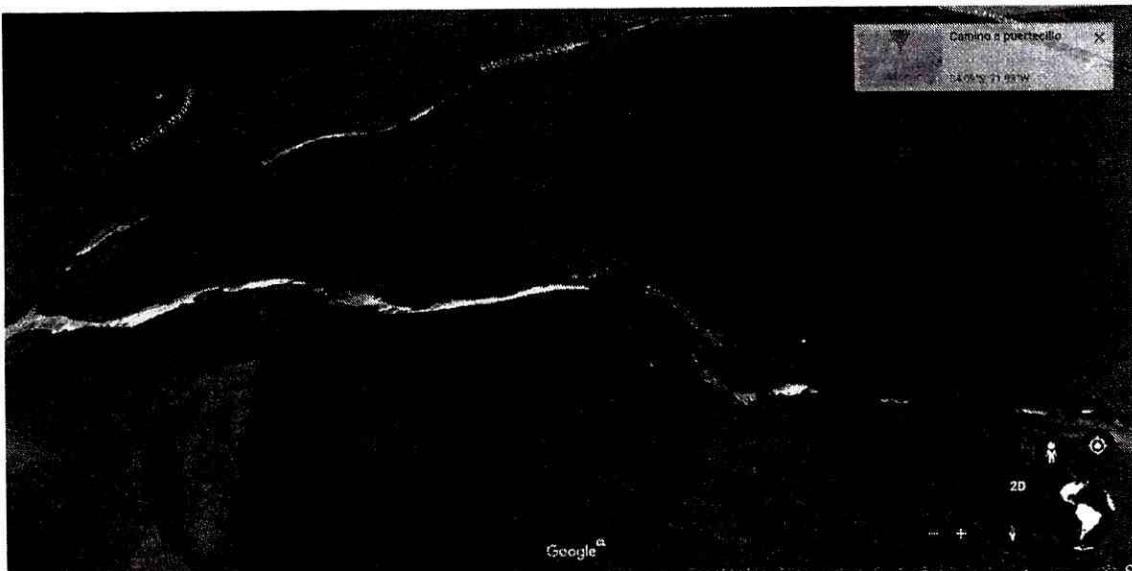
²⁰ Existe conocimiento sobre las particulares propiedades de los estuarios precisamente por el encuentro de aguas marinas y continentales. Así, se ha sostenido que:

“Estos sistemas se caracterizan por tener una dinámica interna muy particular en sus variables químicas, físicas y biológicas, las cuales están determinadas en gran medida por sus cuatro grandes componentes: caudal y escurrimiento de los ríos, entrada de agua de mar y efecto de las mareas, la roca madre del lecho y el transporte de sedimentos y la atmósfera.

Debido a la entrada desde el continente de una cantidad importante de nutrientes, materia orgánica particulada y sedimentos, transportados principalmente por los ríos, estos sistemas son unos de los más productivos del mundo, y es por esto que cumple un rol natural importantísimo como sitios de reproducción, desarrollo y crecimiento de muchas especies de animales y plantas estuarinas, y de muchas especies marinas que remontan hacia el estuario durante su período reproductivo. Siendo sistemas altamente productivos, hacen, además, grandes aportes de energía a las áreas costeras adyacentes, teniendo por ello una gran importancia para las pesquerías.

Por otra parte, estos sistemas incluye también áreas donde los procesos de sedimentación son muy intensos, lo que en muchos casos se traduce en la formación de extensas barras que interrumpen la activa interacción entre las aguas continentales y oceánicas.”²⁰





²¹

El estero Topocalma finaliza su trayecto en el Humedal Topocalma, existiendo entonces la posibilidad de que la extracción de agua de uno de los puntos que lo abastece, la cual incluso puede ser alta (por la necesidad de abastecer requerimientos de muchos lotes) provocar su sequía o cualquier otra afectación, lo que debiese ser debidamente analizado mediante un Estudio de Impacto Ambiental, para tomar las medidas al respecto en caso de ser necesarias.

