



MCPB

MEMORÁNDUM D.S.C N° 387/2016

A : **CRISTIAN FRANZ THORUD**
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

DE : **CATALINA URIBARRI JARAMILLO**
FISCAL INSTRUCTORA
DIVISIÓN DE SANCIÓN Y CUMPLIMIENTO

MAT. : **Solicita medidas provisionales que indica procedimiento sancionatorio ROL D-041-2016**

FECHA : **19 de julio de 2016**

Con fecha 3 de diciembre de 2014, la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) recibió una denuncia presentada por la Junta de Vecinos de la Comunidad Ecológica de Peñalolén, que solicita actividades de fiscalización por existir una eventual elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de un conjunto de proyectos inmobiliarios, por una parte los proyectos “Condominio El Camino Antupirén Alto” a desarrollarse en el lote 4R; “Las Pircas Norte”, a desarrollarse en el lote 4H1; y “Condominio El Pórtico Las Pircas Norte”, a desarrollarse en el lote 4H2, todos de la **Empresa Inmobiliaria Macul S.A.**, y por otra parte el proyecto “Antupirén Alto”, a desarrollarse en los lotes 4G, 4P y 4N, de la **Empresa Inmobiliaria Pocuro Ltda.** La denunciante indica que se configuran las causales de ingreso al SEIA de los artículos 10 letra p), h) y g) de la Ley N° 19.300 y los artículos 10 letra h.1.3), y 10 letra g.1.1) del Decreto Supremo N° 40, de 30 de octubre de 2012, que Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación. Asimismo, la denuncia plantea que dos de los tres proyectos de Inmobiliaria Macul serían adyacentes y dada la superficie que entre ambos sumarían se configuraría el fraccionamiento de un solo proyecto en los términos del artículo 11 bis de la Ley N° 19.300, con el fin de eludir la obligación de someterse al SEIA. Por todas las alegaciones planteadas en la denuncia, se solicita la aplicación de una medida provisional correspondiente a la paralización de obras de construcción.

Con fecha 27 de enero de 2015, por medio de Ord. D.S.C N° 146, la SMA informó al denunciante que había tomado conocimiento de la denuncia y que se había iniciado una investigación por los hechos allí descritos, conforme las atribuciones y procedimientos legales correspondientes, y que se efectuarían acciones de fiscalización y otras medidas con el objeto de evaluar el eventual inicio de un procedimiento sancionatorio. En relación a la solicitud de adopción de medidas provisionales, se informó que se evaluaría en la oportunidad que corresponda, para lo cual serían

fundamentales los antecedentes y resultados de la investigación asociada a los hechos denunciados.

A raíz de lo señalado y en el contexto de las denuncias recibidas, esta Superintendencia dispuso la realización de diversas gestiones destinadas a recabar información y esclarecer los hechos objeto de la denuncia, así, mediante Ord. SMA N° 1.498, de 28 de agosto de 2015, se solicitó a la Ilustre Municipalidad de Peñalolén remitir las aprobaciones de anteproyectos, permisos de edificación y certificados de recepción de obras si los hubiere, de proyectos asociados a la zona R7 de su Plan Regulador, lugar donde se ubican los lotes asociados a la denuncia.

En el mismo contexto, con fecha 31 de agosto del 2015, se efectuó una primera inspección ambiental por parte de funcionarios de la SMA, donde se constató que no se había iniciado construcción de los proyectos inmobiliarios de los lotes 4H1, 4H2, 4R asociados a Inmobiliaria Macul y 4G asociado a Inmobiliaria Pocuro. En el acta de esa misma fecha se requirió información a Inmobiliaria Macul S.A., en relación a presentaciones ante la Municipalidad de Peñalolén.

