

Valdivia, veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis

**VISTOS:**

1. La corporación Puelo Patagonia ha interpuesto separadamente recursos de reclamación por ilegalidad según el art. 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), y el art. 17 número 3 de la Ley N° 20600, en contra de las Res. Ex. N° 1/2015 SMA (en adelante "Primera Resolución Reclamada") y Res. Ex. N° 4/2016 SMA (en adelante "Segunda Resolución Reclamada"), ambas dictadas en el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-073-2015, seguido por la Superintendencia del Medio Ambiente (Superintendencia) en contra de la empresa Inversiones y Rentas Los Andes S.A. (IRLA S.A.).
2. La Primera Resolución Reclamada formuló cargo a la empresa IRLA S.A. según el art. 35 letra b) de la LOSMA, por la construcción de un camino rural en una zona de interés turístico de la comuna de Cochamó, en elusión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Posteriormente, la Segunda Resolución Reclamada aprobó el programa de cumplimiento presentado por la misma empresa, respecto de la infracción señalada; y, como consecuencia, se suspendió el procedimiento administrativo sancionatorio. Las reclamaciones de ambas han dado lugar a los expedientes R-28-2016 y R-29-2016.
3. A fs. 79 del expediente R-28-2016, y a fs. 35 del expediente R-29-2016, la Superintendencia evacuó el informe indicado en el art. 29 de la Ley N° 20600, acompañando copia autenticada del expediente administrativo en ambos casos, y de la lectura de éste último resulta que:
  - a) A fs. 100 del expediente R-28-2016, consta que por la Primera Resolución Reclamada (16 de diciembre de 2015), se formuló cargo en contra de la empresa IRLA S.A., por la construcción de un camino en una Zona de Interés

Turístico (ZOIT) de la comuna de Cochamó, en elusión del SEIA.

- b) A fs. 116 del mismo expediente, como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta denuncia presentada por la corporación FIMA (26 de abril de 2013), en contra de Mediterráneo S.A., proponente del proyecto Central de Pasada Mediterráneo -entonces ingresado al SEIA por Estudio de Impacto Ambiental (EIA)- por la construcción de un camino rural privado que uniría la Ruta V-721 con la central hidroeléctrica propuesta. En opinión de FIMA en el proyecto se habría fraccionado la construcción del camino, y respecto de éste último se habría eludido el SEIA.
- c) A fs. 125 del mismo expediente, también como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta Of. Ord. N° 04-EA/2012 (24 de enero de 2012) de la Dirección Regional de la Corporación Nacional Forestal (DR - CONAF), Región de Los Lagos, que se pronuncia sobre el EIA del proyecto Central de Pasada Mediterráneo, y en la que indica que éste,

*"[...] requiere incorporar todas las actividades necesarias y pertinentes para poder ejecutarlo, y un punto clave es la ejecución y/o mejoramiento de los caminos de acceso que permitirán el tránsito de maquinarias, insumos y personal hacia las obras del proyecto. Por lo anterior, el camino principal de acceso debe formar parte del EIA. La exclusión de evaluación del camino de acceso principal como parte del proyecto, constituiría a juicio de CONAF, una forma de fraccionamiento o restricción indebida de la extensión del proyecto, lo cual está expresamente prohibido [...]"*.

- d) A fs. 137 del mismo expediente, como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta Of. Ord. N° 56-EA/ 2012 (11 de octubre de 2012), de la DR-CONAF, Región de Los Lagos, que se pronuncia sobre Adenda N° 1

del EIA del proyecto Central de Pasada Mediterráneo, y en la que indica que,

*"[...] se reitera al Titular, para efectuar una adecuada evaluación del proyecto Central Mediterráneo, la necesidad de incorporar el camino de acceso que se identifica como "camino privado", que conectaría el proyecto con la ruta V-721, recordando nuevamente lo señalado en el Art. 11 bis de la Ley N° 19300, relativo al no fraccionamiento de proyectos [...] se requiere del Titular acompañar en la próxima Adenda, un Informe, planos en papel y pdf, y cartografía digital georreferenciada, con coordenadas UTM, Datum WGS 84, y Shapefiles con bases de datos vinculada, con la información actualizada de caminos, incluyendo el camino "privado" a que se hace mención [...]"*.