Lo que se ha señalado hasta ahora es consistente con las mismas imágenes acompañadas en el informe comentado, el que señala primero que los puntos de muestreo son los siguientes:

Tabla 2-1 Ubicación puntos de muestreo.

Punto de muestreo	Ubicación	Coordenadas (UTM, Huso: 19H)		Fecha de muestreo	Hora de muestreo
		Norte	Este		
TP-01	Estanque agua cruda	6220578	227694	20-02-2018	12:40
TP-03	Captación agua	6218969	228523	20-02-2018	13:15
TP-05	Inicio humedal Topocalma	6220010	226595	20-02-2018	16:00
TP-06	Estanque agua potable	6224297	228432	20-02-2018	16:40
TP-07	Humedal Topocalma, marea alta	6219675	225023	20-02-2018	14:10
TP-08	Humedal Topocalma, marea baja	6219675	225023	20-02-2018	19:40

²¹ Imágenes obtenidas de Google earth.

Para luego ubicarlos en el siguiente mapa:

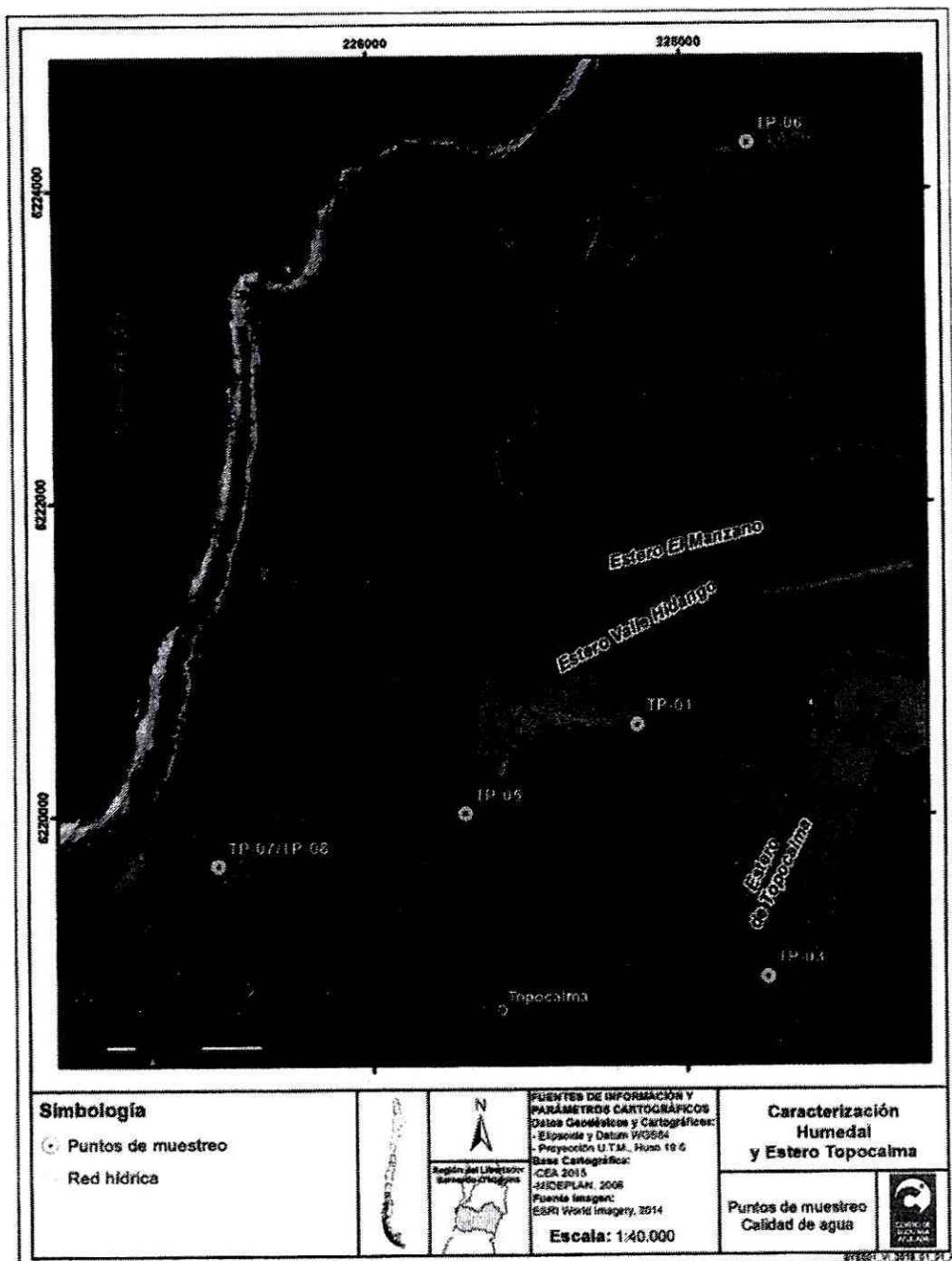


Figura 2-1 Ubicación puntos de muestreo.

Se puede observar que el punto TP-03 correspondiente al punto de captación del agua se encuentra en las inmediaciones del Estero y que si se sigue el camino recorrido por el Estero se llega sin mayor esfuerzo a la conclusión de que sus aguas llegan al Humedal.

Hay que señalar que a la Dirección General de Aguas se le entregan específicamente competencias para velar por los recursos hídricos del país. Luego de las explicaciones realizadas hasta ahora, queda preguntarse entonces por qué en los informes que aportó la DGA en el procedimiento sancionatorio, solo se hizo referencia a la eventual constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, y no un estudio respecto de la eventual posibilidad de afectación del humedal, cuestión que se solicitó expresamente por esta parte.

Tal como lo señala la DGA en el ord. N°253, de fecha 23 de octubre de 2018, acompañado en el presente escrito, el Código de Aguas, en su artículo 299, le otorga a este organismo el ejercicio de la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público y acuíferos, y sancionar la afectación a la cantidad y calidad de dichas aguas.