Posteriormente, con fecha 28 de abril de 2016, se recibió una solicitud por parte del denunciante de pronunciamiento urgente sobre las medidas provisionales solicitadas, fundada en que Inmobiliaria Macul S.A., habría iniciado obras que significaron destrucción de especies arbustivas y arbóreas, acompañado al efecto fotografías que darían cuenta de la destrucción ecosistémica. Luego, con fecha 9 de mayo de 2016, se recibió Oficio N° 552/INC/2016, de 4 de mayo de 2016, de don José Luis Alliende Leiva, Secretario General (S) del Senado, que remite carta del Honorable senador don Antonio Horvath Kiss, que solicita revisar la situación planteada en la denuncia presentada por la Comunidad Ecológica de Peñalolén, lo anterior, por cuanto a la fecha se habrían iniciado obras de construcción por parte de una de las dos inmobiliarias denunciadas, esto es, Inmobiliaria Macul S.A., consistentes en despeje de vegetación y tala de árboles nativos. En el mismo sentido, se tomó conocimiento con fecha 13 de mayo de 2016 del Of. Ord. D.J. N° 161.750 de la Subsecretaría de Medio Ambiente que remite Oficio N° 554/INC/2016, que da cuenta de una solicitud de fiscalización por parte del Honorable senador don Antonio Horvath Kiss, en los mismos términos señalados.

Producto de esta situación, con fecha 25 de mayo de 2016, se efectuó una segunda actividad de inspección ambiental por parte de funcionarios de la SMA, donde se observó en los lotes 4H2 y 4R, y presumiblemente 4H1, todos asociados a la Inmobiliaria Macul, movimientos de tierra, corta de árboles y especies arbustivas, constatando además en la esquina de las calles Camino El Portal con Los Presidentes una retroexcavadora detenida. En esa ocasión se hizo entrega del Plan de Manejo de Corta y Reforestación para ejecución de obras civiles del “proyecto Inmobiliario Las Pircas” para los lotes sujetos a corta 4H1, 4H2 y 4R, de 25 de marzo de 2014 ingresado a CONAF y otros documentos complementarios, por parte de Inmobiliaria Macul S.A.

Con fecha 31 de mayo de 2016, se recibieron antecedentes del denunciante, consistentes, entre otros, en un CD con fotografías y videos que darían cuenta de actividades de construcción y despeje de vegetación. En el mismo sentido, el 16 de junio de 2016, el denunciante presentó nuevos antecedentes reiterando la solicitud de pronunciamiento sobre medidas provisionales.

Producto de las fiscalizaciones y del examen de información realizado por la SMA, recogidos en Informe de Fiscalización Ambiental **DFZ-2015-116-XIII-SRCA-IA**, se constató lo siguiente:

- i. Los lotes 4R, 4H1, 4H2, 4Q, 4G, 4P y 4N, conforman la Zona R7 del Plan Regulador de la Comuna de Peñalolén, emplazados, por tanto, en la Región Metropolitana de Santiago;
- ii. Los lotes 4H1, 4H2 y 4R para los cuales la inmobiliaria Macul S.A. presentó permisos de edificación tienen una superficie a construir de 45.010,35; 46.839,58 y 47.140,11, m² respectivamente, sumando en conjunto 138.990,04 m² (13,9 hectáreas);
- iii. Efectivamente se han iniciado obras de construcción en los lotes 4H2 y 4R, que en conjunto suman 93.979,69 m² (9,3 hectáreas);
- iv. Que el Plan de Manejo se aprobó por CONAF para los lotes 4H1, 4H2 y 4R en conjunto, y para una superficie de 11,919 hectáreas. En el Plan de Manejo se indica que en estos lotes se encuentran las especies de espino, litre, quillay y eucalipto.

Adicionalmente, se debe tener presente la siguiente consideración levantada en el marco de la investigación que motivó la presente formulación de cargos:

- v. La Quebrada de Macul, Iniciativa de Conservación Privada, Código ICP-242 del Ministerio del Medio Ambiente, correspondiente al ecosistema de bosque esclerófilo mediterráneo andino, y se encuentra a una distancia de 917,59 metros desde el lote 4R donde actualmente se realizan obras de construcción.

