

REPÚBLICA DE CHILE

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Santiago, 9 de abril de 2021.

Resolviendo la solicitud de fojas 32:

A lo principal:

VISTOS

1. Comparece la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA” o la “solicitante”), solicitando, en su petitorio, autorizar la renovación de la medida provisional contemplada en la letra c) del artículo 48 del artículo segundo de la Ley N° 20.417 (en adelante, “LOSMA”), esto es, la clausura total de las instalaciones respecto del proyecto inmobiliario que denomina “Loteo Inversiones Lampa SpA”, desarrollado por Inversiones Lampa SpA, Rol Único Tributario N° 77.010.973-6, ubicado en Los Acacias s/n, Lote 114 B, comuna de Lampa, Región Metropolitana. Solicita la autorización indicada por un plazo de 30 (treinta) días corridos, contados desde la notificación de la resolución que ordene la renovación de la medida.
2. En cuanto a los antecedentes que fundan la renovación, la SMA proporciona tres elementos nuevos en relación a solicitudes previas. Primero, indica que el día 17 de marzo de 2021, se realizó una actividad de inspección ambiental por parte de funcionarios de la SMA, con asistencia de Carabineros de Chile pertenecientes a la Comisaría de Batuco, donde se constató la presencia de vehículos y personas realizando actividades de construcción de viviendas individuales en el terreno en cuestión. Agrega que posterior a la retirada del lugar de Carabineros de Chile, representantes de la empresa se dirigieron a los fiscalizadores de la SMA de modo violento, por lo que el equipo de la SMA debió abandonar el lugar, sin completar la actividad de inspección. Añade que ha oficiado a la Fiscalía Centro Norte del Ministerio Público, por la posible comisión de los delitos de desacato, rotura de sellos y estafa. En segundo lugar, refiere que realizó un análisis de imágenes satelitales, que permite

evidenciar hallazgos de pérdida de cobertura o vigor de la vegetación del Humedal de Puente Negro, por medio del análisis de diferencia del índice de diferencia normalizada de vegetación (NDVI). Dicho análisis identificó la pérdida de al menos 6.600 m² de cobertura vegetal, entre el 9 de marzo de 2021 y el 3 de abril de 2021, como consecuencia de las actividades de relleno desarrolladas en el humedal. Como tercer elemento, señala que con fecha 24 de marzo de 2021, se recibió denuncia ciudadana den contra del desarrollador -Inversiones Lampa SpA- del siguiente tenor “(...) que el día 18 de este mes concurrimos al lugar y evidenciamos un fuerte flujo de camiones con tierra para rellenar entrando y saliendo del humedal, así como también registramos personas trabajando y construyendo al interior del loteo. En conclusión, la empresa y sus encargados han hecho caso omiso a lo estipulado por la autoridad ambiental”.

3. En cuanto a los fundamentos jurídicos, la SMA justifica el *fumus boni iuris* a que la empresa se encuentra en una situación de elusión de ingreso al SEIA, de acuerdo con lo dispuesto en la letra h) del artículo 10 de la Ley N° 19.300, en relación con la letra h.1.3) del Decreto Supremo N° 40, de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente (en adelante “RSEIA”) y que corresponde a una infracción sancionable por la SMA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 letra b) de la LOSMA. Agrega que la empresa ha incumplido un requerimiento de información extendido en la inspección ambiental de 4 de junio de 2020, conducta también sancionable de acuerdo a lo previsto en el artículo 35 letra j) de la LOSMA. Añade que la empresa ha incumplido la medida provisional de detención de funcionamiento de la letra d) del artículo 48 de la LOSMA, lo cual puede asimismo significar una infracción según lo dispuesto en la letra l) del artículo 35 de la LOSMA. Señala que tales conductas pueden calificarse como gravísima (la primera) y graves (la segunda y la tercera).
4. En cuanto al *periculum in mora*, la SMA argumenta que debido al incumplimiento de las medidas provisionales dictadas anteriormente a esta solicitud de renovación - mediante las Resoluciones N° 66 y 260 de fecha 13 de enero de 2021 y 9 de febrero de 2021 respectivamente- se está generando una pérdida de la superficie del humedal Puente Negro y de sus inmediaciones; se ha perturbado el hábitat de avifauna, lo que en el caso de la especie Becacina pintada resulta especialmente crítico dado su presencia relevante en el sector y su estado de conservación “En Peligro”, según el 15°