Según consta en el procedimiento sancionatorio, la DGA no realizó en ningún momento observaciones respecto de una eventual afectación a la cantidad y calidad de las aguas del Humedal Topocalma, sino que solo sobre la existencia de derechos de aprovechamiento de aguas a nombre de la titular Inmobiliaria e Inversiones Pirgüines Limitada, esta solo se limitó a constatar que no existen y que hubo un procedimiento de fiscalización (Rol vv-0603-2075), el cual fue resuelto el año 2016.

Luego en su presentación de fecha 28 de diciembre de 2018, donde da cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 10, que acoge la solicitud presentada por esta parte referida a oficiar a distintos organismos, la DGA solamente señala:

“(...) que la cuenca del estero Topocalma está abierta con disponibilidad para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, al igual que los tres acuíferos más cercanos ‘Estero Topocalma, Estero Hidango y Estero Caleta Topocalma’.”

Como ya se expresó, en ningún momento entonces se hace referencia a estudios o análisis realizado por los funcionarios de dicho organismo que permitan descartar o no una afectación a la cantidad o calidad de las aguas, omitiendo su mandato de velar por los cauces de agua y una posible vulneración que conlleve o no una sanción. No se hace cargo del fondo del asunto planteado y reitera información que de ninguna forma permite dar respuesta al asunto planteado.

3. Por aplicación del principio preventivo

El principio preventivo es rector del derecho ambiental y por lo mismo es de necesaria aplicación en toda la institucionalidad y regulación ambiental, debiendo ser observado por todos los organismos que forman parte de dicha institucionalidad este “*constituye un elemento clave para la Administración y los involucrados en los procedimientos del sistema de evaluación de impacto ambiental. De esta manera, permite anticipar el daño o impacto al medio ambiente, evitando, limitando o controlando las actividades que lo generen, especialmente cuando se hace difícil su reparación*” (*Tercer Tribunal Ambiental, causa Rol R-2-2014*).

