

EN LO PRINCIPAL: Recurso de reposición. **PRIMER OTROSÍ:** Solicita suspensión de los efectos del acto recurrido. **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos. **TERCER OTROSÍ:** Acredita personería. **CUARTO OTROSÍ:** Patrocinio y Poder

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

EDESIO CARRASCO QUIROGA, abogado, cédula de identidad N° 13.829.720-9, en representación, según se acreditará, de **INMOBILIARIA SOCOVESA SUR S.A.** (en adelante, "**SOCOVESA**"), ambos para estos efectos domiciliados en Avenida Eliodoro Yáñez 2962, comuna de Providencia, Región Metropolitana, a Ud. respetuosamente digo:

Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley N°19.980, que "Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen Los Actos de los Órganos de la Administración del Estado" (en adelante, "**Ley N° 19.880**"), por este acto y encontrándome dentro de plazo, vengo en interponer recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 209, de fecha 9 de febrero de 2022 (en adelante, "**Res. Ex. N° 209/2022**" o "**resolución impugnada**"), a través de la cual, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "**SMA**") ordenó la medida provisional preprocedimental contemplada en la letra d) del artículo 48 de la Ley N° 20.417 Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "**LOSMA**"), consistente en la detención parcial del funcionamiento de las instalaciones, en contra de mi representada por la Unidad Fiscalizable denominada "*Condominio Tierra noble, 4ta Etapa*".

El presente recurso, tiene por objetivo que se deje sin efecto la resolución impugnada o, en subsidio, se modifique la medida provisional preprocedimental decretada, en atención a que en el presente caso no se configuran los requisitos necesarios para su dictación, conforme los argumentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES PREVIOS

A. ANTECEDENTES GENERALES SOBRE EL PROYECTO

1. SOCOVESA es titular del proyecto denominado "Tierra Noble Condominio I y II" o unidad fiscalizable "Condominio Tierra Noble, 4ta Etapa" (en adelante, "**Proyecto**"), el que **comenzó su construcción durante marzo de 2017** con sus obras preliminares de instalación de faenas y escarpe del terreno.

2. Por una parte, el Proyecto considera la construcción de dos condominios tipo A (“Tierra Noble I” y “Tierra Noble II”), que en total suman 182 viviendas de DFL 2. De este total, en la actualidad 117 viviendas se encuentran construidas y habitadas por sus actuales propietarios, las que cuentan con sus respectivos certificados de recepción de obras, mientras que las restantes 65 viviendas se están construyendo en diferentes fases de avance. La última etapa comenzó su construcción en el mes mayo de 2021. Lo expuesto, es posible apreciarlo en la siguiente tabla:

Tabla 1: Proyecto Inmobiliario Tierra Noble.

Condominio Tierra Noble I	Condominio Tierra Noble II
Viviendas Etapa 1-1. Total: 38 viviendas construidas.	Viviendas Etapa 2-1. Total: 19 viviendas construidas.
Viviendas Etapa 1-2. Total: 17 viviendas construidas.	Viviendas Etapa 2-2. Total: 29 viviendas construidas.
Viviendas Etapa 1-3. Total: 14 viviendas construidas.	Viviendas Etapa 2-3 Total: 46 viviendas en construcción.
Viviendas Etapa 1-4- Total: 19 viviendas en construcción.	

Fuente: Elaboración propia

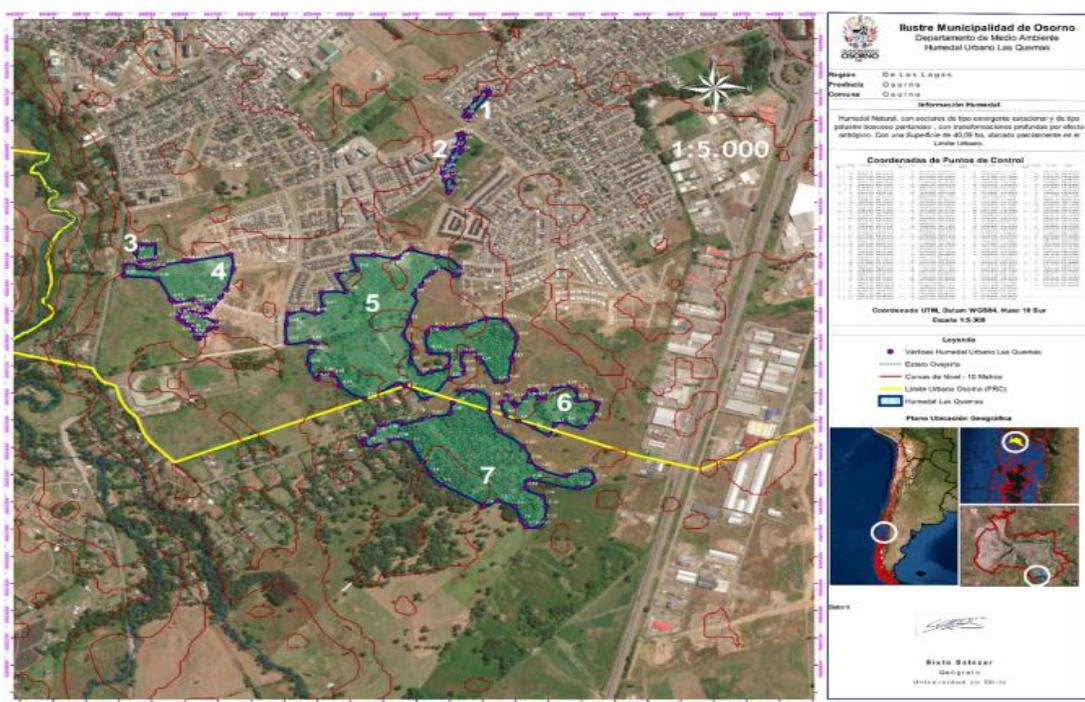
3. En primer lugar, cabe señalar que al propietario urbanizador de un terreno le asiste **la obligación legal** de desaguar las aguas lluvias del terreno, según dispone el artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, “LGUC”). Esta obligación legal será desarrollada posteriormente.
4. En este contexto, para su correcta ejecución y previendo la necesidad del manejo de las aguas lluvias -como es común en proyectos residenciales- el Proyecto considera la modificación de cauce del Estero Sin Nombre, ubicado en el sector las Quemadas de la ciudad de Osorno. Este consiste en la rectificación del trazado, sección, entubamiento y construcción de estanque de retención. Lo anterior, permitirá otorgar **factibilidad de descarga de aguas lluvias** tanto para el Condominio Tierra Noble I y II, permitiendo el normal escurrimiento de las aguas que posteriormente seguirán su ciclo hidrológico de acuerdo a las autorizaciones otorgadas por la autoridad sectorial.
5. Dicha modificación de cauce, **fue aprobada por la Dirección General de Aguas** (en adelante, “DGA”) a través de la **Resolución Exenta N°000386** de fecha **4 de julio de 2019** (en adelante, “Res. Ex. N° 000386/2019”). La modificación de cauce que estaba en proceso de construcción **tiene por objetivo otorgar la factibilidad de descarga de aguas lluvias al Proyecto**, por lo que sin esa obra **no es posible su operación** —incluida la **habitabilidad actual** de las casas— advirtiéndose de esta manera el carácter **esencial y prioritario** que reviste esta infraestructura para evitar **anegamientos y contingencias asociadas a inundaciones** que podrían

sufrir los vecinos del sector en caso de no materializarse en lo **inmediato** aquella obra.

B. ANTECEDENTES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DEL HUMEDAL URBANO “LAS QUEMAS”: EL POLÍGONO DEL FUTURO HUMEDAL AÚN NO SE ENCUENTRA ESTABLECIDO DE MANERA DEFINITIVA

1. Con fecha **9 de julio de 2021** es decir, de manera posterior a la ejecución del Proyecto y a la autorización de la DGA para la modificar el cauce a través del Ord. N° 847, la I. Municipalidad de Osorno presentó la solicitud de declaratoria del potencial humedal “Las Quemadas”, ante el Ministerio del Medio Ambiente (en adelante, “**MMA**”), en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 21.202 que “Modifica diversos cuerpos normativos con el objetivo de proteger los humedales urbanos”.
2. Posteriormente, con fecha 27 de julio de 2021, y a través del Ord. N° 235/2021, la SEREMI de Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, mediante la Resolución Exenta N° 108/2021, resolvió acoger a trámite la solicitud de declaración de humedal urbano “Las Quemadas” de la comuna de Osorno.
3. En la ficha técnica de solicitud de declaración de humedal urbano propuesta por la Municipalidad, de fecha 1 de julio de 2021, se puede apreciar el **polígono preliminar** solicitado del potencial humedal urbano, conforme a la siguiente representación cartográfica:

Figura 1: Representación Cartográfica de Humedal Las Quemadas.



Fuente: Ficha técnica solicitud de declaración humedal urbano Las Quemadas.

C. ANTECEDENTES DE LAS OBRAS QUE SUPUESTAMENTE ESTARÍAN AFECTANDO EL POLÍGONO DEL POTENCIAL HUMEDAL “LAS QUEMAS”: SE ENCUENTRAN AUTORIZADAS ANTES DE LA SOLICITUD DEL POTENCIAL HUMEDAL “LAS QUEMAS” Y ANTES DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY N° 21.202

1. A continuación, se describirán las obras del Proyecto que se encuentran parcialmente ubicadas en el potencial humedal “Las Quemadas”, de acuerdo con el polígono preliminar propuesto por la I. Municipalidad de Osorno, estando aún en tramitación el procedimiento administrativo correspondiente.

C.1 OBRAS DE URBANIZACIÓN Y VIVIENDAS: EL PROYECTO CUENTA CON LAS AUTORIZACIONES URBANÍSTICAS CORRESPONDIENTES

1. Conforme a lo ya señalado, el Proyecto considera la construcción de dos condominios tipo A, correspondientes al Condominio “Tierra Noble I” y Condominio “Tierra Noble II”, que en total suman 182 viviendas de DFL 2, encontrándose en la actualidad 117 viviendas construidas con recepción municipal y enajenadas.
2. Al respecto, **una parte acotada del Condominio Tierra Noble II, se encuentra emplazada parcialmente en el polígono preliminar propuesto como humedal “Las Quemadas”, cuyo reconocimiento se encuentra en actual tramitación.**
3. Cabe relevar que el Proyecto cuenta con los **permisos de edificación** para las viviendas y estacionamientos proyectados para los Condominios I y II, así como los **certificados de recepción de obras** de las viviendas ya construidas, conforme a la siguiente tabla resumen:

Tabla 2: Permisos de edificación y certificados de recepción de obras del Proyecto

Condominio	Etapas	Permisos de edificación	Certificados de recepción de obras
Tierra Noble I	Etapa 1-1 (construida)	Permiso de Edificación N° 144 de fecha 4 de mayo de 2017, modificado por Permiso de Edificación N° 238 de fecha 5 de julio de 2018	Certificado N° 40 de 15 de febrero de 2018 y Certificado N° 220 de 16 de agosto de 2018
	Etapa 1-2 (construida)		Certificado N° 150 de 5 de septiembre de 2019
	Etapa 1-3 (construida)		Certificado N° 14 de 22 de enero de 2021

	Etapa 1-4 (en construcción)		En construcción
Tierra Noble II	Etapa 2-1 (construida)	Permiso de Edificación N° 351 de fecha 16 de noviembre de 2018	Certificado N° 206 de 11 de noviembre de 2019
	Etapa 2-2 (construida)		Certificado N° 168 de 4 de junio de 2021 y Certificado N° 216 de 12 de agosto de 2021
	Etapa 2-3 (no construida - paralizada)		Aun no construida, actualmente paralizada

Fuente: Elaboración propia

4. En definitiva, el Proyecto cuenta con las **autorizaciones urbanísticas correspondientes**, otorgadas por la **DOM de la I. Municipalidad de Osorno** como autoridad encargada de comprobar el cumplimiento de la normativa urbanística mediante la aprobación de permisos de urbanización y edificación, y la recepción de obras.
5. Conforme se puede evidenciar manifiestamente, las primeras autorizaciones urbanísticas asociadas a la Etapa 1-1 del Condominio Tierra Noble I (4 de mayo de 2017 y 5 de julio de 2018), así como el permiso sectorial de la DGA (4 de julio de 2019), fueron concedidos **mucho tiempo antes de la solicitud de declaración del potencial humedal “Las Quemadas” presentado por la I. Municipalidad de Osorno el día 19 de julio de 2021**. Inclusive, los permisos fueron otorgados **antes de que empezara a regir la Ley N° 21.202**, la que fue publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de enero de 2020.
6. Con todo, cabe señalar que **el área de superposición del Condominio Tierra Noble II con el potencial humedal considera 16 viviendas en construcción, las cuales fueron objeto de contratos de promesa de compraventa con clientes celebradas desde el 28 de mayo de 2021 en adelante**.
7. Considerando lo anterior, una eventual decisión que implique un retraso o impedimento a su construcción y entrega no solamente implicarán un **incumplimiento contractual que generará perjuicios a SOCOVESA** como promitente vendedor, sino que además **afectará legítimos derechos de terceros** que contractualmente deben recibir las viviendas.