- e) A fs. 153 del mismo expediente, como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta denuncia presentada por el Sr. Mauricio Fierro Lavado (26 de abril de 2013) en contra de Mediterráneo S.A., proponente del proyecto Central de Pasada Mediterráneo -entonces ingresado al SEIA por EIA- por la construcción del camino rural privado que uniría la Ruta V-721 con la central hidroeléctrica propuesta; así como en contra de IRLA S.A. y de Inmobiliaria e Inversiones Ilihue Ltda. En opinión del denunciante, respecto de la construcción del camino se habría eludido el SEIA.
- f) A fs. 216 del mismo expediente, también como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta denuncia presentada por la corporación Puelo Patagonia (5 de febrero de 2014), en contra de Mediterráneo S.A., por la construcción del camino rural privado que uniría la Ruta V-721 con la central hidroeléctrica propuesta; como asimismo en contra de IRLA S.A., titular del camino. En opinión de la denunciante, del proyecto propuesto se habría fraccionado la construcción del camino, y respecto de éste último se habría eludido el

SEIA, por lo que solicitó que se ordenara evaluar en el proyecto Central de Pasada Mediterráneo el citado camino, y a más de esto solicitó se ordenara su detención conforme al art. 48 de la LOSMA.

- g) A fs. 335 del mismo expediente, como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta Of. Ord. DSC N° 861/2014 SMA (18 de julio de 2014), en el que la Superintendencia solicitó a la DR del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), Región de Los Lagos, pronunciamiento respecto al ingreso del citado camino al SEIA, habida cuenta que la Res. Ex. N° 128/2014 de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Lagos (6 de marzo de 2014), que califica ambientalmente favorable el proyecto Central de Pasada Mediterráneo, señala en su considerando 4.2.1. que éste no fue evaluado.
- h) A fs. 339 del mismo expediente, como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta Of. Ord. 810/2014 DR SEA Los Lagos (25 de septiembre de 2014), por la que se pronunció negativamente respecto al ingreso del citado camino al SEIA, señalando que,

*"[...] el área de las cuencas de los Ríos Puelo y Cochamó de la Región de Los Lagos, no se encuentra aún bajo el régimen legal de ZOIT a que se refiere el Título IV de la Ley N° 20.243. En consecuencia [...] el referido proyecto [...] no reúne actualmente las características de aquellos proyectos o actividades listados en el artículo 3° del RSEIA, por lo que no requiere del ingreso obligatorio al SEIA [...]"*.

- i) A fs. 359 del mismo expediente, como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta Of. Ord. DSC N° 2014/2015 SMA (22 de septiembre de 2015), en el que la Superintendencia solicitó a la DR del SEA Los Lagos, aclarar el Of. Ord. 810/2014 (25 de septiembre de 2014), por cuanto su conclusión era contradictoria con una de sus premisas, que afirmaba que *"[...] dicha ZOIT*

*se encuentra vigente, fue declarada y está en proceso de actualización [...]”.*

- j) A fs. 544 del mismo expediente, como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta Of. Ord. 902/2015 DR SEA Los Lagos (30 de octubre de 2015), por la que ahora se pronunció positivamente respecto al ingreso del citado camino al SEIA, señalando que,

*“[...] se puede razonar que el acto de declaración de la ZOIT da cuenta de la necesidad de conservación o preservación de componentes ambientales, tales como los ríos, bosque nativos y la biodiversidad de flora y fauna asociada a éste último. A su vez, el camino en análisis resulta ser una obra de una envergadura de carácter mayor, al estar diseñada para permitir el tránsito de vehículos pesados y requerir del despeje y habilitación de más de 20 hectáreas de terreno, interviniendo con ello directamente suelo, bosques y ríos, componentes ambientales relacionados con los elementos considerados en la declaratoria como atractivos naturales a preservar, puesto que forman parte de patrimonio natural y los recursos turísticos del área. En consecuencia, el referido camino privado constituye una obra emplazada en la (ZOIT) [...] es de aquellos proyectos susceptibles de causar impacto ambiental que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 10 letra p) de la Ley N° 19.300, deberían ser evaluados ambientalmente [...]”.*