Proceso de Clasificación de Especies del Ministerio del Medio Ambiente. Lo anterior, señala, se deriva de la intervención y avance de las obras del proyecto inmobiliario “Loteo Inversiones Lampa SpA”, sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental que lo autorice para ello, todo lo cual da cuenta un daño inminente al medio ambiente que puede agravarse en caso de continuar la ejecución del proyecto en las mismas condiciones. Por otra parte, indica que la medida dictada mediante Resolución Exenta N° 485, de 8 de marzo de 2021 tuvo por objeto la adopción de una medida más gravosas, al clausurar totalmente las instalaciones del proyecto, puesto que con ello se buscó detener la pérdida de superficie del humedal y de sus inmediaciones, así como de la avifauna mencionada. Agrega que, aun cuando las obras del proyecto se han continuado realizando, luego de la última medida provisional ha disminuido su tasa de avance en comparación a la constatada en inspecciones anteriores, de manera que la medida de clausura ha demostrado ser más eficaz que la medida previa de detención de funcionamiento. Así, se estima necesaria la renovación de la medida, ya que, de lo contrario, el titular continuará con la ejecución de las obras, extendiendo la intervención del área del Humedal Puente Negro, con la consecuente perturbación del hábitat de la Becacina pintada, intensificando el riesgo de daño ambiental inminente. Además, estiman como necesaria la renovación de la medida de clausura, pues persigue que el desarrollador no persista en la continuación del proyecto, hasta obtener las autorizaciones necesarias para ello.

5. Que, la SMA fundamenta como proporcional la medida de clausura total temporal a la elusión al SEIA, el incumplimiento del requerimiento de información extendido por este servicio el día 4 de junio de 2020 y el incumplimiento total de la medida provisional ordenada mediante la Resolución Exenta N°66/2021, así como de su renovación por la Res. Ex. N°260/2021; y a las infracciones establecidas en las letras b), j) y l) del artículo 35 de la LOSMA. Igualmente, arguye que resulta proporcional al riesgo al medio ambiente que implica la mantención de dicha actividad de forma ilegal, sin los permisos y autorizaciones correspondientes. Por último, señala que resulta proporcional también en atención al tiempo que se ha verificado el incumplimiento y a la actitud de la empresa de incumplir y hacer caso omiso a las advertencias, requerimientos y medidas de la SMA.

6. Que, la SMA acompaña los siguientes documentos como respaldo a su solicitud: i) Ord. N°804, de 19 de marzo de 2021, del Superintendente (s) del Medio Ambiente dirigido al Fiscal Adjunto Jefe de la Fiscalía Centro Norte, el cual remite los antecedentes que indica; ii) Informe Técnico, Equipo de Geoinformación, elaborado por la División de Seguimiento e Información Ambiental de la Superintendencia de Medio Ambiente; y, iii) la denuncia que figura en el expediente 586-XIII-2021; y, iv) el Memorándum DFZ N°335/2021.

CONSIDERANDO:

Primero. Que el análisis de la presente solicitud se sujeta a lo dispuesto en el artículo 48 de la LOSMA; en los artículos 17 N° 4 y 32 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600"); en el Acta N° 22, de 4 de marzo de 2013, sobre funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental; y, en el Acta Ordinaria N° 24, de 6 de marzo de 2013, sobre régimen de turno para solicitudes de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por el Acta Ordinaria N° 73, de 24 de julio de 2020.

Segundo. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 de la LOSMA "*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:* c) *Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones. Las medidas señaladas en el inciso anterior podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880 y deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40. Las medidas contempladas en este artículo serán esencialmente temporales y tendrán una duración de hasta 30 días corridos. En caso de renovación, ésta deberá ser decretada por resolución fundada cumpliendo con los requisitos que establece este artículo. En el caso de las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e), la Superintendencia deberá obtener la autorización previa del Tribunal Ambiental.*"

Tercero. Que, en relación con el proyecto inmobiliario “Lote Inversiones Lampa Spa”, desarrollado por Inversiones Lampa SpA, Rol Único Tributario N°77.010.973-6, ubicado en Los Acacios s/n, Lote 114 B, comuna de Lampa, Región Metropolitana, es necesario hacer presente que este Tribunal ya ha autorizado las siguientes medidas:

En primer lugar, el 13 de enero de 2021, se autorizó la medida provisional de detención de funcionamiento, contenida en la letra d) del artículo 48 de la LOSMA, por el plazo de 15 días hábiles. Para ello se consideró que el requisito del ‘humo del buen derecho’ concurría a la luz de los antecedentes acompañados por la SMA, a saber, el Expediente de Requerimiento de Ingreso REQ-036-2020 y el Expediente de Denuncia ID 362-XII-2019, y de la falta de respuesta de Inversiones Lampa SpA frente a dichos requerimientos. Asimismo, se estimó que concurría el requisito de peligro en la demora pues la realización de una actividad que genera pérdida del área de un humedal constituye una situación que requiere una respuesta oportuna por parte de la autoridad competente. Finalmente, se ponderó que la detención de funcionamiento resultaba una medida proporcional con el riesgo identificado por la solicitante, en tanto se desconocen los efectos de la ejecución de un proyecto de estas características en el medio ambiente, y que la naturaleza preventiva del SEIA exige, conforme al artículo 8 de la Ley N° 19.300, que los proyectos o actividades sean evaluados ambientalmente en forma previa a su desarrollo, lo que no ocurrió en la especie.

En segundo término, el 8 de febrero de 2021, se autorizó la renovación de la medida provisional solicitada por la Superintendencia del Medio Ambiente, dispuesta en la letra d) del artículo 48 de la LOSMA, consistente también en la detención de funcionamiento, por el plazo de 30 días corridos, con el auxilio de la fuerza pública, para que Carabineros de Chile realice rondas periódicas en el sector indicado, a lo menos una vez al día incluyendo los fines de semana, para asegurar el efectivo cumplimiento de la renovación de la medida provisional autorizada por este Tribunal, en tanto ésta se mantenga vigente. Para determinarla, se tuvo presente que la nueva evidencia proporcionada por la SMA dio cuenta de una disposición manifiestamente pertinaz de ejecutar obras y actividades sin atender la existencia de una investigación y proceso en curso respecto a la legalidad de su actuar, ni aún a la orden emanada de esta judicatura, lo cual implicaba una mayor probabilidad de daño al medio ambiente.

Por último, el 19 de marzo de 2021, se autorizó la medida provisional de clausura total de las instalaciones, que contempla la letra c) del artículo 48 de la LOSMA, por un plazo de 30 días corridos, junto con la autorización de la instalación de un candado en el portón principal de acceso. Para determinar lo anterior, se estimó que concurría el requisito del humo del buen derecho ya que se tuvieron presentes la denuncia efectuada por la Corporación Red de Observadores de Aves de Chile, los Informes de fiscalización ambiental DFZ-2020-2474-XIII-SRCA y DFZ-2021-84-XIII-MP, y que la SMA ya ha formulado cargos en contra de Inversiones Lampa SpA por los hechos que sustentan esta medida provisional. Sobre dichos informes, el Tribunal estimó necesario recordar que el artículo 8 de la LOSMA otorga la calidad de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el ejercicio de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización, sobre los cuales la ley les otorga el valor de presunción legal. Igualmente, se tomó en cuenta que, conforme a la Copia de Acta de 1 de marzo de 2021 y un anexo fotográfico de inspección de 1 de marzo de 2021, acompañados por la SMA, se acudió a detener la actividad con auxilio de la fuerza pública y, además, se evidenciaba el incumplimiento de la medida provisional de detención de funcionamiento que contempla la letra d) del artículo 48 de la LOSMA. Asimismo, se tuvo por acreditado el requisito del peligro en la demora, por cuanto los antecedentes acompañados por la SMA daban cuenta de un incumplimiento contumaz y sostenido de sus órdenes por parte de la empresa; a que el proyecto se emplaza sobre una fracción del Humedal Puente Negro, el cual integra la red de humedales del Sitio Prioritario Humedal de Batuco y posee un indudable valor ecosistémico, y a que la envergadura de las actividades y obras constatadas evidencian que se puede generar un daño inminente al medio ambiente. Finalmente, en cuanto a la proporcionalidad de la medida, el Tribunal consideró los tres cargos imputados a la empresa por la SMA, de los cuales uno de ellos se ha calificado como gravísimo (posible infracción a la letra b) del artículo 35 de la LOSMA), y los otros dos como graves (posible infracción las letras j) y l) del artículo 35 de la LOSMA), a lo cual se agregó el hecho del incumplimiento sostenido de la medida provisional de detención de funcionamiento.

Cuarto. Que, en términos generales, las medidas provisionales, en tanto providencias cautelares, exigen la concurrencia del “humo de buen derecho”, “peligro en la demora” y de proporcionalidad con los riesgos o peligros que fundamentan su adopción. En efecto, la

doctrina nacional ha expuesto que “[L]as medidas provisionales son consideradas como un tipo de medidas cautelares o bien como providencias de urgencia, cuyos requisitos pueden agruparse en: a) *periculum in mora* o la existencia de daño inminente; b) *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho o apariencia de la comisión de una infracción y, finalmente, c) *proporcionalidad*” (BORDALI SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván. *El Contencioso Administrativo Ambiental*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2017. p. 355).

