

AEG

MEMORÁNDUM D.S.C N° 453/2016

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

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

**MAT. : Solicita renovación medida provisional que indica en procedimiento sancionatorio
ROL D-041-2016**

FECHA : 23 de agosto de 2016

Con fecha 19 de julio de 2016, se dictó la Res. Ex. N° 1/ROL D-041-2016, por medio de la cual se formularon cargos a Inmobiliaria Macul S.A., Rol Único Tributario N° 96.599.270-7 por incumplimiento de la normativa ambiental en cuanto a la prohibición de fraccionamiento de proyectos con el objeto de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establecida en el artículo 11 bis de la Ley N° 19.300. Así, el cargo que se formuló fue el siguiente:

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>

	<p><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> <p><i>Art. 10. Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental son, entre otros, los siguientes:</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><i>Art. 3. “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son, entre otros, los siguientes:</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>
--	---

Se determinó que el hecho descrito constituye una infracción al artículo 35 n) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, en cuanto corresponde a un incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tiene asociada una sanción específica.

Por su parte, se clasificó la infracción como grave en virtud del numeral 2 letra d) del artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, 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, 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 solicitó la adopción de la medida provisional de paralización de obras de construcción del proyecto inmobiliario. Lo anterior, debido a que los antecedentes descritos en la parte considerativa de la formulación de cargos, contienen elementos de juicio suficientes para sostener la existencia de un daño inminente al medio ambiente y a la salud de las personas, lo que continuaría de seguirse las obras materiales de construcción, que fueron verificadas en los respectivos lotes *in situ* por esta Superintendencia en las inspecciones ambientales de 25 de mayo de 2016 y 18 de julio de 2016, donde se observó concretamente movimientos de tierra, despejes de terreno, remoción de especies arbustivas y árboles, tala de bosque nativo, destronque, y obras de urbanización, precisándose que en esta última oportunidad, no se verificaron obras de construcción en el lote 4H2, solo en el lote 4R.

Estas obras materiales que actualmente se están desarrollando al margen del Sistema de Evaluación Ambiental, tornan necesaria la continuidad en la adopción de la medida y asimismo justifican su urgencia ya que es de esencia de la actividad de construcción de un proyecto, la irreversibilidad en los impactos que genera, lo cual hace necesario que una medida que impida la construcción sea decretada y renovada en el momento en que efectivamente tenga la aptitud para evitar un deterioro del entorno.

En efecto y en virtud de este razonamiento, con fecha 27 de julio de 2016, el Segundo Tribunal Ambiental en causa ROL S-43-2016, resolvió ***“autoriza[r] la medida provisional del artículo 48 letra d) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, de detención de funcionamiento de las instalaciones, de conformidad con lo dispuesto en el inciso penúltimo del mismo artículo citado, para la paralización de toda obra de construcción que actualmente se esté ejecutando en los lotes 4R y 4H2, 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, y 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.,***

solicitada por la SMA, por el término de 30 días corridos, la que se hará efectiva desde la notificación que al respecto realice el Superintendente”. (Énfasis añadido).

Como ya se dijera, la infracción cometida generó un riesgo inminente al medio ambiente, ya que el desarrollo de las actividades de construcción en la zona R7 del Plan Regulador de Peñalolén, implican la ejecución de obras materiales que modificarían 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 el mismo sentido, actualmente no se encuentran evaluados los potenciales impactos viales que el proyecto inmobiliario pueda ocasionar.

Por su parte, se generó una inminencia de riesgo para la salud de la población, debido al lugar de emplazamiento del proyecto inmobiliario y las características propias de la actividad de construcción que conlleva el desarrollo de una actividad de este tipo, las emisiones atmosféricas que se generaron y se generarían 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, así como tampoco una eventual compensación de emisiones, considerando el efecto sinérgico y acumulativo del proyecto en su conjunto (Lote 4R y 4H2), así como tampoco un eventual impacto generado por ruido. Es del caso señalar que en los sectores aledaños hay vasta población cercana, siendo los interesados en el procedimiento, 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 N° 2100/1689, de 18 de abril de 2005, que Modifica y Amplía el límite urbano del Plan Regulador Comunal de Peñalolén, sector Antupirén Alto.