- k) A fs. 361 del mismo expediente, como antecedente de la Primera Resolución Reclamada, consta solicitud presentada por la corporación Puelo Patagonia (2 de octubre de 2015), en la que recuerda su denuncia de 5 de febrero de 2014 relacionada con el incumplimiento de la normativa ambiental vinculada a la ejecución de un camino privado desarrollado por IRLA S.A., que estaba directamente relacionado con el proyecto Central de Pasada

Mediterráneo, cuyo titular Mediterráneo S.A. era destinatario de la Res. Ex. N° 128/2014 de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Lagos (6 de marzo de 2014), que calificó ambientalmente favorable el proyecto. Solicitó, subsidiariamente, que se requiera, previo informe del SEA, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción a IRLA S.A. el ingreso del proyecto del camino al SEIA.

- l) A fs. 597 del mismo expediente, consta presentación de la corporación Puelo Patagonia, por la cual interpuso recurso de reposición, y en subsidio, recurso de revisión en contra de la Primera Resolución Reclamada.
- m) A fs. 661 del mismo expediente, consta Res. Ex. N° 3/2016 SMA (22 de enero de 2016), por la cual la Superintendencia rechaza los recursos de reposición y revisión interpuestos por la corporación Puelo Patagonia, señalando que,

*"[...] la resolución que formula cargos no se trata de una resolución que ponga fin al procedimiento [...] lo que corresponde es evaluar si respecto de ella se configuran las hipótesis que contempla la ley 19.880 para que dicho acto sea impugnabile mediante recurso de reposición, esto es, que la resolución genere la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión [...] no puede sostenerse que ésta genere la imposibilidad de continuar con el procedimiento sancionatorio [...] una situación de indefensión se dará cuando una parte en el procedimiento pierda la oportunidad de que su pretensión sea recibida y ponderada por el órgano decisor [...]", que "[...] la denuncia tiene por fin poner en conocimiento de la SMA hechos que se estiman constitutivos de infracción, con el fin de que esta autoridad, haciendo un análisis de mérito de los mismos, realice acciones de fiscalización, inicie un procedimiento sancionatorio, o, si no existiere mérito suficiente, archive la denuncia. Luego, el objeto último de la denuncia es poner en*

*marcha la potestad sancionatoria de la SMA bajo el análisis que esta autoridad realice de los hechos, pero no circunscribirla a los fines o intereses específicos que el denunciante pueda manifestar, toda vez que la forma en la base a cual se ejecuta y orienta dicha potestad, se supedita a un análisis jurídico, procesal y estratégico, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la LOSMA [...] es de resorte exclusivo de esta Superintendencia [...]", y que "[...]al ponderar todos los antecedentes recabados... se llegó a la conclusión de que el cargo formulado... era la forma en que mejor se satisfacía los elementos tanto objetivos como subjetivos de los tipos infraccionales que en la especie podían concurrir, y la que permitía, más allá de las pretensiones de diversa índole que el denunciante pudiese tener, satisfacer de la forma más efectiva los fines de protección ambiental de la normativa infringida, de acuerdo con la proyección del procedimiento [...]".*

- n) A fs. 669 del mismo expediente, consta presentación de la empresa IRLA S.A. (22 de enero de 2016), por la que entrega un programa de cumplimiento con las acciones y metas destinadas a cumplir la normativa ambiental objeto de la formulación de cargos, conforme lo permite el art. 12 de la LOSMA, solicitando su aprobación y la consiguiente suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio. En ella no reconoce haber cometido la infracción imputada, y señala expresamente que al construir el camino,