Como ya se ha señalado por esta parte, el Estero Topocalma desemboca directamente en el Humedal, existiendo una conexión evidente entre ambas fuentes de agua, aun cuando no comparten las mismas propiedades. Sobre este punto entonces cabe mencionar que una de las principales problemáticas en materia ambiental son los efectos sistémicos que puede generar un impacto en distintos componentes del medio ambiente. Esto incluso fue sostenido por la SMA en la formulación de cargos, considerando 48, al señalar que los impactos de la extracción de agua podrían manifestarse en el volumen o caudal de los recursos hídricos a explotar, en los niveles de aguas subterráneas y superficiales, y sobre el humedal mismo que se relaciona con estas fuentes hídricas.

Conforme al principio preventivo, se vuelve necesario el análisis correcto sobre una posible afectación del humedal y de la relación que la conservación de su biodiversidad presenta con los cursos de agua que lo alimentan, lo que se lograría a través de su ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental, y no estudios sobre las propiedades del agua, que ya son conocidas y que de ningún modo guardan relación con la dependencia que existe entre dos cursos de agua, sobre todo si se considera que parte de su composición se debe al arrastre de sedimentos que el estero necesariamente lleva al Humedal y la mezcla de agua continental con agua de mar propia de los estuarios.

Sumado a todo lo anterior, y relación con la presión que la extracción de agua para abastecer las viviendas del proyecto provocarán en el humedal, existe aún otro impacto ambiental previsible que será provocado por el proyecto en cuestión, que dice relación con el aumento del turismo en la zona.

Debido a las construcciones que han sido identificadas, y que conforman la base del proyecto: el restaurante, la escuela de surf, viviendas, etc. es suponible que ello aumentará las visitas a sector y con ello el turismo en la zona. Dicho aumento en las visitas por motivos de turismo significará impactos sobre la flora y fauna del lugar, el cual es el principal atractivo de la zona para instalar el comentado proyecto, amenazándose por lo tanto la biodiversidad del humedal y sus servicios ecosistémicos.

Hasta ahora no se han presentado estudios por parte de ningún organismo sectorial o por el titular de proyecto que permita descartar impactos en el humedal, si no que de un estudio presentado por este último respecto de sus

características, mal se concluye los efectos que en él pueda provocar un proyecto como "Punta Puertecillo", siendo necesario entonces un análisis serio y conforme a la normativa ambiental de este último punto.

Finalmente, y según todo lo expuesto hasta ahora, no cabe duda de que este proyecto debe ingresar al SEIA por la causal de la letra p) de la Ley 19.300, por la posibilidad de afectar un humedal que forma parte el Sitio Prioritario para la Conservación Humedal Topocalma, y con ello evaluar conforme a la institucionalidad ambiental los posibles impactos negativos que se pueden generar sobre él.

POR TANTO; en razón de lo expuesto, de lo dispuesto en la ley N°19.300, 20.417, 20.600, de la normativa citada y demás disposiciones aplicables a la materia;

A S.S ILUSTRE RESPETUOSAMENTE PEDIMOS, se sirva tener por interpuesta Reclamación de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N°102, de fecha 22 de enero de 2019, dictada por el Superintendente (s) señor Ruben Verdugo Castillo, por medio de la cual resuelve el procedimiento sancionatorio en contra Inversiones Pircüines Limitada y a la Administradora Punta Puertecillo SpA., acogiéndola, y declarando ilegal la resolución impugnada y que se ordene a la Superintendencia decretar el ingreso de dicho proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante un Estudio de impacto Ambiental por de la letra p) de la Ley 19.300, así como todas las sanciones que corresponda, de acuerdo a lo establecido por S.S Ilustre.

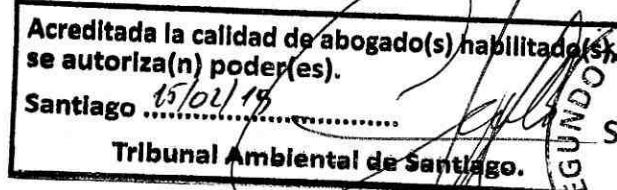
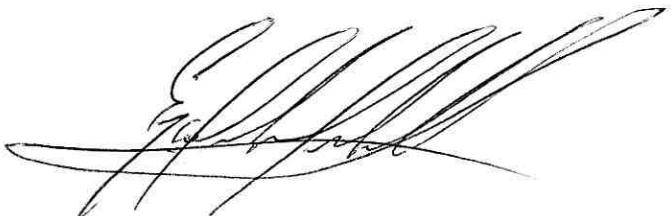
PRIMER OTROSI: SIRVASE S.S ILUSTRE, tener por acompañados los siguientes documentos:

- / - Mandato judicial y administrativo números de repertorio 20.074-2018, firmados ante el Notario Público Titular de la 27º Notaría de Santiago, don Eduardo Avello Concha, por medio del cual la denunciante, Vecinos de Puertecillos, otorgan mandato judicial y administrativo a don Ezio Costa Cordella.
- / - Mandato judicial y administrativo números de repertorio 21.894-2018, firmados ante el Notario Público Titular de la 27º Notaría de Santiago, don Eduardo Avello Concha, por medio del cual Fundación Rompientes, otorga mandato judicial y administrativo a don Ezio Costa Cordella.
- / - Ordinario N° 253, de fecha 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de Aguas.
- / - Imagen Carta Certificada, de fecha 25 de enero de 2019.
- / - Imágenes de publicidad página web www.puntapuertecillo.cl, obtenidas con fecha 12 de febrero de 2019.

- Imagen publicidad revista Vivienda & Decoración de fecha 2 de febrero de 2019.
- Noticia del diario El Mercurio, sección economía y negocios, fecha 19 de enero de 2014.

SEGUNDO OTROSÍ: SIRVASE S.S ILUSTRE, tener presente que el abogado compareciente, lo hace en virtud de Mandatos Judiciales otorgados por COMUNITARIA TERRITORIAL VECINOS DE PUERTECILLO, FUNDACIÓN ROMPIENTES, Carlos Leyton y Juan Pedro Sabbagh.

TERCER OTROSÍ: SIRVASE S.S ILUSTRE, de conformidad con el artículo 22 de la Ley N°20.600, tener presente que designo para estos efectos el siguiente correo electrónicos: e.costa@ofrec.com.



REPÚBLICA DE CHILE

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

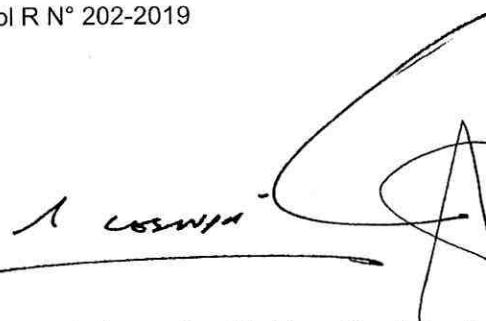
Santiago, 13 de marzo de 2019.

A fojas 42: a lo principal y al primer otrosí: por cumplido lo ordenado. Al segundo otrosí: téngase presente.

Resolviendo derechamente a fojas 14: A lo principal: considerando que la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 102, de 22 de enero de 2019, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente (S), ha sido promovida dentro de plazo y cumpliendo con los requisitos del artículo 27 de la Ley N° 20.600, se admite a tramitación. Se solicita al reclamado que informe sobre la materia requerida dentro del plazo de 10 días, acompañando copia autentificada del expediente administrativo, completo y debidamente foliado, que sirvió de base para dictar el acto contra el cual se reclama. Ofícese al efecto y publíquese el aviso dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 20.600. Al primer otrosí, téngase por acompañados, con citación. Al segundo otrosí, téngase presente. Al tercer otrosí, téngase presente, incorpórese la dirección de correo electrónico al sistema computacional del Tribunal.

Notifíquese por el estado diario, y por correo electrónico a todas las partes que lo hayan solicitado.

Rol R N° 202-2019

 
Pronunciada por los Ministros Sr. Alejandro Ruiz Fabres, Sr. Felipe Sabando Del Castillo y Sr. Alejandro Rivera Muñoz.

En Santiago, a 13 de marzo de 2019, autoriza el Secretario del Tribunal, Sr. Luis Prieto Pradenas, notificando por el estado diario la resolución precedente.