**C.2 OBRAS MODIFICACIÓN DE CAUCE PARA CONDUCIR AGUAS LLUVIAS
INDISPENSABLES PARA EL USO SEGURO DE LAS VIVIENDAS QUE YA SE
ENCUENTRAN HABITADAS: EL PROYECTO CUENTA CON PERMISO
SECTORIAL DE LA DGA**

1. Por otro lado, en cumplimiento de la obligación de urbanizar dispuesto en el artículo 134 de la LGUC, el Proyecto requiere la ejecución de las **obras para la evacuación de aguas lluvias** provenientes de los Condominios Tierra Noble I y II, las cuales se **ubican en el polígono preliminar propuesto por la Municipalidad de Osorno para el humedal Las Quemadas**.
2. Cabe destacar que de acuerdo a lo señalado las obras de evacuación de aguas lluvias fueron autorizadas por la DGA mediante Res. Ex. DGA Región de Los Lagos N° 386 de **4 de julio de 2019, que aprobó el proyecto de modificación de cauce sobre el estero sin nombre** presentado por mi representada. Es decir, tal permiso se otorgó con anterioridad a la solicitud de declaración del potencial humedal “las Quemadas” y a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.202.
3. En este sentido, cabe relevar que la obra de modificación de cauce **no tiene por objetivo drenar, extraer ni utilizar el recurso hídrico contenido en el humedal**, sino que, muy por el contrario, y lejos de significar una afectación del mismo, permitirán **dar una solución a la conducción de aguas lluvias de la urbanización que conforma el Proyecto, las cuales serán reconducidas al mismo estero en otro punto muy cercano donde la autoridad sectorial ha dado su autorización**.
4. En consecuencia, las obras objeto del permiso de modificación de cauce permiten **mantener el régimen de escurrimiento de las aguas lluvias**, junto con otorgar **condiciones de habitabilidad seguras para las personas que actualmente habitan y a futuro habitarán las viviendas**.
5. En este orden de ideas, en el Segundo Otrosí de este recurso se acompaña un informe de la profesional proyectista hidráulica que participó en la elaboración de los antecedentes técnicos del permiso de modificación de cauce autorizado mediante la Res. Ex. DGA Región de Los Lagos N° 386 de 4 de julio de 2019.
6. En particular, la profesional proyectista respalda que la obra de modificación de cauce es **necesaria e indispensable para la correcta evacuación de las aguas lluvias del Proyecto**, el cual, conforme a lo señalado, ya cuenta con **117 viviendas construidas y habitadas, lo que asumiendo un**

factor tipo de 3 habitantes por vivienda implican 351 personas que requieren asegurar sus condiciones de habitabilidad. En este sentido, el predio en el cual se emplaza el Proyecto tributa en forma superficial al denominado estero sin nombre, conforme a lo indicado en el **Plan Maestro de Aguas Lluvias de la ciudad de Osorno.**

7. Precisamente, **en abril de año empieza el periodo de lluvias en la comuna de Osorno,** con 119 mm de precipitaciones promedio, hasta octubre con 120 mm aproximadamente, teniendo su punto más álgido en junio con 250 mm de precipitaciones.
8. En este contexto, la profesional concluye que la **no terminación definitiva de las obras de modificación de cauce (obras de evacuación de aguas lluvias) podría generar un riesgo de inundación de las 117 viviendas actualmente habitadas por un estimado de 351 personas.**
9. En definitiva, el Proyecto cuenta con el **permiso sectorial** de competencia de la **DGA** como autoridad competente, entre otras funciones, de planificar el desarrollo del recurso hídrico en las fuentes naturales y ejercer la labor de policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización correspondiente.
10. Además, conforme se puede observar, al igual que las autorizaciones urbanísticas, el permiso sectorial de la DGA (**4 de julio de 2019**), fue concedido **mucho tiempo antes de la solicitud de declaración del potencial humedal “Las Quemadas” presentado por la I. Municipalidad de Osorno el día 19 de julio de 2021.**

D. ANTECEDENTES SOBRE LA MEDIDA PROVISIONAL PREPROCEDIMENTAL DICTADA POR LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

1. Con fecha 19 de enero de 2022, esta Superintendencia solicitó autorización al I. Tercer Tribunal Ambiental para la dictación como medida preprocedimental de la detención parcial del funcionamiento de las instalaciones del Proyecto en el sector que se encuentra desarrollando sobre el humedal Las Quemadas, conforme al artículo 48 letra d) de la LOSMA.
2. La solicitud de esta Superintendencia presentada al I. Tercer Tribunal Ambiental se fundó, por una parte, en la actividad de inspección el día 20 de diciembre de 2021 y, por otra, en la información proporcionada por mi representada en respuesta a un requerimiento de información, concluyendo

que las obras asociadas al Proyecto, particularmente la construcción de casas, canalización de aguas lluvias y modificación de un estero sin nombre, se encuentran ubicadas al interior del “Humedal Las Quemadas”, sin contar con una resolución de calificación ambiental (en adelante, “RCA”), lo que constituiría una infracción al artículo 8° de la Ley N°19.300, en relación al artículo 10 letra s), toda vez que dichas obras se ejecutan al interior de un humedal urbano¹.

3. Posteriormente, con fecha 8 de febrero de 2020, el I. Tercer Tribunal Ambiental autorizó a la SMA a dictar la medida consistente en la detención parcial del funcionamiento de las instalaciones del Proyecto llevado adelante por SOCOVESA en el sector que se encuentra desarrollando sobre el humedal Las Quemadas.
4. Luego, mediante la resolución impugnada, con fecha 9 de febrero de 2022 la SMA ordenó la medida provisional preprocedimental contemplada en la letra d) del artículo 48 de la LOSMA, consistente en la **detención parcial del funcionamiento de las instalaciones del Proyecto cuyas obras se ejecutan al interior del humedal Las Quemadas, por un plazo de 15 días hábiles**, contados desde la notificación de la resolución (Resuelvo I), lo cual ocurrió con fecha 10 de febrero de 2022.
5. Asimismo, la SMA dispuso como medio de verificación un reporte semanal cada lunes con registro diario que permita verificar la paralización parcial de las actividades del proyecto al interior del humedal urbano (Resuelvo I).
6. En relación a los **antecedentes que darían cuenta de la comisión de una infracción (fumus bonis iuris)**, la SMA concluye lo siguiente: (i) parte del Proyecto estaría afectando el sector 4 del humedal Las Quemadas, el cual cumple con las características de un humedal urbano; (ii) la ejecución del Proyecto reúne los requisitos establecidos en el literal s) del artículo 10 de la Ley N° 19.000, por lo que requiere contar con una resolución de calificación ambiental; y, (iii) el Proyecto se encontraría actualmente infringiendo el artículo 34 letra b) de la LOSMA (elusión del SEIA).
7. Respecto de los **antecedentes sobre un daño inminente al medio ambiente (periculum in mora)**, la SMA concluye que la ejecución del Proyecto, en parte, dentro del humedal urbano (viviendas y obra de modificación del estero sin nombre) se traduciría en un riesgo para el humedal, dado que la continuidad del Proyecto implicaría una potencial compactación y relleno sobre el suelo del humedal, riesgos de alteración de su régimen hidráulica, potenciales deslizamientos no controlados de material,

¹ Página 5 de la solicitud de autorización presentada por la SMA al I. Tercer Tribunal Ambiental, en causa S-1-2022.

susceptibilidad de alteración de la calidad de las aguas y biota acuática, posible afectación de hábitat de fauna silvestre debido a la alteración de componentes y flujos ecosistémicos causados por el avance de las obras en el humedal, así como por emisiones de ruido desde la zona y emisiones de material particulado.

8. Sobre la **proporcionalidad de la medida**, la SMA estima que la medida resultaría totalmente proporcional a la infracción consistente en el grave incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 letra b) de la LOSMA al ejecutarse el Proyecto sin contar con una RCA, así como el riesgo al medio ambiente que significaría la continuidad de las obras.
9. Finalmente, cabe señalar que la SMA dispuso que un plazo de 5 días hábiles desde el vencimiento del plazo de la medida, mi representada debe presentar un reporte consolidado del cumplimiento de la misma (Resuelvo II).

SEGUNDA PARTE

RAZONES POR LAS CUALES LA MEDIDA PROVISIONAL PREPROCEDIMENTAL DEBE SER DEJADA SIN EFECTO O AL MENOS MODIFICADA

1. A continuación, se expondrán las **razones** por las cuales la medida provisional preprocedimental debe ser dejada sin efecto:
 - (i) No se configuran los presupuestos para la dictación de una medida provisional preprocedimental de naturaleza cautelar:
 - a. No hay apariencia ni comisión de infracción: el Proyecto fue ejecutado de conformidad con los permisos otorgados en cumplimiento de la normativa vigente, no habiendo elusión del sea pues comenzó su ejecución material, al amparo de ellos, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.202.
 - b. La ejecución del Proyecto no genera un riesgo de daño inminente al medio ambiente: el área a intervenir no reúne las características para ser considerada como un humedal.
 - c. La medida resulta desproporcionada: con la paralización del Proyecto existe un riesgo inminente de inundación para las familias que actualmente habitan las viviendas.

A. NO SE CONFIGURAN LOS PRESUPUESTOS PARA LA DICTACIÓN DE UNA MEDIDA PROVISIONAL PREPROCEDIMENTAL DE NATURALEZA CAUTELAR

1. A modo de contexto, cabe señalar que el artículo 48 de la LOSMA, que regula las medidas provisionales que puede decretar el Superintendente del Medio Ambiente, disponiendo en lo pertinente lo siguiente:

*“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**:*

- a) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño.*
- b) Sellado de aparatos o equipos.*
- c) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones.*
- d) Detención del funcionamiento de las instalaciones.*
- e) Suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental.*
- f) Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor.” [énfasis agregado].*

2. Sobre las medidas provisionales en general, en sentencia de fecha 4 de diciembre de 2014, causa correspondiente a **Rol R-44-2014**, el I. Segundo Tribunal Ambiental señaló que sus características son las siguientes:

*“(...) i) la **urgencia y sumariedad** que presiden su adopción; ii) la **instrumentalidad**, en cuanto responden a la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al procedimiento o la integralidad de los intereses implicados en el mismo; iii) la **provisionalidad**, tanto en relación al tiempo de las mismas como en el sentido más amplio de la función sustantiva de la resolución definitiva; iv) la **proporcionalidad e idoneidad**, características que apuntan a la consistencia y equilibrio que debe existir entre la medida, la finalidad de la misma, la eventual sanción que finalmente se imponga, y el tiempo de duración de la medida en cuanto tal; v) la **motivación de la resolución** mediante la cual se adopta; vi) la **habilitación legal** en el sentido que deben estar expresamente previstas; vii) su **ejecutividad**, esto es su aplicación inmediata; y viii) su **alcance**, en el sentido que **tienen como límite, no causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes (...)**”² [énfasis agregado].*

² Sentencia del I. Segundo Tribunal Ambiental, causa Rol R-44-2014, considerando décimo.

3. En relación a su finalidad, la E. Corte Suprema mediante sentencia de fecha 13 de junio de 2020, en causa Rol N° 10.300-2020, concluyó que la finalidad de las medidas provisionales es **exclusivamente cautelar en proporción a la infracción cometida**:

*“De allí sus características fundamentales y que ratifican ese **carácter cautelar**, a saber, que se trata de medidas de urgencia, esencialmente temporales, son accesorias al procedimiento que se deba instruir al efecto (...) su eje es la rapidez y sumariedad al momento de decretarlas, lo cual no obsta que dicha decisión debe ser fundada, de manera que justifique, **su finalidad exclusivamente cautelar y proporcional a la infracción cometida**”³.*

4. Al respecto, los profesores Iván Hunter y Andrés Bordalí concluyen que los **requisitos o exigencias para la dictación de una medida provisional** son las siguientes: a) *periculum in mora* o la existencia de un daño inminente; b) *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho o apariencia de la comisión de una infracción; y, c) proporcionalidad⁴.