Quinto. Que, en relación al humo del buen derecho, este Ministro tiene presente los antecedentes provistos por la SMA para autorizar la medida de clausura total en la causa Rol S N° 72-2021, especialmente, los hechos constitutivos de infracciones normativas que se consignan en los informes de fiscalización contenidos en los expedientes DFZ-2020-2474-XIII-SRCA y DFZ-2021-84-XIII-MP, pues sobre éstos pesa la presunción legal que contempla el artículo 8 de la LOSMA. Asimismo, la denuncia N° 2898 efectuada el 24 de marzo de 2021, que indica que *“el día 18 de este mes [marzo] concurrimos al lugar y evidenciamos un fuerte flujo de camiones con tierra para rellenar entrando y saliendo del humedal”* y el Informe técnico del equipo de geo-información, de la División de seguimiento e información ambiental de la SMA, de 7 de abril de 2021, el cual concluye que *“a partir de los resultados derivados del análisis comparado entre ambas imágenes satelitales y el de la imagen del 3 de abril de 2021 con el levantamiento topográfico realizado el 9 de marzo de 2021 permite concluir la continuidad de las actividades de relleno con material externo al sistema del humedal Puente Negro, expandiéndose aproximadamente 6.600 m² hacia el oeste del perímetro levantado el día de notificación presencial de la Resolución Exenta 485/2021 de la SMA que clausura totalmente la actividad”*.

Por otra parte, especial relevancia posee la Resolución Exenta N° 1/Rol D-028-2021, de 2 de febrero de 2021, de la SMA, que formula cargos a Inversiones Lampa SpA, pues guarda una vinculación directa con las solicitudes autorizadas previamente por este Tribunal. Mediante dicha resolución se imputó a la empresa la comisión de tres infracciones: “[...] 1.- *La ejecución de un proyecto inmobiliario en la comuna de Lampa, Región Metropolitana, la cual se encuentra declarada como zona saturada, en una superficie superior a (7) hectáreas, sin contar con Resolución de Calificación Ambiental [...]*”, la que podría implicar un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la SMA, calificada como una infracción de carácter gravísima; “[...] 2.- *Incumplir totalmente el requerimiento de*

información formulado en el numeral 9 del acta de inspección ambiental de 4 de junio de 2020 [...]”, la que podría implicar incumplimiento del artículo 35 letra j) de la Ley Orgánica de la SMA, calificada como una infracción de carácter grave; y finalmente, “[...] 3.- Incumplir totalmente la medida provisional decretada por la SMA por no haber detenido totalmente las obras tendientes a materializar el proyecto inmobiliario “Loteo Inversiones Lampa SpA”, ni haber detenido toda obra o acción tendiente a intervenir la superficie del Humedal Puente Negro como de los sitios aledaños al mismo [...]”, hecho que puede constituir infracción del artículo 35 letra l) de la Ley Orgánica de la SMA, calificada como infracción de carácter grave”.

En relación a este último antecedente, es necesario hacer presente que la resolución que adopta la medida provisional dispuesta en la letra d) del artículo 48 de la LOSMA, consistente en la detención de funcionamiento, por el plazo de 30 días corridos, autorizada por este Tribunal en autos Rol S N° 71-2021, solicitó a la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región Metropolitana (en adelante, “SEA”) que informara a este Tribunal y remitiera su pronunciamiento respecto a si el proyecto “Loteo Inversiones Lampa SpA” debía someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previo a su ejecución. Con fecha 5 de marzo de 2021, el SEA evacuó el informe requerido, señalando que: *“no se cuenta con información suficiente para acreditar que el Proyecto corresponde a un Loteo en los términos señalados con anterioridad, toda vez que, si bien se da cuenta de un cerco perimetral, estructuras de ladrillos que constituyen a la entrada del terreno y tres container, estas obras no se enmarcan dentro de la definición de loteo determinada por la normativa analizada [conforme a las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcción, a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones], ya que ninguna de ellas implica una obra de urbanización, así como tampoco el proyecto contempla la apertura, ensanche o prolongación de vías públicas, por lo tanto, no se configura ninguno de los subliterales de la letra h.1 del artículo 3 del RSEIA”.* Sin embargo, el SEA concluye que sí se configuraría la tipología del artículo 3 letra s) del RSEIA, por cuanto *“reúne las características descritas en el Reglamento de Humedales y, según consta en los Informes de Fiscalización Ambiental publicados por la SMA, se encuentra en riesgo de verse afectado es susceptible de verse afectado en los términos contenidos en el literal s) del artículo 3 del RSEIA”.*