*"[...] obraba con absoluta buena fe y bajo el profundo convencimiento de haber actuado conforme a derecho. Pese a dicho convencimiento [...] ha accedido al presente programa de cumplimiento, con el sólo objeto de poner término a esta controversia y poder, tan pronto sea posible y sin la dilación que*

*un procedimiento sancionatorio necesariamente implica, reanudar la construcción del Proyecto en pleno cumplimiento de la normativa vigente, según ésta es interpretada por la autoridad competente [...]". Además, propone como acciones "[...] mantener detenida la construcción del Camino Río Manso, prohibiéndose cualquier actividad extractiva, movimiento de material acopiado y maquinaria [...]", e "[...] ingresar el Proyecto de construcción del Camino Río Manso al SEIA [...]".*

- o) A fs. 688 del mismo expediente, consta la Segunda Resolución Reclamada, por la cual se aprobó dicho programa de cumplimiento, y además suspendió el procedimiento administrativo sancionatorio.
4. A fs. 754 del expediente R-29-2016 se ordenó su acumulación al expediente R-28-2016.
5. A fs. 836 del expediente R-28-2016, por resolución quedó firme comparecencia de IRLA S.A. como tercero independiente.
6. Se trajeron autos en relación y se escucharon alegatos de la corporación Puelo Patagonia, la Superintendencia e IRLA S.A.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, respecto del expediente R-28-2016, la corporación Puelo Patagonia solicita se declare la nulidad de la Primera Resolución Reclamada, porque en ésta la Superintendencia ha formulado cargo contra IRLA S.A. por elusión al SEIA, en vez de hacerlo contra Mediterráneo S.A. por fraccionamiento, sin dar razones para desechar la petición principal de su denuncia; y enseguida solicita se ordene a la Superintendencia emitir un nuevo acto administrativo en que motive el rechazo de su petición principal en la denuncia, haciéndose cargo de toda la prueba acompañada y que sustenta esta denuncia. Esta misma alegación fue hecha en la petición principal de la corporación



Puelo Patagonia, en el expediente R-29-2016, respecto de la Segunda Resolución Reclamada.

**SEGUNDO.** Que, tanto en el expediente R-28-2016 y R-29-2016, la corporación Puelo Patagonia sostiene que existe evidencia suficiente para demostrar el fraccionamiento del proyecto Central de Pasada Mediterráneo, por cuanto considera:

- 1) Que el camino privado será su única vía de acceso y su trayecto está cerca de los lugares donde estarán las obras de captación y de restitución de aguas;
- 2) Que existen conexiones económicas entre IRLA S.A. y Mediterráneo S.A., pues la primera es dueña del predio Lote B donde está el punto de captación de los derechos de agua de Mediterráneo S.A., y además se celebró un contrato de promesa de compraventa entre IRLA S.A. y Mediterráneo S.A. respecto del Lote B, además de considerar las servidumbres presentes y futuras necesarias para ésta última empresa;
- 3) Que no es verosímil que el camino privado sea de acceso a un proyecto turístico y de venta de parcelas de agrado, como ha señalado IRLA S.A., en atención a su excesivo costo; y
- 4) Que durante la tramitación en el SEIA del proyecto Central de Pasada Mediterráneo, en la adenda N° 2, Mediterráneo S.A. propuso como medida de compensación de impactos en el turismo, transformar el camino en ruta escénica. En ese sentido, considera que la Superintendencia debió pronunciarse fundadamente sobre el fraccionamiento, y una vez descartada, pronunciarse fundadamente sobre la elusión.