5. Por otro lado, conforme se evidencia de la lectura del artículo 48 de la LOSMA, las medidas provisionales **pueden ser dictadas antes del inicio de un procedimiento sancionatorio**, y en tal caso tendrán **naturaleza preprocedimental**:

*"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" [énfasis agregado].*

6. Asimismo, se observa que la regulación de las medidas provisionales con carácter preprocedimental se remite al **artículo 32 de la Ley N° 19.880**, el cual dispone en lo pertinente lo siguiente:

*“(...) antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los **casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados**, podrá adoptar*

³ Sentencia de la E. Corte Suprema en causa Rol 10.300, considerando cuarto.

⁴ HUNTER, Iván, y BORDALÍ, Andrés: *Contencioso Administrativo Ambiental*, Segunda Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 2020, p. 352.

las medidas correspondientes. Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, las medidas a que se refiere el inciso anterior, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes” [énfasis agregado].

7. Al respecto, el I. Segundo Tribunal Ambiental en sentencia de fecha 15 de marzo de 2019, en causa correspondiente a **Rol R-198-2018**, precisó los **elementos de las medidas provisionales adicionales para el caso que sean dictadas carácter preprocedimental**:

“i) Deben decretarse con **fin**es exclusivamente cautelares; ii) Proceden solo en casos de urgencia; iii) La **proporcionalidad de estas debe vincularse al tipo de infracción** y a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA; y, iv) **Deben ser confirmadas, modificadas o levantadas dentro de los 15 días siguientes a su adopción, encontrándose vinculadas necesariamente con el procedimiento sancionatorio, pudiendo ser adoptadas dentro de éste o previo a su inicio (...)**”⁵ [énfasis agregado]

8. Por tanto, las **medidas provisionales pre procedimentales deben cumplir con los requisitos dispuestos para toda medida cautelar, así como los supuestos aplicables particularmente a este tipo de medida** dictadas de forma previa al inicio de un procedimiento sancionatorio.
9. En este contexto, a continuación, se abordarán las razones que dan cuenta que en el presente caso no se configuran los elementos para decretar la paralización parcial de las instalaciones

A.1 NO HAY APARIENCIA NI MUCHO MENOS COMISIÓN DE INFRACCIÓN POR PARTE DE SOCOVESA: EL PROYECTO FUE EJECUTADO DE CONFORMIDAD CON LOS PERMISOS OTORGADOS EN CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA VIGENTE, NO HABIENDO ELUSIÓN DEL SEIA PUES

⁵ Sentencia del I. Segundo Tribunal Ambiental, causa Rol R-198-2018, considerando decimocuarto.

**COMENZÓ SU EJECUCIÓN MATERIAL, AL AMPARO DE ELLOS, ANTES DE LA
ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 21.202**

1. El primer elemento que requiere toda medida provisional corresponde al *fumus boni iuris* o apariencia de comisión de una infracción. Al respecto, conforme a lo señalado previamente, la **SMA fundó la configuración de este requisito en que la ejecución del Proyecto reuniría los requisitos establecidos en el literal s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300, de tal manera que aparentemente se configuraría una elusión del SEIA**, infringiéndose el artículo 34 letra b) de la LOSMA.
2. Al respecto, cabe señalar nuevamente que el Proyecto considera la construcción de dos condominios tipo A, correspondientes al Condominio Tierra Noble I y Condominio Tierra Noble II, que en total suman 182 viviendas de tipo DFL 2, encontrándose en la actualidad 117 viviendas construidas con recepción municipal.
3. En este sentido, el Proyecto también cuenta con los **permisos de edificación** para las viviendas y estacionamientos proyectados para los Condominios I y II, así como los **certificados de recepción de obras** de las viviendas ya construidas.
4. En particular, el Condominio Tierra Noble I, conformado por 94 viviendas y 197 estacionamientos, se encuentra autorizado mediante **Permiso de Edificación N° 144 de fecha 4 de mayo de 2017**, emitido por la DOM de la I. Municipalidad de Osorno, y posteriormente modificado mediante el **Permiso de Edificación N°238 de fecha 5 de julio de 2018**.
5. En la misma línea, el Condominio Tierra Noble II, conformado por 88 viviendas, se encuentra autorizado mediante **Permiso de Edificación N° 351 de fecha 16 de noviembre de 2018**, emitido por la DOM de la I. Municipalidad de Osorno.
6. Al respecto, cabe recordar que los permisos de edificación otorgados por las DOM dan cuenta del **cumplimiento del proyecto respecto del instrumento de planificación territorial correspondiente y de las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y de su Ordenanza**.

7. Precisamente en este sentido el artículo 1.4.1 de la OGUC dispone que:

*“El Director de Obras Municipales concederá el permiso de urbanización o edificación **si los antecedentes acompañados cumplen con el Instrumento de Planificación Territorial y demás disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la presente Ordenanza (...)**” [énfasis agregado].*

8. Por su parte, una vez construida la Etapa 1-1 (38 viviendas) del Condominio Tierra Noble I obtuvo la **recepción definitiva de obras** mediante **Certificado N° 40 de 15 de febrero de 2018 y N° 220 de 16 de agosto de 2018**. A su vez, la Etapa 1-2 (17 viviendas) obtuvo la recepción definitiva de obras mediante el **Certificado N° 150 de 5 de septiembre de 2019** por parte de la DOM de la I. Municipalidad de Osorno. Asimismo, la Etapa 1-3 (17 viviendas) obtuvo la recepción definitiva de obras mediante **Certificado N° 14 de 22 de enero de 2021**.
9. Posteriormente, una vez construida la Etapa 2-1 (19 viviendas) Condominio Tierra Noble II obtuvo la **recepción definitiva de obras** mediante el **Certificado N° 206 de 11 de noviembre de 2019**, y la Etapa 2-2 (29 viviendas) obtuvo la recepción definitiva de obras mediante **Certificados N° 168 de 4 de junio de 2021 y N° 216 de 12 de agosto de 2021**, por parte de la DOM de la I. Municipalidad de Osorno.
10. Cabe señalar que los certificados de recepción definitiva extendidos por la DOM dan cuenta del **cumplimiento de las normas urbanísticas y la conformidad de la obra con el permiso urbanístico otorgado**, de acuerdo con el artículo 144 de la LGUC:

*“Artículo 144.- Terminada una obra o parte de la misma que pueda habilitarse independientemente, el propietario y el arquitecto solicitarán su **recepción definitiva por la Dirección de Obras Municipales**. Sin perjuicio de las recepciones definitivas parciales, habrá, en todo caso, una recepción definitiva del total de las obras.*

(...)

*El Director de Obras deberá revisar únicamente el **cumplimiento de las normas urbanísticas aplicables a la obra, conforme al permiso otorgado**, y procederá a efectuar la recepción, si fuere procedente” [énfasis agregado].*

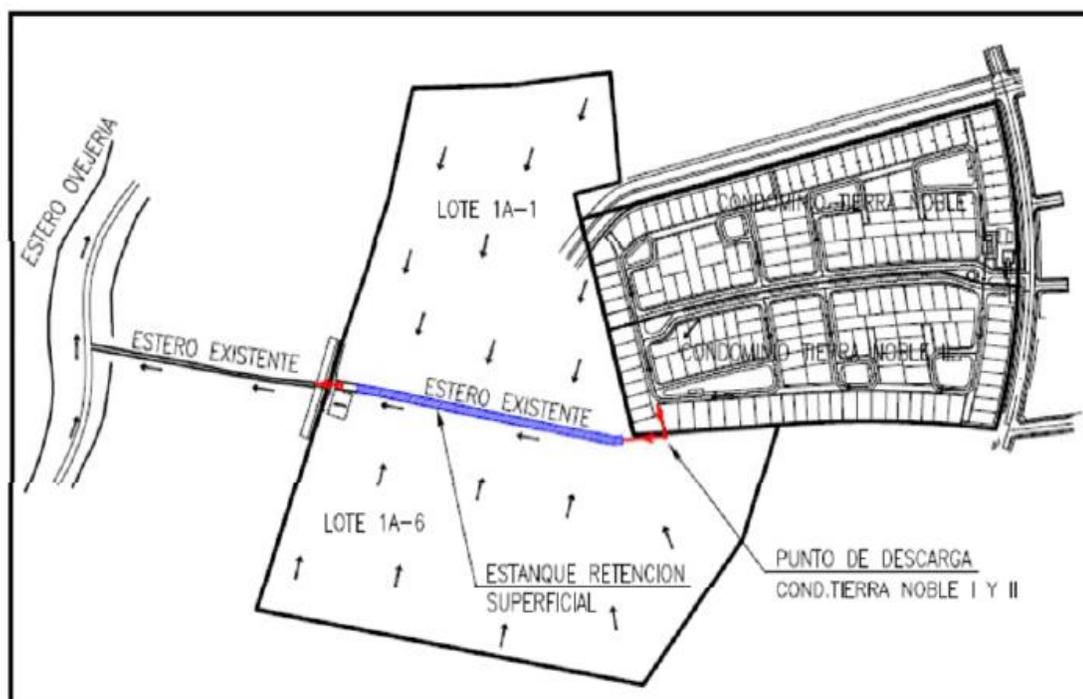
11. En definitiva, el Proyecto cuenta con las **autorizaciones urbanísticas correspondientes**, otorgadas por la **DOM de la I. Municipalidad de Osorno** como autoridad encargada de comprobar el cumplimiento de la normativa urbanística mediante la aprobación de permisos de urbanización y edificación, y la recepción de obras.
12. Por otro lado, considerando que el Proyecto requiere **obras para la evacuación de aguas lluvias** provenientes de los Condominios Tierra Noble I y II, con fecha **22 de agosto de 2017**, Inmobiliaria Socovesa Sur S.A. presentó a la Gobernación Provincial de Osorno, una solicitud de permiso de modificación de cauce sobre estero sin nombre localizado en la comuna de Osorno de conformidad con el **artículo 41 y 171 del Código de Aguas**, la cual fue derivada y recepcionada por la DGA de Puerto Montt el día 16 de noviembre de 2017 para su tramitación.
13. Las obras objeto del permiso de modificación de cauce corresponden a **obras de descarga de aguas lluvia provenientes de la urbanización circundante al cauce**, la rectificación del trazado del estero sin nombre, el entubamiento de una sección del mismo y la construcción de un estanque de mitigación de crecidas sobre el cauce.
14. El detalle de las obras objeto del permiso sectorial se muestra a continuación:
 - a) **Descarga de aguas lluvia**: se proyecta una descarga de aguas lluvia por medio de una tubería de 750 mm de diámetro. La llegada al cauce se materializa por medio de una cámara de inspección de hormigón armado de diámetro 1,80 m y altura de 2,40 m.
 - b) **Abovedamiento del cauce**: obra de transición ente la sección del cauce natural y el estanque de retención de crecida, consistente en un entubamiento por medio de una tubería de HDPE de 750 mm de diámetro y 36 m de largo, iniciando en la cámara de inspección señalada anteriormente, y aportando los caudales al estanque de retención.
 - c) **Estanque de retención de crecidas**: la sección de escurrimiento natural del cauce se modifica y ensancha de modo de formar un estanque, el cual será revestido en hormigón armado en una sección 4,0 m de ancho, con profundidad variable mínima de 3,42 y máxima de 4,30 m, con una longitud de 175 m.
 - d) **Vertedero de seguridad**: al finalizar el estanque se proyecta la inclusión de un vertedero de seguridad de hormigón armado de 4,0 m de ancho y profundidad variable mínimo de 1,0 m y máxima de 3,7 m en una

longitud total de 25 m, en cuya base se localiza una tubería de descarga de PVC de 250 mm de diámetro.

- e) **Reperfilamiento del cauce:** obra de transición entre el vertedero de seguridad y un atraveso existente bajo la calzada. Esta obra contempla el reperfilamiento del estero a una sección trapezoidal, la cual será revestida en mampostería de piedra, con un ancho inferior de 1,5 m, espesor de 0,2 m y longitud de 34 m, terminando en la obra de atraveso bajo la calle existente.
- f) **Obra atraveso bajo calle:** reemplazo de un atraveso existente bajo la Avenida Guillermo Buhler, aumentando el diámetro de sección y mejorando los elementos de seguridad de la obra.