Sexto. Que, los antecedentes acompañados en la presente solicitud por parte de la SMA, junto con la Resolución Exenta N° 1/Rol D-028-2021, de 2 de febrero de 2021, de misma entidad y el informe evacuado por el SEA, -aun cuando con fundamentos disímiles- ambos organismos señalan que se configurarían hipótesis -diversas- de ejecución de proyectos para los cuales la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Por lo tanto, este Ministro estima que concurre la existencia de un “humo de buen derecho”, pues se ha verificado la verosimilitud de la pretensión invocada. Pero ello no soslaya que aún no se configura una tipología única y conteste para ambas entidades -la evaluadora y la fiscalizadora- lo cual resulta relevante en materia de humo de buen derecho y que será asimismo reparado más adelante a propósito de la proporcionalidad.

Séptimo. Que, en cuanto al peligro en la demora, a juicio de este Ministro, debe considerarse que el SEIA es precisamente el instrumento que busca predecir y abordar debidamente las consecuencias que un proyecto puede generar en el medio ambiente, de modo que sus efectos se ajusten a la normativa vigente. Así, la ejecución de un proyecto o actividad sin evaluación ambiental, tratándose de una tipología de proyecto establecida legal y reglamentariamente, constituye la quintaesencia del riesgo ambiental de actividades humanas cuyas implicancias y alcances se desconocen. Por lo tanto, dado que se imputa a la empresa la elusión al SEIA, la probabilidad que se genere la pérdida o afectación del área del humedal Puente Negro resulta posible, más aún si se considera la inactividad del Titular frente a los requerimientos de la autoridad.

Octavo. Por último, en cuanto a la proporcionalidad de la medida, ésta se ha entendido por doctrina reciente del siguiente modo: *“supone que la intervención que realice el tribunal en la esfera del demandado sea este un particular o el Estado, debe graduarse de acuerdo a los fines que se quieren proteger en sede cautelar. De esta forma, cuando los bienes jurídicos son más sensibles al acto o conducta materia del litigio o tienen una importancia más relevante, más intensa puede ser esa intervención. Al mismo tiempo, frente a diferentes opciones válidas para cumplir la finalidad, la proporcionalidad deberá inclinar al tribunal a escoger la menos gravosa”* (Hunter, Iván (2021). Tutela cautelar en el contencioso ambiental. Santiago: Der Ediciones Ltda., p. 61).

Como se señaló en el considerando sexto de esta resolución, es posible advertir que la SMA y el SEA disienten en los fundamentos para sostener que el proyecto se encuentre eludiendo el SEA, lo cual, a juicio de este Ministro, debe ser ponderado a la luz del requisito de proporcionalidad según prevé el inciso segundo del artículo 48 de la LOSMA, que establece que “[l]as medidas señaladas en el inciso anterior podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880 **y deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40**” (destacado del Tribunal). Dado que las autoridades ambientales emiten juicios incoherentes respecto a la situación de potencial elusión al SEIA a la empresa Inversiones Lampa SpA, es que este Ministro estima que la autorización para renovar la medida provisional de clausura total temporal, que contempla la letra c) del artículo 48 de la LOSMA debe ser menos gravosa, por lo que se renueva por sólo 15 días hábiles, de modo que los antecedentes que funden la futura renovación, de haberla, sean consolidados en lo sucesivo.

POR TANTO, en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos,

SE AUTORIZA la medida provisional contemplada en la letra c) del artículo 48 de la LOSMA, esto es la “clausura total de las instalaciones”, respecto del proyecto inmobiliario “Lote Inversiones Lampa Spa”, llevado adelante por Inversiones Lampa SpA, Rol Único Tributario N°77.010.973-6, ubicado en Los Acacios s/n, Lote 114 B, comuna de Lampa, Región Metropolitana, **por un plazo de 15 días hábiles**.

Al primer otrosí, téngase por acompañados los documentos; al segundo otrosí, como se pide a la forma de notificación solicitada, regístrense las direcciones de correo electrónico en el sistema computacional del Tribunal; téngase por acompañados los documentos; al tercer otrosí, téngase presente y por acompañados los documentos; al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por el estado diario, y por correo electrónico a la SMA.

Rol S N° 74-2021.

Pronunciada por el Ministro Sr. Alejandro Ruiz Fabres.

En Santiago, a 9 de abril de 2021, autoriza el Secretario del Tribunal, Sr. Leonel Salinas Muñoz, notificando por el estado diario la resolución precedente.