**TERCERO.** Que, respecto del expediente R-29-2016, en subsidio de la alegación principal, la corporación Puelo Patagonia solicita que se declare la nulidad de la Segunda Resolución Reclamada. A su juicio, la Superintendencia aprobó un programa de cumplimiento presentado por IRLA S.A., a pesar que éste incumple el criterio de eficacia, pues no se indica explícitamente que el ingreso al SEIA es por medio de EIA. Igualmente, sostiene que el programa incumple el criterio de integridad, pues no indica cómo se abordarán los efectos generados por la infracción, en particular los que guardan relación con la contaminación de

las aguas, con la fragmentación de hábitat de especies de fauna endémica y clasificada bajo algún estado de conservación presentes en el área, con la corta de bosque nativo del área intervenida, con los impactos a la actividad turística que se desarrolla en la zona, y con el valor paisajístico del área. Por tanto, se violarían los arts. 7° y 9° del D.S. N° 30/2012 MMA, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Adicionalmente, solicitó se ordene a la Superintendencia reanudar el procedimiento administrativo sancionatorio. Por todo lo anterior, solicitó se acojan ambas reclamaciones.

**CUARTO.** Que, por su parte, respecto del expediente R-28-2016, la Superintendencia sostiene que la reclamación contra la Primera Resolución Reclamada SMA carece de fundamento, pues la supuesta ilegalidad no causa afectación alguna a la parte reclamante, porque la problemática ambiental ha quedado solucionada con la presentación del programa de cumplimiento por parte de IRLA S.A. para ingresar el proyecto al SEIA por medio de EIA.

Agregó la Superintendencia que al ponderar todos los antecedentes recabados, concluyó que el cargo formulado satisfacía mejor los elementos objetivos y subjetivos de los tipos infraccionales que concurrían -fraccionamiento y elusión-, y permitía, más allá de las pretensiones de la denunciante, satisfacer más efectivamente los fines de protección ambiental de la normativa infringida, de acuerdo con la proyección del procedimiento administrativo sancionatorio.

**QUINTO.** Que, en ese sentido, la Superintendencia sostiene que el tipo infraccional de fraccionamiento se construye de la aplicación del art. 11 bis de la Ley N° 19300 en relación con el art. 35 letra n) de la LOSMA, y para que sea procedente es necesario demostrar: (i) que un proponente fraccione su proyecto o actividad, (ii) que dicho fraccionamiento sea "a sabiendas", (iii) que el fin buscado sea eludir el ingreso al SEIA o variar el instrumento de evaluación, y (iv) que el proponente no logre acreditar que el proyecto o actividad se ejecute por etapas. Agrega que hay complejidades probatorias

en demostrar el elemento subjetivo que contiene la frase "a sabiendas", sobre todo teniendo en consideración que existían pronunciamientos oficiales previos que descartaban la necesidad de que el camino ingresara al SEIA, y por otra parte, las relaciones entre IRLA S.A. y Mediterráneo S.A. para acreditar una misma titularidad, ya que son personas jurídicas distintas y habría que levantar el velo corporativo. Añade que no es claro que el camino esté únicamente relacionado con el proyecto Central de Pasada Mediterráneo, pues existen antecedentes en el expediente donde se exponen otras utilidades del camino, como ocurre en el Of. Ord. N° 131483/2013 SEA (23 de septiembre de 2013), que consta a fs. 214. Por lo anterior, y dado que las complejidades anteriores no existirían en el tipo infraccional de elusión, se optó por éste último para formular el cargo a IRLA S.A., teniendo como resultado que esta decisión estratégica fue acertada, porque esta empresa reconoció la infracción y presentó un programa de cumplimiento donde se obligó a ingresar el proyecto al SEIA por medio de un EIA, y por tanto, se logró revertir el resultado antijurídico que se quiere evitar con la elusión y con el fraccionamiento.

**SEXTO.** Que, además la Superintendencia sostiene que la Primera Resolución Reclamada no afecta a la corporación Puelo Patagonia, porque fue acogida la petición subsidiaria de su presentación de fs. 361, en la que solicitó se le formulara a IRLA S.A. el cargo de elusión. Por tanto, la reclamante de estos autos carecería de la legitimación activa que exige el art. 56 de la LOSMA, aparte de existir contradicciones entre su pretensión administrativa y jurisdiccional, porque reclama la ilegalidad de haber acogido su petición subsidiaria.