15. En la siguiente figura se puede observar un esquema de las obras proyectadas en el permiso de modificación de cauce.

Figura 14: Esquema obras del permiso de modificación de cauce



Fuente: Memoria acompañada en el permiso de modificación de cauce

16. Luego del análisis de los antecedentes técnicos por parte de la DGA, mediante **Res. Ex. DGA Región de Los Lagos N° 386 de 4 de julio de 2019**, se **aprobó el proyecto de modificación de cauce sobre el estero sin nombre** presentado por Inmobiliaria Socovesa Sur S.A.
17. Cabe destacar que la Res. Ex. DGA Región de Los Lagos N° 386, **concluye expresamente que el proyecto de modificación de cauce se desarrolló conforme a las exigencias de la DGA, habiéndose acreditado que las obras no causarán daño a la vida, salud o bienes**

de la población ni producirán efectos desfavorables de escurrimiento del cauce.

18. Es importante tener presente que la obra de modificación de cauce **no tiene por objetivo drenar ni extraer recurso hídrico del humedal**, sino muy por el contrario, y lejos de significar una afectación del mismo, permitirán **dar una solución a la conducción de aguas lluvias de la urbanización asociada al Proyecto, las cuales serán reconducidas al mismo estero en otro punto**. En particular, se estima que el caudal evacuado para un periodo de retorno de 100 años en relación al área de urbanización que conforma el Proyecto corresponde a 0,728 m³/s.
19. Inclusive, la **no conclusión de estas obras implica un riesgo de inundación o anegamiento de ambos condominios que conforman el Proyecto, poniendo en riesgo la vida y salud de las personas que ya viven en las casas construidas y habitadas**.
20. Como ya se mencionó, en el Segundo Otrosí se acompaña un informe de la profesional proyectista hidráulica que participó en la elaboración de los antecedentes técnicos del permiso de modificación de cauce autorizado mediante la Res. Ex. DGA Región de Los Lagos N° 386 de 4 de julio de 2019. En particular, la profesional respalda que las **obras son necesarias e indispensables para la correcta evacuación de las aguas lluvias del Proyecto** que, conforme a lo ya señalado, cuenta con **117 viviendas construidas y habitadas, de un total de 182 viviendas proyectadas**.
21. En este sentido, el predio en el cual se emplaza el Proyecto tributa en forma superficial al denominado estero sin nombre, conforme a lo indicado en el Plan Maestro de Aguas Lluvias de la ciudad de Osorno. En este contexto, la profesional concluye precisamente que la **no conclusión definitiva de las obras de modificación de cauce (obras de evacuación de aguas lluvias) podría generar un riesgo de inundación de las 117 viviendas actualmente habitadas**.
22. En particular, se estima que el caudal evacuado para un periodo de retorno de 100 años en relación al área de urbanización que conforma el Proyecto corresponde a 0,728 m³/s.
23. En consecuencia, las obras objeto del permiso de modificación de cauce permiten **mantener el régimen de escurrimiento de las aguas lluvias** de urbanizaciones ubicadas en el sector del Proyecto, junto con otorgar **seguridad a la vida, salud y bienes de la población que habita las viviendas construidas**.

24. Adicionalmente, en relación a la obra de evacuación de aguas lluvias, cabe señalar que el Proyecto cuenta con la **autorización del Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Lagos** (en adelante, “SERVIU Los Lagos”), que mediante **Res. Ex. N° 120 de 7 de agosto de 2019**, aprobó el “Proyecto de pavimentación y aguas lluvias de acceso Condominio Tierra Noble II, ubicado en Santiago Rosas N° 2871, Osorno”.
25. En este sentido, el SERVIU Los Lagos releva en su autorización la vigencia de la Res. Ex. DGA Región de Los Lagos N° 386 de 4 de julio de 2019, y que la **trayectoria de la descarga de las aguas lluvias del Proyecto es realizada por terrenos particulares.**
26. En definitiva, el Proyecto cuenta con el permiso sectorial de competencia de la **DGA** como autoridad sectorial encargada, entre otras funciones, de planificar el desarrollo del recurso hídrico en las fuentes naturales y ejercer la labor de policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización correspondiente. Asimismo, el Proyecto cuenta con autorización otorgada por el **SERVIU Los Lagos** en relación a sus competencias en materia urbanística.
27. Así las cosas, es posible evidenciar que las primeras autorizaciones urbanísticas asociadas a la Etapa 1-1 del Condominio Tierra Noble I (4 de mayo de 2017 y 5 de julio de 2018), así como el permiso sectorial de la DGA (4 de julio de 2019), fueron concedidos **mucho tiempo antes de la publicación de la Ley N° 21.202 sobre humedales urbanos** (23 de enero de 2020), su **Reglamento** (24 de noviembre de 2020) **y, claro esta, de la solicitud de declaratoria del potencial humedal Las Quemadas presentada por la I. Municipalidad de Osorno** (19 de julio de 2021).
28. No obstante, obviando que el Proyecto se inició al amparo de diversos permisos sectoriales, la resolución impugnada concluye que el Proyecto debe ingresar al SEIA aplicando **retroactivamente** la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 incorporada recientemente mediante la Ley N° 21.202 publicada en el Diario Oficial con fecha **23 de enero de 2020, fecha en la cual comienza a generar efectos obligatorios.**
29. A mayor abundamiento, cabe relevar como **primer punto** esclarecedor para desechar una elusión del SEIA -y con mayor razón una apariencia de infracción- el siguiente aspecto de relevancia jurídica para este caso: la obligatoriedad del ingreso al SEIA, **desde un punto de vista temporal**, se encontró sujeta a la publicación de su Reglamento, lo que sucedió el 3 de abril de 1997. En consecuencia, a partir de esa fecha todo proyecto que se encontraba

en algunos de los literales de su artículo 3° debía someterse a evaluación ambiental.

30. En este escenario, se planteó la interrogante respecto de si aquellas iniciativas que configuraban alguno de los supuestos de hecho de tales literales **y se encontraban en ejecución** antes del 3 de abril de 1997 debían de igual manera o no someterse al SEIA.
31. La CGR se pronunció respecto a tal problemática, señalando que para efectos de **considerarse excluido de la aplicación de las normas del SEIA**, el titular de un proyecto o actividad, debía contar con la **ejecución material de obras, actividades o medidas tendientes a llevar a cabo una o más de sus etapas**, con anterioridad al 3 de abril de 1997.
32. Tal criterio de la CGR lo encontramos, por ejemplo, en los Dictámenes N°s 18.436/2003, 29.143/2006 y 66.261/2015. En este último **Dictamen N° 66.261/2015**, la CGR indicó lo siguiente:

*“Seguidamente, en lo que concierne a la **necesidad de someter al SEIA las construcciones de esa empresa ejecutadas con anterioridad al año 1997**, es menester recordar, como se manifestó, entre otros, en los dictámenes N°s. 29.143, de 2006 y 28.757, de 2007, de este origen, que la ley N° 19.300 fija un nuevo régimen normativo destinado a salvaguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el que comprende como instrumento de gestión ambiental el antedicho sistema de evaluación, el cual importa, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 8° de ese texto, que “Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.*

*Asimismo, se ha expresado, entre otros, en el dictamen N° 59.370, de 2014, de esta Sede de Control, que el **SEIA empezó a regir el 3 de abril de 1997**, lo que aconteció con la publicación del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sancionado por el decreto N° 30, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, derogado luego por el decreto N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.*

*De esta forma, **aquellos proyectos que se ejecutaron antes de la vigencia del SEIA no deben someterse a ese sistema (...)**”⁶ [énfasis agregado].*

⁶ Dictamen N° 66.261 de la Contraloría General de la República de fecha 19 de agosto de 2015.

33. En consecuencia, lo relevante para determinar la aplicación de las normas sobre ingreso obligatorio al SEIA, cuando existe un cambio normativo, interpretativo o fáctico que suponga un nuevo presupuesto de ingreso, es el **inicio de la ejecución material de las actividades descritas en el Proyecto, de manera que, si estas comenzaron antes de tales modificaciones, no deben someterse a evaluación ambiental.**
34. En este contexto, la resolución impugnada fundamenta la aparición de infracción en una **aplicación retroactiva de la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300** incorporada mediante la Ley N° 21.202 publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de enero de 2020, al Proyecto que **comenzó con su ejecución material durante el año 2017 con sus obras preliminares de instalación de faenas y escarpe del terreno**⁷. Sin embargo, esta aplicación retroactiva no es procedente, en atención al **principio de ejecución material** que rige en el SEIA.
35. Precisamente, mediante el Ord. N° 2022991038 de fecha 17 de enero de 2022⁸ (en adelante, “Ord. N° 2022991038/2022”), la **Dirección Ejecutiva del SEA impartió instrucciones en relación a la aplicación de los literales p) y s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300.**
36. En lo pertinente, la Dirección Ejecutiva del SEA relevó el **principio de ejecución material en relación a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.202 como uno de los dos elementos indispensables que permite determinar la aplicación de la letra s)** del artículo 10 de la Ley N° 19.300; fue así como indicó lo siguiente:

*“A efectos de mantener una interpretación armónica entre lo señalado precedentemente respecto de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.202 y lo dispuesto en los artículo 8 y 10 de la Ley N° 19.300, es menester concluir que **deben ingresar al SEIA aquellos proyectos que hayan iniciado o pretendan iniciar su ejecución material con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.202 y que se encuadren dentro de las tipologías de ingreso modificadas o incorporadas por la Ley de Humedales Urbanos, esto es, las contenidas en los literales p), q) y s)**” [énfasis original].*

⁷ Ciertamente, de acuerdo a lo ya señalado, el Proyecto inició su ejecución de conformidad con las primeras autorizaciones urbanísticas asociadas a la Etapa 1-1 del Condominio Tierra Noble I (4 de mayo de 2017 y 5 de julio de 2018), así como el permiso sectorial de la DGA (4 de julio de 2019).

⁸ Disponible en el siguiente enlace: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/adjuntos/noticias/instructivo_sobre_aplicacion_de_los_literales_p_y_s_del_art._10_ley_19.300.pdf

37. Por tanto, la aplicación de la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 a efectos que un proyecto deba ingresar al SEIA, requiere la verificación de **dos elementos copulativos**:
- (i) Inicio de la ejecución material del Proyecto con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.202 (23 de enero de 2020); y,
 - (ii) Configuración de alguna de las hipótesis en los términos dispuestos en el literal s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300.
38. Pues bien, el **Proyecto comenzó con su ejecución material** hace más de **2 años antes de la dictación de la Ley N° 21.202** (23 de enero de 2020), por lo que el supuesto de la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 **no** es aplicable al Proyecto y, en consecuencia, **no hay elusión del SEIA**.
39. Ciertamente, la **aplicación de la letra s) del artículo de la Ley N° 19.300 para fundamentar la apariencia de infracción** necesaria para la dictación de la medida provisional preprocedimental, consistente en una ficticia elusión del SEIA, **vulnera directa y manifiestamente no solo el criterio constante y uniforme de la CGR -al que se encuentra obligado este servicio- sino que también el principio de irretroactividad de la ley** dispuesto en el artículo 9° del Código Civil.
40. En efecto, el principio de irretroactividad es uno de los principios base de nuestro ordenamiento jurídico, conforme al cual la **ley sólo puede tener efectos a futuro sin efectos retroactivos hacia el pasado**:

“Art. 9°. La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.

Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio” [énfasis agregado].

41. Considerando que el principio o regla general corresponde a la irretroactividad de la ley, en consecuencia, los casos de retroactividad de la ley, es decir, el efecto excepcional que una ley rijan hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia, son siempre de **derecho estricto**, y por consiguiente deben ser **establecidos expresamente por el legislador**.