Con el objeto de tener antecedentes actuales respecto al estado de la construcción de los proyectos mencionados en la presente resolución, con fecha 18 de julio de 2016 se realizó una tercera actividad de inspección ambiental donde se constató en el lote 4R la realización de movimientos de tierra, remoción de vegetación, cargamento en camiones tolva, y habilitación de caminos interiores. Por su parte, en el lote 4H2 no se estaban realizando faenas de construcción al momento de la inspección

En este orden de ideas, se debe estar a lo expresado por el artículo 10 de la Ley N° 19.300 que sostiene que los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental son, entre otros, los *“h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas”*;

Asimismo, el artículo 3 del Decreto Supremo N° 40, de 30 de octubre de 2012, que Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, señala 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, entre otros, los *“(…) h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas.*

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

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

Sobre el particular, la Región Metropolitana es una zona declarada saturada por ozono, material particulado respirable, partículas totales en suspensión, y monóxido de carbono, y zona latente por dióxido de nitrógeno, por medio del Decreto Supremo N° 131 de 1996, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. A mayor abundamiento, actualmente en la Región Metropolitana se encuentra vigente un Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica, establecido por medio del Decreto N° 66, de 3 de junio de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia;

Mediante Memorandum N° 384/2016 de la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, de 19 de julio de 2016, se procedió a designar a Catalina Uribarri Jaramillo como Fiscal Instructora Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Daniel Garcés Paredes como Fiscal Instructor Suplente.

Esta Fiscal Instructora estimó que los hechos descritos constituyen una infracción al artículo 35 n) de la LO-SMA, en cuanto en cuanto corresponden a un incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga asociada una sanción específica, en los siguientes términos:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Normativa que se considera infringida
1	Fraccionar los proyectos inmobiliarios que se están construyendo en los lotes 4H2 y 4R, por parte de Inmobiliaria Macul S.A, que en conjunto suman 9,39 hectáreas.	Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente. <i>Art. 11 bis. Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.</i> <i>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.</i>

	<p>Art. 10. <i>Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental son, entre otros, los siguientes:</i> <i>(...) h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas”.</i></p> <p>Decreto Supremo N° 40/2012 Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental.</p> <p>Art. 3. <i>“Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son, entre otros, los siguientes:</i></p> <p><i>“(...) h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas.</i></p> <p><i>h.1. Se entenderá por proyectos inmobiliarios, aquellos loteos o conjuntos de viviendas que contemplen obras de edificación y/o urbanización, así como los proyectos destinados a equipamiento, y que presenten alguna de las siguientes características:</i></p> <p><i>(...) h.1.3. Que se emplacen en una superficie igual o superior a siete hectáreas (7 ha) o consulten la construcción de trescientas (300) o más viviendas”.</i></p>
--	---

A raíz de esto, con fecha 19 de julio de 2016, se formularon cargos mediante Res. Ex. N° 1/ROL D-041-2016, clasificando la infracción como grave en virtud del numeral 2 letra d) del artículo 36 de la LO-SMA, que establece que son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior.

En el Resuelvo III de la Res. Ex. N° 1/ROL D-041-2016, se solicita la adopción de la medida provisional de paralización de obras de construcción. Lo anterior por cuanto, conforme señalan los antecedentes descritos en la parte considerativa de la Res. Ex. N° 1/ROL D-041-2016 existen elementos de juicio suficientes para sostener la existencia de un daño inminente al medio ambiente y a la salud de las personas, de seguirse las obras de construcción –que han sido verificadas *in situ*

consistentes en movimientos de tierra, despejes de terreno, remoción de especies arbustivas y árboles, tala de bosque nativo, destronque, y obras de urbanización, que actualmente se están desarrollando al margen del Sistema de Evaluación Ambiental. Estas actividades se habrían iniciado en mayo del año 2016, generando un cambio de las circunstancias materiales en relación a la primera fiscalización efectuada en agosto de año 2015, que torna necesaria la adopción de la medida y asimismo justifica su urgencia. En relación a este último requisito, es de la esencia de la actividad de construcción de un proyecto la irreversibilidad en las actividades realizadas, lo cual hace necesario que una medida que impida la construcción sea decretada en un momento en que efectivamente se pueda evitar un deterioro del entorno.