**SÉPTIMO.** Que, por otra parte, respecto del expediente R-29-2016, la Superintendencia sostiene que la reclamación contra la Segunda Resolución Reclamada también carece de fundamento.

De esta forma, acerca de la petición principal, la Superintendencia se remite a lo expuesto en su informe del expediente R-28-2016, y respecto de la petición subsidiaria, contradice las afirmaciones de la corporación Puelo Patagonia. Respecto de

ésta última, la Superintendencia considera que si bien la citada resolución no especifica que se debe ingresar al SEIA por un EIA, esto obedece a que: (i) la vía de ingreso queda tácitamente determinada por la calificación de gravísima o grave que se le da al cargo en la formulación, y (ii) que el art. 18 bis de la Ley N° 19300 faculta al SEA para terminar anticipadamente el procedimiento de evaluación "[...] si el respectivo proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental...".

**OCTAVO.** Que, en lo que respecta al incumplimiento alegado de los requisitos de eficacia e integridad, la Superintendencia responde que todas estas cuestiones se resolverán en la evaluación ambiental del proyecto, pues ella no puede sustituir al SEA en dicha función.

En su opinión, es en el SEIA donde deben resolverse temas tales como los impactos por fragmentación de hábitat de especies de fauna endémica y clasificada bajo algún estado de conservación presentes en el área, por la corta de bosque nativo del área intervenida, así como los impactos a la actividad turística que se desarrolla en la zona, y al valor paisajístico del área. Sin perjuicio de esto, varios de los problemas ambientales identificados por la corporación Puelo Patagonia han sido abordados a través de medidas provisionales y de acciones comprometidas en el programa de cumplimiento aprobado. Por medio de estas medidas provisionales se ordenó paralizar la construcción del camino, hacer un catastro de los derrumbes producidos, obtener información sobre la calidad de las aguas superficiales del río Manso, y establecer un plan de control de taludes y quebradas para toda la extensión del camino.

En cumplimiento de dichas medidas, IRLA S.A. entregó el informe de calidad antes citado, concluyéndose que, (i) los valores de turbidez se han presentado similares a lo largo del río Manso en los sectores muestreados, que corresponde a antes (aguas arribas), en, y después (aguas abajo) de la zona intervenida; (ii) los valores de sólidos totales suspendidos fueron superiores antes de la zona intervenida, y similares en y después de la misma; y, (iii) de acuerdo a los valores referencia de

sólidos totales suspendidos y turbidez, las aguas serían clasificadas como de excepción y aptas para la vida acuática.

En ese sentido, afirma la Superintendencia que sería inoficioso que el programa de cumplimiento contemplara acciones para enfrentar una inexistente contaminación de aguas.

Agrega el servicio que, respecto del control de taludes y quebradas, IRLA S.A. presentó un informe con una serie de medidas a adoptar, y que se relacionan directamente con la acción N° 4 del programa de cumplimiento; por lo que su seguimiento y los plazos involucrados son los señalados en éste.

En ese sentido, la Superintendencia recuerda que tanto las medidas provisionales como el programa de cumplimiento son seguidas por su División de Fiscalización, y terminarán con el informe respectivo.

Concluye que, en consecuencia, la supuesta ilegalidad levantada por la corporación Puelo Patagonia carece de fundamento, porque se levanta sobre un análisis parcial de los antecedentes del expediente. Por todo lo anterior, solicita se rechacen ambas reclamaciones.

**NOVENO.** Que, por su parte, IRLA S.A., en su calidad de tercero independiente, afirmó que su decisión de no ingresar al SEIA cuando inició la construcción del camino, en el año 2010, se basó en su convicción de haber actuado conforme a derecho y a la buena fe. Lo anterior se explica porque a la fecha aún no se cumplen los trámites para actualizar la ZOIT, por lo cual no existe todavía un área bajo protección oficial, lo que unido a los pronunciamientos al respecto del SEA (Ordinarios N° 130.844 de 22 de mayo de 2013, y N° 810 de 5 de septiembre de 2015), confirmó sus conclusiones.