42. En este sentido, en causa correspondiente a **Rol N° 11.524-2021**, la Corte Suprema relevó la **irretroactividad de la ley como regla general**:
*“Decimo tercero: (...) Por su parte, el inciso primero del **artículo 9 del Código Civil**, inserto en el Título Preliminar, párrafo 3° denominado “Efectos de la Ley”, prescribe: “**La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo**”, estableciendo un caso de excepción en su inciso segundo. Posterior a la entrada en vigencia del Código de Bello, el problema de la irretroactividad de la ley se encuentra debidamente regulado en la Ley sobre Efecto Retroactivo de Las Leyes del año 1861. De esta manera, el análisis dogmático y jurisprudencial de la irretroactividad se ha centrado básicamente en la ley, distinguiéndose entre el efecto retroactivo y el efecto ad pretérita de la ley. En el caso del primero, se trata de una **facultad del legislador, quien por su voluntad decide incorporar situaciones ocurridas con anterioridad a la dictación de la ley**, mientras que el segundo, se refiere al carácter que es propio y excluyente de las leyes interpretativas, esto es, que se entienden incorporadas a la norma interpretada, siendo ésta un límite temporal a la vigencia de la interpretación (...)”⁹ [énfasis agregado].*
43. Lo expuesto está en **directa concordancia y consistencia con otro criterio de la CGR** -el que este servicio también debe respetar- en base al cual se ha establecido que las **innovaciones o modificaciones interpretativas solo rigen hacia el futuro** sin afectar las situaciones verificadas durante la vigencia de la doctrina sustituida.
44. En base a tal criterio, se puede afirmar que **la aplicación de la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 no puede tener efectos retroactivos**, por cuanto afecta situaciones que se encuentran amparadas por la antigua forma de aplicar una situación específica, entre las que se encuentra el hecho que el principio de irretroactividad de la ley implica en este caso que el Proyecto no debe someterse al SEIA. **Esa ha sido la posición uniforme de la Contraloría en relación a modificaciones o innovaciones interpretativas.**
45. Al respecto, encontramos el **Dictamen N° 10.294/2016**, en que se señaló lo siguiente a este respecto:
- “(...) cabe precisar que, en **resguardo del principio de seguridad jurídica**, en el caso de que nuevos estudios o antecedentes autoricen una modificación interpretativa, que ocasione necesariamente un cambio de*

⁹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 21 de abril de 2021, causa Rol N° 11.524-2021, considerando décimo tercero.

jurisprudencia -tal como ocurrió al emitirse el anotado dictamen N° 14.666, de 2014-, **el nuevo criterio solo produce sus efectos en los casos suscitados con posterioridad a su dictación, sin afectar las situaciones acaecidas durante la vigencia de la doctrina sustituida** (aplica dictamen N° 505, de 2012)¹⁰ [énfasis agregado].

46. En el mismo sentido encontramos los **Dictámenes N°s 14.666/2014, 505/2012, 91.010/2014, 81.978/2015 y 22.901/2016.**

47. Por otro lado, también encontramos el **Dictamen N° E39766/2020**, en el que la CGR expresamente **excluyó de ingresar al SEIA a aquellos proyectos que comenzaron su ejecución antes de un cambio de criterio** respecto de una tipología de ingreso al SEIA, al resolver lo siguiente:

*“De este modo la **aplicación del criterio contenido en el presente no afectará a aquellos proyectos o actividades que, debidamente aprobados y emplazándose en un área de protección de valor natural definida en un instrumento de planificación territorial, han comenzado a ejecutarse sin someterse al SEIA, por entender que, conforme al criterio sustentado por la autoridad competente, no se encontraban en la obligación de ingresar a ese sistema en razón de esa ubicación**”* [énfasis agregado].

48. La misma posición tomó la **Excma. Corte Suprema** en un fallo de fecha 9 de marzo de 2020, correspondiente a **causa Rol N° 14.878-2019**, en el que se señaló expresamente que un **criterio reconsiderado por la Contraloría, solo puede tener efectos hacia el futuro:**

*“Considerando Noveno: (...) Más aun, de producirse el caso de que la reconsideración solicitada por la autoridad al ente de control fuere acogida, tal evento no modificaría lo dicho, puesto que **la modificación de su parecer sólo produciría efectos para lo sucesivo, esto es, para el futuro, pues no podría dársele aplicación retroactiva, de manera que, ni aun en ese supuesto, se podría desconocer lo dispuesto por el órgano de control en su Dictamen N° 8798**”*¹¹ [énfasis agregado].

49. De esta manera, considerando que el Proyecto se empezó a ejecutar mucho antes de la publicación de la Ley N° 21.202, al amparo de permisos urbanísticos y sectoriales, **no hay sustento alguno para sostener que la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 pueda tener efectos retroactivos a**

¹⁰ Dictamen N° 10.294 de la Contraloría General de la República de fecha 9 de febrero de 2016.

¹¹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 9 de marzo de 2021, causa Rol N° 14.878-2019, considerando noveno.

efectos de fundar una apariencia de infracción. Por lo tanto, en el presente caso **no hay elusión del SEIA** ni infracción alguna a la normativa ambiental. Por el contrario, el **Proyecto inició su ejecución al amparo de los diversos permisos otorgados** por la autoridad bajo estricto apego a la **normativa vigente.**

50. Finalmente, y considerando que los permisos que amparan al Proyecto corresponden a actos administrativos, es posible concluir también la necesidad de respetar otros principios generales del Derecho: protección de la **confianza legítima, la buena fe y la seguridad o certeza jurídica.**
51. Todos esos principios se verían vulnerados en caso de estimarse que el Proyecto debe ingresar al SEIA, en base a una nueva **normativa posterior** al inicio de la ejecución material del mismo de conformidad con los permisos sectoriales otorgados por la autoridad.
52. Por su parte, cabe señalar que mediante el respeto de la **buena fe** también se busca **proteger legítimos derechos de terceros** que se podrían ver afectados con un cambio de criterio de la autoridad. En esa línea, la Excm. Corte Suprema, en causa correspondiente a **Rol N° 3797-2002**, estimó que **no resultaba válido la invalidación de un permiso de regularización por parte de un Director de Obras en tanto afectada derechos de terceros:**

*“Qué si bien la autoridad administrativa está en general, habilitada para invalidar en la misma sede sus actos ilegítimos a través de un nuevo acto de la misma índole, de contrario imperio, haciendo uso de sus potestades de autocontrol de la regularidad de sus actuaciones, la aplicación esa facultad tiene como **limite el imperativo de respetar los derechos adquiridos por terceros de buena fe**”¹² [énfasis agregado].*

53. Por lo demás, la buena fe en la que se encuentran mi representada y **terceros que compraron o prometieron la compra de viviendas**, se encuentra íntimamente ligada a la **confianza legítima** que debe existir entre los Órganos de la Administración del Estado y los destinatarios de sus decisiones.
54. En este sentido, el actual Contralor General de la República, Jorge Bermúdez, ha expresado que *“(...) para poder confiar en los reguladores, o en los que toman las decisiones, es necesario contar con medidas institucionales o reglamentarias, que permitan la **confianza en las reglas del juego y en***

¹² Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 14 de noviembre de 2020, Rol N° 3797-2002, considerando cuarto.

que éstas se mantendrán¹³ [énfasis agregado]. Lo anterior se ve ciertamente infringido al fundamentar la medida provisional preprocedimental en una aparente elusión del SEIA basada en una aplicación retroactiva de la Ley N° 21.202.

55. Asimismo, el Contralor General de la República también ha relevado que “*las actuaciones de los poderes públicos suscitan la **confianza entre los destinatarios y sus decisiones**. En este sentido, es razonable entender que las actuaciones procedentes de la administración pueden generar en los administrados la confianza de que actuará de igual manera en situaciones semejantes” (...) la confianza que deposita el particular en la actuación administrativa continuada puede generar -y de hecho genera- la confianza en el ciudadano de que se le tratará del mismo modo que en casos anteriores. Por ello **no parece justo que la administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva**”¹⁴ [énfasis agregado].*
56. En la misma línea, el profesor Luis Cordero Vega ha relevado que “*la confianza legítima se ha ido imponiendo como **límite a los poderes de revisión**, consecuencia de las certezas exigidas por la seguridad jurídica. Esa exige que se **mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración**, por lo que habrá razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia”¹⁵ [énfasis agregado].*
57. Lo anterior ha sido recogido por diversos **dictámenes de la CGR** mediante los cuales se **reconoce y aplica el principio de confianza legítima**. En este sentido, por ejemplo, mediante **Dictamen N° 22.766/2016**, la Contraloría señaló lo siguiente: “*En efecto, la mencionada confianza legítima se traduce en que **no resulta procedente que la administración pueda cambiar su práctica, ya sea con efectos retroactivos o de forma sorpresiva, cuando una actuación continuada haya generado en la persona la convicción de que se le tratará en lo sucesivo y bajo circunstancias similares, de igual manera que lo ha sido anteriormente**”¹⁶ [énfasis agregado].*

¹³ BERMÚDEZ SOTO, Jorge: “*Derecho Administrativo General*”, 3da Edición, Legal Publishing Chile, 2014, p. 113.

¹⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge: “*Derecho Administrativo General*”, 3da Edición, Legal Publishing Chile, 2014, p. 130.

¹⁵ CORDERO VEGA, Luis: “*Lecciones de Derecho Administrativo*”, Thomson Reuters, 2015, p. 307.

¹⁶ Dictamen N° 22.766 de la Contraloría General de la República de fecha 24 de marzo de 2016.

58. En línea con lo expuesto previamente, cabe relevar también que el **principio de seguridad jurídica** es la garantía dada al individuo respecto que no puedan mantenerse en el tiempo las situaciones de incertidumbre en las relaciones de relevancia jurídicas.
59. La confianza legítima y la seguridad jurídica son de suma relevancia, puesto permiten mantener el adecuado equilibrio relacional y respeto recíproco entre la Administración y los regulados.
60. En este sentido, el profesor Luis Cordero Vega ha expresado que *“el respeto de los valores como la confianza, la lealtad o la buena fe, tienen una lógica de supervivencia para la propia Administración. Es así como desde el punto de vista económico, los poderes públicos deben asegurar una coherencia básica en su actuación si a la vez ellos esperan contar con la confianza recíproca de los administrados o de los sujetos pasivos en general. Esto, porque la confianza como valor jurídico, es a veces una consecuencia y a veces una causa; es, por una parte, una consecuencia que se desprende de la actitud que observan determinadas personas de otros, y una causa también de ciertas decisiones que se toman. Si los particulares tienen la posibilidad de exigir confianza a la Administración, en el sentido de que ésta última proteja las decisiones tomadas, la Administración también debe confiar en que los particulares tomarán en serio las regulaciones que ella imparte. Es un juego doble, cuyo éxito se fundamenta en el sutil equilibrio de estas dos condiciones de confianza. Cuando una cae, la otra necesariamente pierde equilibrio y flaquea”*¹⁷ [énfasis agregado].
61. Pues bien, encontrándose plenamente vigentes los permisos urbanísticos y sectoriales se dio inicio a la ejecución material del Proyecto, derivándose **relaciones jurídicas consolidadas al amparo de derechos adquiridos de buena fe**. En efecto, a modo referencia, actualmente se encuentran construidas 117 viviendas, no habiéndose construido aún 65 viviendas, de las **cuales 16 viviendas en construcción se encuentran en el área de superposición parcial y fueron legítimamente objeto de promesas de compraventa con terceros**.
62. De esta manera, una eventual modificación en cuanto al criterio de procedencia del ingreso obligatorio a evaluación ambiental respecto de un proyecto que inició su ejecución años antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.202, **implicaría una vulneración de las situaciones jurídicas consolidadas, así como de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica**.

¹⁷ CORDERO VEGA, Luis: “Lecciones de Derecho Administrativo”, Thomson Reuters, 2015, p. 310.