Finalmente, y considerando el tipo infraccional por el cual se formularon cargos, esto es, el fraccionamiento del proyecto inmobiliario con el objeto de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental, el desarrollo de actividades al margen del Sistema de Evaluación Ambiental impidió e impide actualmente 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 implicaría un alto riesgo de afectación hacia los componentes flora y fauna, suelos, quebradas y relaciones ecosistémicas del área intervenida. **En definitiva, dada la naturaleza de la presente infracción, la única forma de resguardar preventivamente el medio ambiente y la salud de las personas, es continuar con la detención de las obras materiales indicadas.**

En consideración a lo anterior, de no mantenerse la medida, no se garantiza la no ejecución del proyecto inmobiliario, y es por ello que el elemento de urgencia para este caso particular se configura ya que se constató en su oportunidad el inicio de obras de construcción, obras que podrían eventualmente reiniciarse. Adicionalmente, el elemento de urgencia se configura 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 de la institucionalidad ambiental que permita determinar cuáles son estos efectos, y en virtud de ello, adoptar las medidas necesarias para su mitigación, control y/o reparación.

Se señala que la medida que se propone que se renueve, 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.

En definitiva, a la fecha, **no se han modificado las circunstancias fácticas que motivaron la solicitud de medida provisional de paralización de obras de construcción, pues la empresa no ha presentado el desistimiento oficial de efectuar el proyecto inmobiliario al margen del Sistema de Evaluación Ambiental, ni tampoco ha acreditado el ingreso del proyecto al Sistema de Evaluación Ambiental, o alguna otra circunstancia que, luego de ponderada y debidamente aprobada por esta Superintendencia, permita hacerse cargo de los aspectos ambientales que se buscan proteger en el presente procedimiento, no se tienen elementos suficientes para descartar el riesgo o su inminencia, tanto para el medio ambiente como para la salud de las personas**, en los anteriores términos expresados, que motivaron la solicitud de medida provisional en el acto de la formulación de cargos.

En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, que sostuvo en sentencia de 15 de julio de 2016, la obligación de la Superintendencia de descartar, mediante los medios probatorios que correspondan, la inminencia de riesgo, en el marco del examen de la adopción –extensible al caso de renovación– de medidas provisionales. Así sostuvo

que “Atendiendo, entonces, a que **la Superintendencia no tenía, al momento de resolver la solicitud de los Reclamantes, mayores antecedentes para descartar los incumplimientos detectados, no podía descartar la existencia de, a lo menos, un riesgo para la salud de la población**”¹. (Énfasis añadido).

Por lo tanto, **el reinicio de las obras de construcción que fueron oportunamente detenidas, no solo afectaría el entorno ecosistémico y la salud de las personas**, debido principalmente a las emisiones atmosféricas, generación de ruido, y despeje de zonas vegetacionales, **sino que harían avanzar la construcción del proyecto a un estado que implicaría la absoluta irreversibilidad en las potenciales afectaciones sobre estos componentes ambientales u otros.**

Todo lo señalado, se solicita dada la necesidad de analizar debidamente la propuesta efectuada por medio de presentación de fecha 22 de agosto de 2016, que acompaña Programa de Cumplimiento. En razón de lo indicado, se requiere verificar la integridad, tanto interna como externa², eficacia y verificabilidad de las medidas propuestas y analizar, concretamente, si éstas permiten descartar o determinar el riesgo y la inminencia de afectación de la salud de las personas y el medio ambiente. **En este sentido, mientras no exista un pronunciamiento definitivo respecto al Programa de Cumplimiento, la única vía legal para proteger preventivamente los bienes jurídicos que se han indicado en el presente procedimiento, es continuar con la paralización de obras de construcción en los lotes 4R y 4H2, por parte de Inmobiliaria Macul S.A.**

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 fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales (...)*”, y en atención a lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental con fecha 27 de julio de 2016, se recomienda que la medida sea renovada e implementada en los siguientes términos:

- a) Ordenar la continuidad en 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, o mientras no exista una aprobación de un Programa de

¹ Considerando Vigésimo Cuarto, Sentencia ROL R-35-2016, Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia.

² Considerando Vigésimo Quinto, Sentencia ROL R-68-2015, Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.



Cumplimiento que vuelva a un estado de cumplimiento de la normativa ambiental, 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, decida solicitar la renovación de la medida provisional antes propuesta de la letra d) del artículo 48 de la LO-SMA. 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.