

MCPB

MEMORÁNDUM D.S.C N° 524/2016

**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 : 26 de septiembre 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., (en adelante, "Inmobiliaria Macul"), 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 (en adelante, "SEIA"), 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. Art. 11 bis. <i>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>
--	--

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.

Finalmente, 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, en virtud de la letra d) del artículo 48 de la LO-SMA. Lo anterior, debido a que la Formulación de Cargos contiene elementos de juicio suficientes para sostener la existencia de un daño inminente al medio ambiente y a la salud de las personas, que continuaría de seguirse las obras materiales de construcción, que fueron verificadas en los lotes 4R y 4H2 *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, sólo en el lote 4R.

Estas obras materiales desarrolladas al margen del Sistema de Evaluación Ambiental, justificaron la solicitud que esta Superintendencia elevó al Ilustre Segundo Tribunal Ambiental para la adopción de una medida provisional de detención, pues es de la esencia de la actividad de construcción de un proyecto la irreversibilidad en los impactos que generaría. En efecto, la infracción imputada 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 de continuarse modificarían un ecosistema precordillerano, no habiéndose evaluado sus potenciales efectos sobre las especies presentes en dicha zona. Adicionalmente, los lotes objeto de las obras 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. En este sentido, el carácter de bien jurídico de esta zona precordillerana debe ser protegido, considerando 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.

Por su parte, las actividades desarrolladas al margen del SEIA, generaron un riesgo inminente para la salud de la población, debido al lugar de emplazamiento del proyecto inmobiliario, y a las emisiones atmosféricas que se generaron como consecuencia de su realización. Luego, el análisis se centra hoy, en que de continuarse con tales actividades, sigue sin 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). Lo mismo sucede con un eventual impacto sobre el componente ruido y vialidad.

Todo lo anteriormente indicado debe considerarse en base al 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. En base a ello, el desarrollo de actividades al margen del SEIA, impidió e impide actualmente que se conozcan y 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.

En efecto, y en virtud de estas consideraciones, con fecha 27 de julio de 2016, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago 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).

Luego, y estando vigente la medida provisional indicada en el párrafo anterior, Inmobiliaria Macul presentó con fecha 22 de agosto de 2016, una propuesta de Programa de Cumplimiento, el que buscaba, a juicio de la empresa, hacer frente a la imputación de esta Superintendencia. En consideración a que se encontraba pendiente por parte de esta Superintendencia analizar el mérito y suficiencia de las acciones propuestas por el infractor, es que con fecha 25 de agosto de 2016, se solicitó al Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, la renovación de la medida provisional de detención, contemplada en el artículo 48, literal d) de la LO-SMA, en virtud de que a la luz de las acciones presentadas, entre las cuales no se encontraba el ingreso del proyecto a evaluación ambiental ante el organismo competente, se mantendría el escenario de riesgo o daño inminente al medio ambiente y a la salud de las personas, particularmente de la población aledaña al lugar, debido a que la reanudación de obras materiales en el sector podrían modificar indefectiblemente un ecosistema precordillerano, y generarían emisiones atmosféricas cuyos efectos no estarían evaluados.

El Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, al tenor de lo indicado anteriormente, con fecha 26 de agosto del presente año, en causa ROL S-47-2016, autorizó la renovación de la medida provisional señalada anteriormente, en los siguientes términos: **“se autoriza la renovación de 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). Por su

parte, la Resolución Exenta N° 702, de 29 de agosto de 2016, del Superintendente del Medio Ambiente, fue notificada de forma personal con fecha 29 de agosto de 2016, tal como consta en el acta de notificación respectiva.

Luego, con fecha 9 de septiembre de 2016, esta Superintendencia por medio de la Res. Ex. N° 5/ROL D-041-2016, reiteró a través de la Resolución de observaciones al Programa de Cumplimiento presentado, que la medida idónea para hacerse cargo del hecho imputado y sus efectos, sería el ingreso del proyecto al evaluación ambiental, así como otras observaciones relacionadas con acciones tendientes a hacerse cargo de los componentes ruido, flora y vegetación y emisiones atmosféricas. Ante estas observaciones, con fecha 23 de septiembre de 2016, Inmobiliaria Macul, ingresó una propuesta coordinada, sistematizada y refundida, la que se encuentra aún en análisis por parte de esta Superintendencia para determinar o descartar la concurrencia de los criterios del artículo 9° del D.S. N° 30/2012. En este Programa de Cumplimiento refundido, **se incluyen acciones asociadas a un desistimiento total de la empresa de desarrollar el proyecto inmobiliario en alguno de los lotes involucrados, que podrían hacerse cargo de la infracción constatada.** Asimismo, contiene **medidas asociadas al componente aire, en vista de las potenciales emisiones atmosféricas que se generen; al componente ruido; al componente vialidad; y al componente vegetación, las que miran a los efectos que ésta genera,** en el evento que se observen debidamente los requisitos de aprobación de un Programa de Cumplimiento.

Este análisis de la SMA, debe a su vez, incorporar los antecedentes recabados el día **23 de septiembre de 2016**, fecha en la cual, en el marco del presente procedimiento, la División de Fiscalización efectuó una **cuarta inspección ambiental** a los lotes **4R, 4H1 Y 4H2, asociados al proyecto, con el objeto de verificar la detención decretada y la viabilidad de acciones concretas propuestas por la empresa.** En dicha inspección ambiental, **se verificaron en el lote 4H2 las actividades de “construcción de caminos, sitios con acumulación de rocas, corta y despejado de vegetación”, y en general “obras de despeje de terreno para preparación previa a construcción”.**

Por tanto, **en la actualidad, tal como se constató en la última fiscalización, se siguen manteniendo las condiciones anteriormente descritas, ya que los potenciales impactos que se generen de reanudarse las obras de construcción en los lotes 4R y 4H2, no serían conocidos ni evaluados por el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, debido a que la Superintendencia del Medio Ambiente se encuentra actualmente en análisis del Programa de Cumplimiento refundido, coordinado y sistematizado** presentado por la empresa, que incorpora las observaciones que este servicio realizó por medio de la Res. Ex. N° 5/ROL D-041-2016, de 9 de septiembre de 2016. En consideración a lo anterior, se estima que **de no mantenerse la medida, no se avala la no ejecución del proyecto inmobiliario, ya que la empresa no ha garantizado la no ejecución de obras de construcción sin producirse efectos ambientales.**

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 este sentido, **a la fecha de la presente solicitud, y encontrándose en análisis el Programa de Cumplimiento refundido, no se tienen elementos suficientes para descartar por completo el riesgo o su inminencia, tanto para el medio ambiente como para la salud de las personas**, que motivaron la solicitud de medida provisional en el acto de la Formulación de Cargos¹.

Por lo señalado anteriormente, **y dada la necesidad de analizar debidamente el Programa de Cumplimiento refundido, coordinado y sistematizado, en relación a lo constatado durante la visita de inspección de 23 de septiembre**, se solicita la renovación de la medida provisional de detención de obras de construcción en los lotes 4R y 4H2. En definitiva, **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 que incorpore las observaciones efectuadas por esta Superintendencia, 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 29 de agosto de 2016, se recomienda que la medida sea renovada e implementada en los siguientes términos:

¹ 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**”*. (Énfasis añadido, 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.

- 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 Cumplimiento que vuelva a un estado de cumplimiento de la normativa ambiental, por el período de 30 días corridos, o hasta la aprobación del Programa de Cumplimiento, 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, se 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.