63. En conclusión, la apariencia de infracción (*fumus boni iuris*) consistente en la elusión del SEIA en base a una aplicación retroactiva de la letra s) de la Ley N° 19.300 incorporada el 23 de enero de 2020 mediante la Ley N° 21.202, infringe nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que el **Proyecto inició su ejecución material 2 años antes de la entrada en vigencia de la Ley de Humedales Urbanos.**
64. Por lo tanto, en el presente caso **no hay elusión del SEIA** ni infracción alguna por parte de SOCOVESA, y por el contrario, el **Proyecto inició su ejecución al amparo de los diversos permisos otorgados** por la autoridad bajo estricto apego a la **normativa vigente de la época.**

A.2 LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO NO GENERA UN RIESGO DE DAÑO INMINENTE AL MEDIO AMBIENTE: EL ÁREA A INTERVENIR NO REÚNE LAS CARACTERÍSTICAS PARA SER CONSIDERADA COMO UN HUMEDAL

1. Sin perjuicio que la no configuración de una infracción basta para que falten presupuesto para la dictación de una medida provisional, de igual manera a continuación se abordará el segundo elemento necesario, correspondiente al *periculum in mora* o riesgo de un daño inminente al medio ambiente.
2. En efecto, el artículo 48 de la LOSMA señala que las medidas provisionales son dictadas con el objeto de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. En este caso, y particularmente por el carácter preprocedimental de la medida dictada mediante la resolución impugnada, cabe relevar que el artículo 32 de la Ley N°19.880 señala que las medidas preprocedimentales proceden no en cualquier contexto ni caso fáctico, sino en **“casos de urgencia”**.
3. Al respecto, el I. Segundo Tribunal Ambiental en **causa Rol R-44-2014** ha señalado que *“lo relevante es la oportunidad en que se adopten las medidas provisionales, por lo tanto, la urgencia o inminencia exigida por la ley, constituye un requisito que debe configurarse al momento de adoptarse la decisión con miras a dar protección al bien jurídico involucrado, a saber, evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas”*¹⁸.
4. Por su parte, en relación a este elemento de riesgo de daño inminente, el I. Tercer Tribunal Ambiental en **causa Rol S-7-2015** concluyó que debe existir una conexión próxima entre la **presumible infracción** y el riesgo generado,

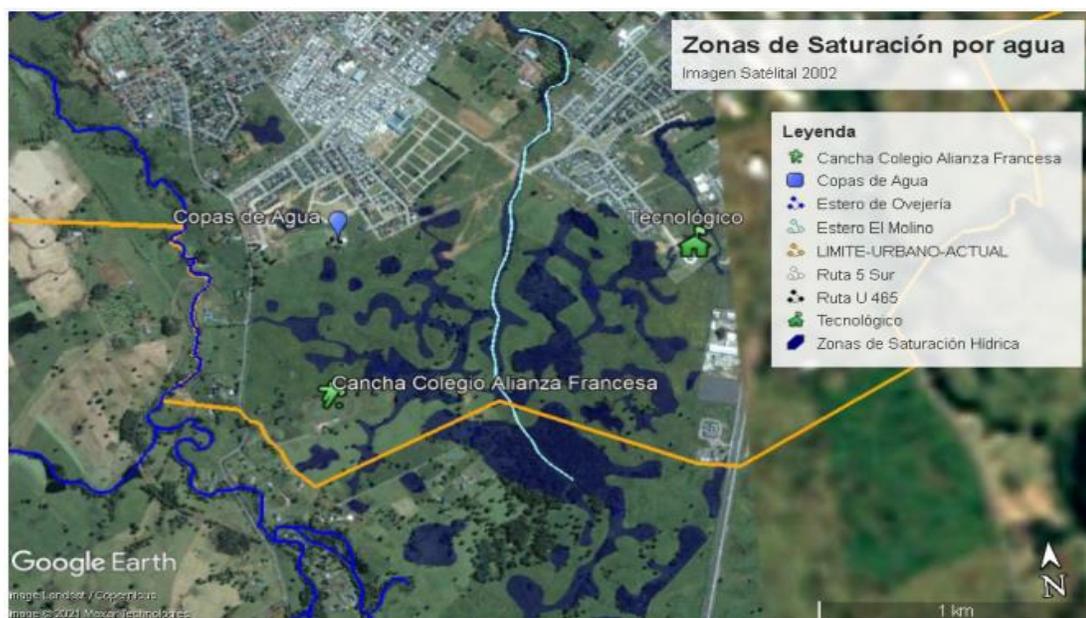
¹⁸ Sentencia del I. Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol R-44-2014, considerando quincuagésimo noveno.

con probabilidad que se produzca un daño irreversible o de costosa reparación¹⁹. Es decir, el **riesgo de daño inminente** que fundamentaría la dictación de la medida cautelar está **ligado directa y necesariamente con una infracción a la normativa ambiental**.

5. Al respecto, conforme a lo ya señalado, la **SMA fundó la configuración de este requisito la ejecución de obras parcialmente ubicadas dentro del potencial humedal urbano** (viviendas y obra de modificación del estero sin nombre) **se traduciría en un riesgo para el humedal**, dado que la continuidad del Proyecto implicaría una potencial compactación y relleno sobre el suelo del humedal, riesgos de alteración de su régimen hidráulica, potenciales deslizamientos no controlados de material, susceptibilidad de alteración de la calidad de las aguas y biota acuática, posible afectación de hábitat de fauna silvestre debido a la alteración de componentes y flujos ecosistémicos causados por el avance de las obras en el humedal, así como por emisiones de ruido desde la zona y emisiones de material particulado.
6. En este contexto, cabe relevar que el **procedimiento administrativo de declaración del potencial humedal urbano “Las Quemadas” se encuentra aún en tramitación**. Actualmente, la **SEREMI del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos se encuentra realizando un análisis técnico de los antecedentes aportados por la I. Municipalidad de Osorno en su solicitud, con el objeto de evaluar y determinar adecuadamente la delimitación del humedal**, de conformidad con el artículo 10 del Decreto Supremo N° 15/2020 del MMA.
4. Sobre el procedimiento administrativo referido, cabe señalar que si se revisa la ficha técnica de solicitud de declaración de este potencial humedal urbano, se observa que la **Municipalidad de Osorno utilizó una imagen de Google Earth completamente desactualizada**, correspondiente al año 2002:

¹⁹ Sentencia del I. Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol S-7-2015, considerando sexto.

Figura 2: Imagen satelital del área del humedal año 2002



Fuente: Ficha técnica solicitud de declaración humedal urbano Las Quemadas

5. No cabe duda, entonces, que el polígono propuesto por la Municipalidad está **desactualizado de la realidad del lugar**, resultando evidente el error en que ha incurrido el Municipio al utilizar una imagen que tiene 20 años de antigüedad y que no refleja los usos que se ha dado al sector, enmarcados en sus propias autorizaciones de edificación. Dichas zonas, que actualmente cuentan, por ejemplo, con edificaciones o que han sido intervenidas por actividad agrícola, **no revisten ninguna de las características propias de un humedal urbano**, conforme se revisará a continuación.

7. En efecto, de conformidad a la letra g) del artículo 2º del Decreto Supremo N° 15/2020 del MMA, son humedales urbanos:

*“todas aquellas **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 los seis metros y que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano” [énfasis agregado].*

8. Adicionalmente, en la letra d) del artículo 8º del mismo Decreto Supremo N° 15/2020 del MMA, se señala que la **delimitación de los humedales urbanos deberá considerar al menos uno de los siguientes criterios**:
 - (i) La presencia de vegetación hidrófita;
 - (ii) La presencia de suelos hídricos con mal drenaje o sin drenaje; y/o,

- (iii) Un régimen hidrológico de saturación ya sea permanente o temporal que genera condiciones de inundación periódicas.
9. De la norma referida es posible concluir que un humedal urbano queda definido por el **componente agua como principal regulador del medio**, ya sea permanente o temporal y la **presencia mayoritaria de especies hidrófitas** instaladas sobre suelos hídricos o de inundación o saturación periódica.
10. Pues bien, el área intervenida asociada a la urbanización del Proyecto y que se superpone parcialmente con el polígono preliminar del potencial humedal “Las Quemadas”, **no reúne ninguna de las tres características anteriores**, y por el contrario corresponde a un **terreno intervenido antrópicamente**, **por lo menos, desde abril de 2012**.
11. De esta manera, no existen elementos en el sector que ocupará el Proyecto que puedan conllevar una eventual vinculación con el humedal, tratándose de dos ecosistemas distintos en cuanto a su hábitat, flora y fauna. De este aspecto, da cuenta el informe que se acompaña en el Segundo Otrosí de esta presentación.
12. Las siguientes imágenes satelitales del área de urbanización del Proyecto (delimitada en color rosado) evidencian que el predio por sus características **no cumple actualmente ni ha cumplido** con las características necesarias para su reconocimiento como humedal, correspondiendo a un terreno intervenido por el avance urbanístico:

Figura 7: Imagen satelital del área del Proyecto (abril de 2021)



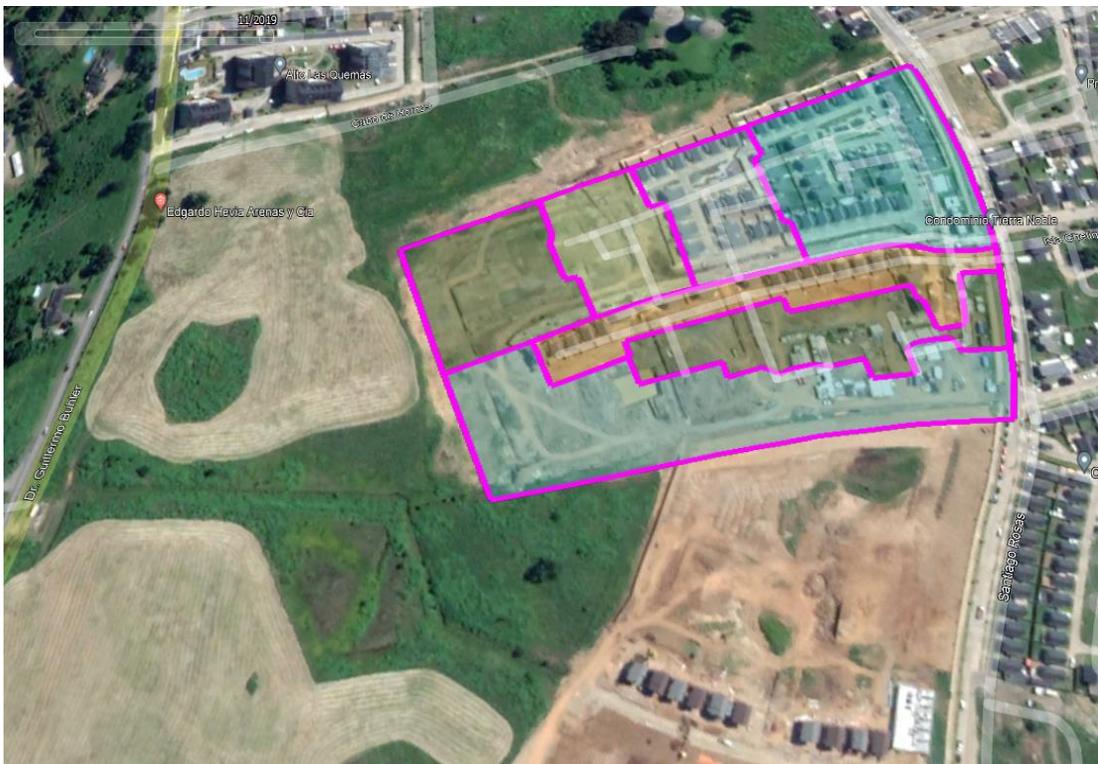
Fuente: Google Earth

Figura 8: Imagen satelital del área del Proyecto (abril de 2020)



Fuente: Google Earth

Figura 9: Imagen satelital del área del Proyecto (noviembre de 2019)



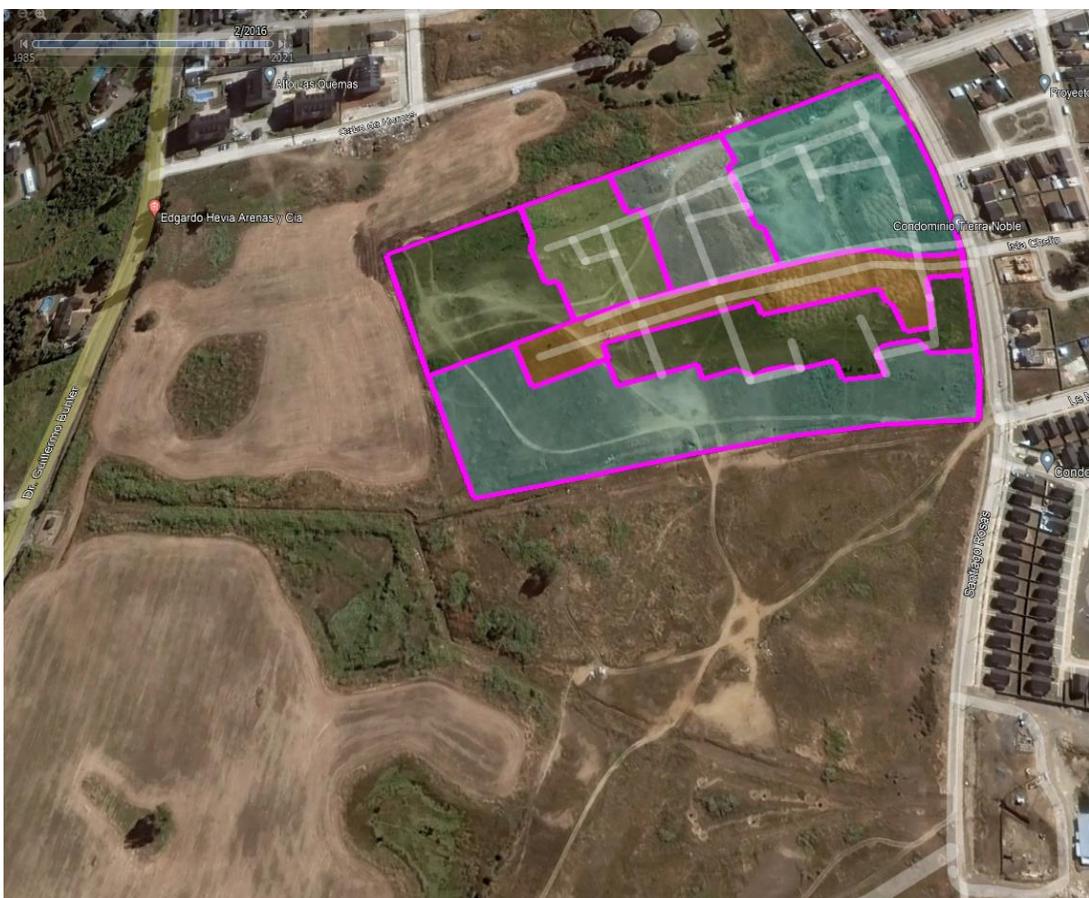
Fuente: Google Earth

Figura 10: Imagen satelital del área del Proyecto (noviembre de 2018)



Fuente: Google Earth

Figura 11: Imagen satelital del área del Proyecto (febrero de 2016)



Fuente: Google Earth

los criterios establecidos en el artículo 8° del Decreto Supremo N° 15/2020 del MMA para establecer la presencia de un humedal urbano.