En relación al **riesgo inminente al medio ambiente**, el desarrollo de las actividades de construcción ya señaladas en la zona R7 del Plan Regulador de Peñalolén, implican la ejecución de obras materiales que modifican un ecosistema precordillerano, no habiéndose evaluado sus potenciales efectos sobre las especies presentes en dicha zona. Adicionalmente, los lotes intervenidos se encuentran a menos de 1 kilómetro de la Quebrada Macul, sitio que figura en los registros del Ministerio de Medio Ambiente como una Iniciativa Privada de Protección y de innegable valor paisajístico y turístico para la zona oriente de la Región Metropolitana. Al respecto, el hecho de que la construcción no se esté realizando en el interior de un área colocada bajo protección oficial no excluye el carácter de bien jurídico de esta zona precordillerana que debe ser protegido, debiéndose considerar para tales efectos las características propias de esta zona, esto es, emplazarse en un sector precordillerano, contar con presencia de bosque nativo propio de la zona, estar cercano a la Quebrada de Macul, cercanía a zonas gravadas por riesgo de remoción en masa y riesgo de inundación, entre otras.

En relación a la **inminencia de un riesgo para la salud de la población**, se sostiene que debido al lugar de emplazamiento del proyecto inmobiliario y las características propias de la actividad de construcción que conlleva el desarrollo de un proyecto de este tipo, las emisiones atmosféricas que se generarán durante la etapa de construcción no se encuentran evaluadas, no pudiéndose determinar la magnitud, extensión o duración del potencial impacto sobre la calidad del aire. Es del caso señalar que en los sectores aledaños hay vasta población cercana, siendo los denunciante la Junta de Vecinos de la Comunidad Ecológica de Peñalolén. Adicionalmente, la zona sería una de aquellas gravada por riesgo de remoción en masa asociada a la Quebrada de Macul y Riesgo por Inundación, en virtud del artículo 11 del Decreto 2100/1689, de 18 de abril de 2005, que Modifica y Amplía el límite urbano del Plan Regulador Comunal de Peñalolén, sector Antupirén Alto.

Finalmente, y considerando el tipo infraccional por el cual se formulan cargos, esto es, el fraccionamiento con el objeto de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental, el **desarrollo de actividades al margen del Sistema de Evaluación Ambiental** impide que se evalúen los potenciales impactos ambientales para los cuales el legislador previamente ha definido que se trata de proyectos susceptibles de causar impactos o daños ambientales. Adicionalmente, la esencia del fraccionamiento como infracción a la normativa ambiental, es que impide la evaluación de los efectos sinérgicos y acumulativos de un proyecto que debió ser considerado como uno solo. En consecuencia, al no tener evaluados los impactos que puede generar en el medio ambiente, su

ejecución necesariamente implica un alto riesgo de afectación hacia los componentes flora y fauna, suelos, quebradas y relaciones ecosistémicas del área intervenida.

En consideración a lo anterior, el **elemento de urgencia** para este caso particular se configura precisamente en que la actividad de construcción ya fue constatada, y que lógicamente continuará conforme la programación comercial de la empresa y, particularmente, debido a la incertidumbre de la naturaleza, magnitud y alcance de los potenciales efectos adversos al medio ambiente y/o a la salud de las personas, para lo cual se requiere una respuesta eficaz que permita determinar cuáles son estos efectos, y en virtud de ello, adoptar las medidas necesarias para su mitigación, control y/o reparación.