14. En tal sentido, considerar dicha zona como parte de un humedal urbano carece de sentido, toda vez que **no habría objeto de protección alguno dentro de sus deslindes** respecto del cual implementar medidas de protección o conservación, conllevando además la imposición de cargas que carecen de objeto, por cuanto corresponde a un terreno intervenido desde, por lo menos, el año 2012.
15. Por otro lado, cabe referirnos también al área adyacente a la urbanización en donde se ubica la **obra de modificación de cauce (evacuación aguas lluvias)**, emplazada en el área preliminar del polígono del potencial humedal “Las Quemadas”.
16. Al respecto, cabe relevar en primer lugar que la obra de modificación de cauce implica un movimiento menor de tierra, una instalación de la obra conforme a su trazado, y finalmente el terreno es devuelto a su estado anterior. Asimismo, cabe señalar que la obra **no tiene por objetivo drenar, extraer ni utilizar recurso hídrico contenido eventualmente en el área donde se ubica el potencial humedal**, sino que, muy por el contrario, y lejos de significar una afectación del mismo, permitirá **dar una solución a la conducción de aguas lluvias de la urbanización que conforma el Proyecto, las cuales serán reconducidas al mismo estero en otro punto.**
17. Precisamente, el Proyecto cuenta con certificados de factibilidad sanitaria de provisión de agua potable y alcantarillado de aguas servidas, que se acompañan en el Segundo Otrosí de esta presentación, y que permiten acreditar que no se usará agua de la napa cercana sino que se la concesionaria del sector y que, asimismo, no se descargarán residuos líquidos en la zona sino que se conducirán a la planta de tratamiento de la empresa concesionaria de ese servicio público de tratamiento de aguas servidas.
18. A mayor abundamiento, conforme se desarrolla en el informe técnico acompañado en el Segundo Otrosí, es posible concluir que el área del Proyecto que se superpone con el potencial humedal urbano y parte del área aledaña al estero **no cumplen con ninguna de las características propias de un humedal** dispuestas en la letra d) del artículo 8° del Decreto Supremo N° 15/2020 del MMA, a saber:

- a) Régimen hidrológico de saturación ya sea permanente o temporal que genera condiciones de inundación periódicas: una sección del área de interés no presenta suelo saturado, curso de agua o espejo de agua, ya que se encuentra por sobre la cota máxima de inundación histórica y área de influencia del espejo de agua. Lo anterior fue evidenciado en terreno en base al espejo de agua y al área de Influencia continua al espejo de agua delimitada por la vegetación ripariana existente.
- b) Presencia de suelos hídricos con mal drenaje o sin drenaje: En algunas áreas predominan suelos con una fracción significativa de arcilla, lo que reduce el potencial de drenaje del suelo. Sin embargo, no corresponderían a suelos hídricos debido a que están emplazados topográficamente en la parte más alta del predio y no presentan depresiones que permitan la acumulación de agua en superficie o en zonas bajas que puedan ser saturar por el nivel freático.
- c) Presencia de vegetación hidrófita: la ausencia de un régimen hidrológico de saturación en varios sectores del predio conforme a lo señalado en la letra a) anterior, impide que se desarrolle en algunas áreas, vegetación hidrófila o vegetación adaptada a ambientes con suelos saturados de agua.
19. En función de lo expuesto es posible concluir que el área del Proyecto donde se ubica la obra de modificación de cauce (evacuación aguas lluvias) no **reúne ninguna de las condiciones** que establece el Decreto Supremo **N° 15/2020 del MMA ni la Ley N° 21.202 para ser considerado como un humedal urbano.**
20. En efecto, **no existen marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas y se descarta la presencia de vegetación hidrófita, suelos hídricos o un régimen hidrológico que genere condiciones de inundación periódica.**
21. Actualmente, la **SEREMI del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos se encuentra realizando un análisis técnico de los antecedentes aportados por la I. Municipalidad de Osorno en su solicitud, con el objeto de evaluar y determinar adecuadamente la delimitación del humedal,** de conformidad con el artículo 10 del Decreto Supremo N° 15/2020 del MMA.
22. Cabe señalar que diversos interesados se han hecho parte del procedimiento administrativo de declaración del potencial humedal Las Quemadas, con el objeto de aportar antecedentes para la correcta delimitación del polígono y deslindes

definitivos. Lo anterior da cuenta fehacientemente que la determinación .de la **superficie y deslindes del potencial humedal Las Quemadas es un asunto controvertido y en actual ponderación técnica por parte de la Autoridad.**

23. En este sentido, existen **diversos casos en que durante el procedimiento de reconocimiento el MMA pudo constatar que determinadas áreas del polígono propuesto inicialmente para un humedal urbano no cumplieran con las características necesarias** y, por lo tanto, en el acto terminal del procedimiento administrativo mediante el cual se reconoció un humedal urbano **se redujo su superficie y deslindes definitivos.** Algunos casos son los siguientes:
- a) **Humedales de Quirilluca en la Región de Valparaíso**²⁰: la superficie definitiva del humedal urbano fue reducida de 46,1 ha a 34,5 ha.
 - b) **Humedal Estero Lircay en la Región de la Araucanía**²¹: la superficie definitiva del humedal urbano fue reducida de 71 ha a 22,9 ha.
24. En conclusión, de acuerdo a lo desarrollado previamente, el área que utiliza el Proyecto **no reúne ninguna de las condiciones** que establece el Decreto Supremo N° 15/2020 del MMA ni la Ley N° 21.202 **para ser considerado como un humedal urbano.**
25. Sin perjuicio que el área del Proyecto que se superpone con el polígono propuesto por la Municipalidad para el potencial humedal urbano no cumple con las características para ser considerado como tal, de cualquier modo cabe indicar que el Proyecto **no considera actividades que impliquen el relleno del cuerpo de agua asociado al potencial humedal Las Quemadas.** Tampoco hay obras ni acciones que puedan implicar su drenaje o secado, ni tampoco la extracción de caudales, áridos o vegetación o cubierta vegetal del humedal urbano. En la misma línea, las obras y actividades del Proyecto no afectarán la barra terminal, ni la flora o fauna presente.
26. En este sentido, aun cuando **la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 no puede ser aplicada retroactivamente al proyecto,** cabe recordar que el **Dictamen N° E157665/2021 de la CGR** concluye que la **necesidad de ingreso al SEIA por esta tipología está supeditada a la concurrencia de una afectación que implique una alteración física o**

²⁰ Res. Ex. N° 772/2021 del MMA, disponible en el siguiente enlace: <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2021/08/16/43029/01/1992025.pdf>

²¹ Res. Ex. N° 785/2021 del MMA, disponible en el siguiente enlace: <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2021/08/19/43032/01/1994789.pdf>

química del humedal en los términos dispuestos en la referida s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300.

27. En consecuencia, y considerando todos los antecedentes desarrollados previamente, se puede concluir que **las obras del Proyecto tampoco configuran los supuestos de la letra s) del artículo 10 de la LBGMA - inaplicable retroactivamente al Proyecto-** debido a las siguientes consideraciones:
- (i) **No** generará una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos del potencial humedal Las Quemadas.
 - (ii) **No** rellenará, drenará, secará, extraerá caudales o áridos, alterará la barra terminal, de la vegetación azonal hídrica y ripariana, extraerá la cubierta vegetal de turberas o deteriorará, menoscabará, transformará o invadirá la flora y la fauna contenida dentro del potencial humedal Las Quemadas.
28. En consecuencia, en el hipotético caso de una aplicación retroactiva de **la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300**, de igual manera el Proyecto no debe ingresar al SEIA puesto que en el presente caso **no se configura el supuesto fáctico regulado en tal tipología.**
29. A mayor abundamiento, malamente se puede concluir que actualmente existe un riesgo de daño inminente al medio ambiente si con fecha **23 de diciembre de 2021**, la I. Corte de Apelaciones de Valdivia concedió la ONI en los términos solicitados por la Municipalidad recurrente en la **causa Rol N° 2476-2021**. Por tanto, **actualmente se encuentra paralizado el Proyecto**, en cumplimiento de lo ordenado por la I. Corte de Apelaciones señalada.
30. Es decir, la construcción del proyecto no solamente no tiene la factibilidad de dañar el medio ambiente, sino que **además no hay oportunidad alguna para la concreción del riesgo sostenido por esta Superintendencia, no habiendo situación de urgencia alguna.**
31. Precisamente, el I. Segundo Tribunal Ambiental, en causa **Rol R-198-2018**, anuló una medida provisional preprocedimental toda vez que el caso no se verificaba una situación de urgencia producto que el proyecto se encontraba paralizado:

“Sexagésimo primero. Que, de lo expuesto se desprende que el principal factor asociado a los riesgos identificados por la DGA guardaba relación con la

*ejecución de los trabajos de construcción de la faja de servidumbre, obras que, como se dijo, estaban paralizadas por orden del órgano sectorial competente, por lo que no cabe sino **descartar la existencia de un riesgo inminente de daño al medio ambiente o a la salud de las personas a este respecto, pues la actividad que generaba el riesgo, esto es la construcción de la faja, ya se encontraba paralizada.***

(...)

*Septuagésimo séptimo. Que, de lo razonado en los considerandos precedentes se concluye que las **medidas provisionales pre-procedimentales no fueron adoptadas en una situación de urgencia, pues se dictaron luego de un tiempo considerable y una vez que ya había sido decretada la paralización de las obras por parte de la DGA, de manera que no se cumplía en la especie el supuesto habilitante para este tipo de medidas.***²² [énfasis agregado].

32. En otro orden de ideas, es posible concluir que la medida provisional preprocedimental no solamente fue decretada en ausencia de un riesgo de daño inminente al medio ambiente y sin haber una situación de riesgo, sino que la **medida genera justamente uno de los riesgos que este tipo de medidas cautelares busca evitar: un riesgo para la salud de las personas producto de la paralización de las obras de modificación de cauce**, conforme se demostrará a continuación.

A.3 LA MEDIDA PROVISIONAL PREPROCEDIMENTAL DE DETENCIÓN PARCIAL DE LAS INSTALACIONES DEL PROYECTO RESULTA DESPROPORCIONADA: EXISTE UN RIEGO INMINENTE DE INUNDACIÓN PARA LAS FAMILIAS QUE ACTUALMENTE HABITAN LAS VIVIENDAS.

1. El último requisito necesario para la dictación de una medida provisional corresponde a la proporcionalidad. Respecto de la proporcionalidad de las medidas cautelares, se ha señalado que “(...) *Deberá tenerse siempre en cuenta, ya que la SMA no podría adoptar una medida desproporcionada, a pesar de no exigirlo expresamente el inc. 1º del art. 48, ya que la proporcionalidad constituye un principio general para toda actuación administrativa*”²³ [énfasis agregado].

²² Sentencia del I. Segundo Tribunal Ambiental, causa Rol R-198-2018, considerando sexagésimo primero y septuagésimo séptimo.

²³ BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Segunda Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2014, p. 501.