Esta forma de interpretar la inminencia del daño, ha sido un criterio adoptado por el Tercer Tribunal Ambiental, el que ha señalado “[...] *Que al haber omitido la evaluación previa de sus impactos ambientales, este Tribunal considera que puede suponerse –al igual que lo hace el legislador al establecer que esta tipología de proyectos debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental- que la ejecución del proyecto puede generar un riesgo inminente de daño ambiental o a la salud de la población*”¹. De la misma forma, el Segundo Tribunal Ambiental, en los casos “Huilo Huilo”² y “Aquaprotein”³ sostuvo que “[...] *el proyecto debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -de conformidad a lo señalado en el artículo 8° de la Ley 19.300- lo que no ocurrió. Lo anterior impide determinar los impactos ambientales que puede producir la ejecución del proyecto y hace suponer a este Tribunal la existencia de un riesgo inminente de daño al medio ambiente que es necesario prevenir*”. Luego, pronunciándose en un caso de la ejecución de un proyecto o actividad al margen del Sistema de Evaluación Ambiental, el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia autorizó la medida provisional de detención de construcción del camino naciente en la Ruta V-721 en Cochamó, en relación a la Central Mediterráneo⁴. Finalmente, el Segundo Tribunal Ambiental señala, a propósito de la ejecución de proyectos al margen del SEIA, “[...] **No es posible soslayar que las instalaciones objeto de las medidas no estaban autorizadas por la RCA. Este escenario de posible elusión, junto al desistimiento de la DIA a la que se ha hecho referencia en diversas oportunidades, debe ser tenido en cuenta pues lo que la SMA realizó fue también una medida de corrección**”⁵.

Se señala que la medida que se propone, además de evitar un inminente daño al medio ambiente y a la salud de las personas, cumple con los requisitos de ser esencialmente temporal y proporcional al tipo de infracción cometida, la cual fue calificada provisionalmente como grave justamente por corresponder a un proyecto que debería haber ingresado al Sistema de Evaluación Ambiental por ser de aquellos susceptibles de causar impacto ambiental.

¹ Tercer Tribunal Ambiental, 1 de septiembre de 2015, causa Rol N° S-05-2015.

² Segundo Tribunal Ambiental, 12 de julio de 2013, causa Rol N° S-03-2013.

³ Segundo Tribunal Ambiental, 25 de junio de 2013, causa Rol N° S-01-2013.

⁴ Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, 31 de diciembre de 2015, causa Rol N° S-8-2015.

⁵ Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 4 de diciembre de 2015, causa Rol N° R-44-2014.

Por lo tanto, en conformidad al artículo 48 inciso primero de la LO-SMA que dispone “*Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundamentadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales (...)*”, y en atención a todo lo señalado previamente, se recomienda que la medida sea implementada en los siguientes términos:

- a) Ordenar la detención de toda obra de construcción que actualmente se esté ejecutando en los lotes 4H2 y 4R, ubicados en la Zona R7 del Plan Regulador de la comuna de Peñalolén, Región Metropolitana, consistentes en movimientos de tierra, despejes de terreno, remoción de especies arbustivas y árboles, tala de bosque nativo, destronque, y obras de urbanización, así como la detención o inicio de toda obra complementaria a ello, por parte de Inmobiliaria Macul S.A., mientras no cuente con Resolución de Calificación Ambiental que apruebe la ejecución de un proyecto inmobiliario en las zonas señaladas, por el período de 30 días corridos, en los términos del artículo 48 de la LO-SMA.

En atención a los fundamentos expresados a través del presente Memorándum, esta Fiscal Instructora viene en derivar copia de los antecedentes mencionados, para que en razón de los mismos, y en el ejercicio de sus facultades, en caso de estimarlo pertinente, adopte la medida provisional antes propuesta de la letra d) del artículo 48 de la LOSMA. Todo lo anterior, sin perjuicio de las facultades de esta División, para tomar las medidas que estime conducentes, atendido el mérito de los antecedentes, dentro del procedimiento administrativo sancionatorio.

Sin otro particular, le saluda atentamente.

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

C.C.:

- División de Sanción y Cumplimiento SMA.
- Fiscalía SMA.