2. En el mismo sentido, se ha indicado que "(...) *El principio de proporcionalidad alude a la **adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa** adoptada para tal efecto. La adecuación se logra a través de una idónea ponderación de los medios a emplear, lo que permite que la intervención administrativa se componga por todo y además, por solo lo que **sea necesario y suficiente para la satisfacción del interés general** que en cada caso la Administración debe servir*"²⁴.
3. Asimismo, los profesores Iván Hunter y Andrés Bordalí concluyen que "para que la autoridad pueda decretar una medida provisional que incidirá necesariamente sobre un derecho fundamental del denunciado, **deben existir razones suficientemente acreditadas** y un peligro inminente para el medio ambiente o para la salud de las personas. La existencia de uno o más derechos fundamentales que se verán afectados con la medida provisional, **exige máxima prudencia por parte de la autoridad que la decreta**"²⁵.
4. Por su parte, en la resolución impugnada la SMA estima que la medida decretada mediante la resolución impugnada resultaría totalmente proporcional a la infracción consistente en la ejecución del Proyecto sin contar con una RCA, así como el riesgo al medio ambiente que significaría la continuidad de las obras.
5. En primer lugar, resulta evidente que la medida provisional preprocedimental decretada no resulta proporcional toda vez que fue dictada **sin haber apariencia -ni mucho menos su configuración- de una infracción a la normativa ambiental.**
6. Conforme a lo señalado, **la letra s) de la Ley N° 19.300 no genera efectos retroactivos** sino solo a futuro desde su publicación en el Diario Oficial con fecha 23 de enero de 2020, de tal forma que no resulta aplicable al Proyecto. Ciertamente, según lo desarrollado, el Proyecto comenzó su construcción al amparo de los permisos obtenidos **desde mayo de 2017 en adelante.** En consecuencia, el Proyecto comenzó su ejecución bajo estricto cumplimiento de la normativa, **no habiendo elusión del SEA y, en consecuencia, no hay infracción ambiental alguna.**

²⁴ CAMACHO, Gladys: "Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado", en *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 269-270.

²⁵ HUNTER, Iván, y BORDALÍ, Andrés: *Contencioso Administrativo Ambiental*, Segunda Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 2020, p. 352.

7. Por otro lado, conforme se desarrolló previamente, no hay riesgo de daño inminente al medio ambiente, toda vez que el **área del Proyecto no cumple con ninguna de las características para ser considerado un humedal urbano**, y aun cuando no sea aplicable la tipología de la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300, no se configura ninguno de los elementos desarrollado en tal norma. Con todo, de cualquier modo, es posible **descartar cualquier situación de urgencia en la medida que actualmente el Proyecto se encuentra paralizando** en cumplimiento de la ONI decretada por la I. Corte de Apelaciones de Valdivia en **causa Rol N° 2476-2021**.
8. Adicionalmente, y especialmente relevante para este requisito, es el hecho de que la medida no tiene a la vista que **genera, en los hechos, un riesgo mucho mayor al que pretende evitar, consistente en la inundación o anegamiento de ambos condominios que conforman el Proyecto**, poniendo en **riesgo la vida y salud** de las personas que ya viven en las casas construidas y habitadas, toda vez que no será posible concluir las obras de modificación de cauce que tiene por objetivo **la correcta evacuación de las aguas lluvias del Proyecto**.
9. Conforme se señaló anteriormente, el objetivo de obra de modificación de cauce es permitir una solución necesaria para la conducción de aguas lluvias de la urbanización asociada al Proyecto, las cuales serán reconducidas al mismo estero en otro punto.
10. De esta manera, la **medida provisional preprocedimental decretada al paralizar el término de estas obras genera un riesgo de inundación o anegamiento de ambos condominios que conforman el Proyecto**, poniendo en riesgo la vida y salud de las personas que ya viven en las casas construidas y habitadas.
11. Conforme a lo ya señalado, en el Segundo Otrosí se acompaña un informe de la profesional proyectista hidráulica que participó en la elaboración de los antecedentes técnicos del permiso de modificación de cauce autorizado mediante la Res. Ex. DGA Región de Los Lagos N° 386 de 4 de julio de 2019. En particular, la profesional respalda que las **obras son necesarias e indispensables para la correcta evacuación de las aguas lluvias del Proyecto** que, conforme a lo ya señalado, cuenta con **117 viviendas construidas y habitadas, de un total de 182 viviendas proyectadas**.
12. Precisamente, **en abril de año empieza el periodo de lluvias en la comuna de Osorno**, con 119 mm de precipitaciones promedio, hasta octubre con 120 mm aproximadamente, teniendo su punto más álgido en junio con 250 mm de precipitaciones.

13. En este sentido, conforme señala el informe técnico, el predio en el cual se emplaza el Proyecto tributa en forma superficial al denominado estero sin nombre, conforme a lo indicado en el Plan Maestro de Aguas Lluvias de la ciudad de Osorno. En este contexto, la profesional concluye precisamente que **la no conclusión definitiva de las obras de modificación de cauce (obras de evacuación de aguas lluvias) podría generar un riesgo de inundación de las 117 viviendas actualmente habitadas.**
14. En consecuencia, las obras objeto del permiso de modificación de cauce permiten **mantener el régimen de escurrimiento de las aguas lluvias** de la urbanización asociada al Proyecto, junto con otorgar **seguridad a la vida, salud y bienes de la población que habita las viviendas construidas, especialmente aquellas que actualmente se encuentran habitadas.**
15. Es decir, en los términos y alcance con que fue dictada la medida provisional preprocedimental, se pone en riesgo la salud de las personas, siendo este un riesgo que justamente buscan evitar las medidas cautelares.
16. A su vez, cabe señalar que el I. Segundo Tribunal Ambiental, en **causa Rol R-95-2016**, caracterizó el principio de proporcionalidad necesario para dictación de una medida cautelar, en los siguientes términos:

"Vigésimo sexto. (...) En términos generales, el principio de proporcionalidad exige: i) adoptar la medida más idónea; ii) un equilibrio entre la intervención concreta, el fin que se pretende alcanzar y la limitación del derecho que se deriva de dicha intervención; y iii) optar por la solución menos lesiva entre todas las posibles (...)"²⁶ [énfasis agregado].
17. De lo expuesto, se desprende que el análisis de la proporcionalidad de una medida provisional requiere el **examen de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad con la finalidad de su adopción.**
18. En este contexto, la medida provisional preprocedimental decretada **no es idónea ni necesaria**, por cuando no hay apariencia de comisión de infracción ni riesgo de daño inminente al medio ambiente. **La medida tampoco es la menos lesiva ni proporcional con la finalidad de las medidas cautelares, sino que, por el contrario, su ejecución es potencialmente riesgosa para la salud de las personas, conforme a lo ya desarrollado.**

²⁶ Sentencia del I. Segundo Tribunal Ambiental, causa Rol R-95-2016, considerando vigésimo sexto.

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES

1. En el presente caso no se configuran los presupuestos para la dictación de una medida provisional preprocedimental de naturaleza cautelar:
 - a. No hay apariencia ni comisión de infracción: El Proyecto fue ejecutado de conformidad con los permisos otorgados en cumplimiento de la normativa vigente, no habiendo elusión del seia pues comenzó su ejecución material, al amparo de ellos, antes de la entrada en vigencia de la Ley n° 21.202.
 - b. La ejecución del Proyecto no genera un riesgo de daño inminente al medio ambiente: el área a intervenir no reúne las características para ser considerada como un humedal.
 - c. La medida resulta desproporcionada: con la paralización del Proyecto existe un riesgo inminente de inundación para las familias que actualmente habitan las viviendas.

POR TANTO,

Al Sr. Superintendente del Medio Ambiente solicito: tener por interpuesto recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 209/2022, y con su mérito acogerlo, dejando sin efecto la medida provisional preprocedimental ordenada, en atención a que en el presente caso no se configuran los requisitos necesarios para su dictación, conforme a los argumentos de hecho y de derecho expuestos.

En subsidio, se solicita modificar y ajustar la medida provisional, de tal manera que se permita la conclusión de la obra de modificación de cauce cuyo objetivo es la adecuada evacuación de aguas lluvias, puesto que su no terminación definitiva implica una situación de riesgo para la salud de las personas que habitan las casas que conforman el Proyecto, según lo indicado en el cuerpo de esta presentación.

PRIMER OTROSÍ: De acuerdo a lo establecido en los artículos 3, 32 y 57 de la Ley N° 19.880, solicito que se sirva decretar la suspensión inmediata de los efectos derivados de la resolución impugnada, hasta que el recurso interpuesto en lo principal sea resuelto y debidamente notificado.

En el presente caso concurren los supuestos previstos en el artículo 57 de la Ley N°19.880²⁷ para la procedencia de la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada. Lo anterior puesto que conforme a lo señalado el cumplimiento de la medida implica una situación de riesgo para la salud de las personas que habitan las casas que conforman el Proyecto.

POR TANTO,

Al Sr. Superintendente del Medio Ambiente solicito: acceder a lo solicitado y decretar la suspensión de los efectos de la resolución impugnada.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase tener por acompañados los siguientes antecedentes:

1. Permiso de Edificación N° 144 de fecha 4 de mayo de 2017, modificado por Permiso de Edificación N°238 de fecha 5 de julio de 201.
2. Permiso de Edificación N° 351 de fecha 16 de noviembre de 2018.
3. Certificado N° 40 de 15 de febrero de 2018 y Certificado N° 220 de 16 de agosto de 2018.
4. Certificado N° 150 de 5 de septiembre de 2019.
5. Certificado N° 14 de 22 de enero de 2021.
6. Certificado N° 206 de 11 de noviembre de 2019.
7. Certificado N° 168 de 4 de junio de 2021 y Certificado N° 216 de 12 de agosto de 2021.
8. Res. Ex. DGA Región de Los Lagos N° 386 de 4 de julio de 2019, que aprobó el proyecto de modificación de cauce sobre el estero sin nombre
9. Res. Ex. N° 120 de 7 de agosto de 2019 del SERVIU de Los lagos que aprobó el “Proyecto de pavimentación y aguas lluvias de acceso Condominio Tierra Noble II, ubicado en Santiago Rosas N° 2871, Osorno”.
10. Informe de la profesional proyectista del proyecto de modificación de cauce, doña Carmen Luz Palacios Contreras, de enero de 2022.
11. Informe técnico denominado “Humedal Urbano La Garza Grande - Las Quemas”, Comuna de Osorno, elaborado por Patagonia G.A, de enero 2022.
12. Contratos de promesa de compraventa relacionados con las viviendas que se superponen con el polígono del humedal propuesto (de fechas 28 de mayo de 2021, 10 de junio de 2021, 1 de septiembre de 2021, 21 de septiembre de 2021, 3 de noviembre de 2021 y 24 de diciembre de 2021).
13. Autorización de obras preliminares y/o demolición N° 26 de fecha 21 de febrero de 2017, de la DOM de la I. Municipalidad de Osorno.

²⁷ “Artículo 57. Suspensión del acto. La interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado. Con todo, la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, **podrá suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso**” [Énfasis agregado]

14. Contrato de ejecución de obra de fecha 6 de marzo de 2017.
15. Escritura pública de mandato judicial otorgada en Temuco en la Notaria de doña Elena Leyton Carvajal, de fecha 30 de diciembre de 2021

Los documentos, se encuentran disponible en el siguiente enlace de Google Drive:

https://drive.google.com/drive/folders/16fe6QNJ21_Nbtql-S643jsIdmc6A-OcK?usp=sharing

POR TANTO,

Al Sr. Superintendente del Medio Ambiente solicito: tener por acompañados los documentos individualizados.

TERCER OTROSÍ: Que, por este acto, vengo en acreditar mi personería para actuar en representación de Inmobiliaria Socovesa Sur S.A., conforme a la escritura pública de mandato judicial otorgada en Temuco en la Notaria de doña Elena Leyton Carvajal, de fecha 30 de diciembre de 2021.

POR TANTO,

Al Sr. Superintendente del Medio Ambiente solicito: tener presente mi personería para representar a Inmobiliaria Socovesa Sur S.A.

CUARTO OTROSÍ: Que, por este acto, y de conformidad a la escritura pública de mandato judicial acompañada en el Segundo Otrosí, vengo en asumir personalmente el patrocinio en el presente procedimiento administrativo y en designar como apoderados a los abogados don **RODRIGO BENITEZ URETA**, cédula nacional de identidad N° 14.121.022-k y a don **CARLO SEPÚLVEDA FIERRO**, cédula de identidad N° 15.900.843-6, ambos de mí mismo domicilio, con quienes podré actuar en forma conjunta o separada e indistintamente, y que firman en señal de aceptación.

POR TANTO,

Al Sr. Superintendente del Medio Ambiente solicito: tenerlo presente.