Agrega la empresa que su proyecto y el proyecto Central de Pasada Mediterráneo son independientes, pues a pesar de algunas relaciones económicas entre los titulares de ambos proyectos, la inversión en el camino es rentable aún sin ese proyecto, lo

que se demostraría con dos tasaciones que muestran el incremento en su valor presente y futuro por mayor conectividad.

Además, IRLA S.A. sostiene que, sin reconocer haber cometido la infracción imputada por la Superintendencia, estratégicamente presentó un programa de cumplimiento completo y suficiente, por considerar que era la forma más expedita de continuar la construcción del camino. En ese sentido, afirma que el control del ingreso al SEIA por medio de DIA o EIA recae en el SEA, y esa es la razón de no especificar ese tema en el programa de cumplimiento, y señala que no existe afectación a la calidad de las aguas del río Manso, de acuerdo a los monitoreos realizados en cumplimiento de las medidas provisionales ordenadas.

Por último, la empresa concluye que las resoluciones impugnadas han sido dictadas conforme a derecho y no producen afectación a la reclamante. Por todo lo anterior, solicita se rechacen ambas reclamaciones.

**DÉCIMO.** Que, tras el análisis de lo expuesto, el Tribunal se pronunciará primero sobre la existencia de afectación a la corporación Puelo Patagonia, lo que tanto la Superintendencia y la empresa IRLA S.A. niegan, y que es requisito para la legitimación activa. Sin embargo, para contestar lo anterior se debe considerar si es necesario expresar en una formulación de cargos, basada en una denuncia que propone subsumir el hecho denunciado a un tipo infraccional, las razones de la Superintendencia que la hacen escoger subsumir el hecho en otro tipo infraccional, algo que la corporación Puelo Patagonia considera necesario y que la Superintendencia niega, es decir, la controversia sobre la fundamentación de la Primera Resolución Reclamada. Además, el Tribunal se pronunciará separadamente acerca de la eficacia e integridad del programa de cumplimiento por infracción de elusión al SEIA.

**1. CONTROVERSIA SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PRIMERA RESOLUCIÓN RECLAMADA**

**UNDÉCIMO.** Que, como se reseñó previamente, la corporación Puelo Patagonia denunció a la Superintendencia la existencia de un

camino en construcción en la comuna de Cochamó, que estaría en elusión del SEIA. Según su criterio, esta elusión proviene de que el camino en construcción por la empresa IRLA S.A., es en verdad parte integral del proyecto Central de Pasada Mediterráneo, cuyo titular es la empresa Mediterráneo S.A., y que ha sido fraccionado de éste para eludir el ingreso al SEIA, por tanto, solicitó se investigase y formulase cargo en contra de la empresa Mediterráneo S.A. por la infracción de fraccionamiento. En subsidio, descartado lo anterior, dado que igualmente existiría elusión del SEIA, solicitó que se formulase cargo en contra de la empresa IRLA S.A. por elusión. En ese sentido, la Superintendencia formuló cargo en contra de la empresa IRLA S.A por elusión, por medio de la Primera Resolución Reclamada. De la lectura de dicha resolución, efectivamente no consta que se señalen las razones por las que se desechó la hipótesis principal sostenida por la corporación Puelo Patagonia en su denuncia.

**DUODÉCIMO.** Que, la corporación Puelo Patagonia presentó recurso de reposición y revisión en contra de la antes citada resolución, los que fueron rechazados por Res. Ex. N° 3/2016 SMA, que en lo que interesa, señaló que,

*"[...] la denuncia tiene por fin poner en conocimiento de la SMA hechos que se estiman constitutivos de infracción [...] el objeto último de la denuncia es poner en marcha la potestad sancionatoria de la SMA bajo el análisis que esta autoridad realice de los hechos, pero no circunscribirla a los fines o intereses específicos que el denunciante pueda manifestar, toda vez que la forma en la base a cual se ejecuta y orienta dicha potestad, se supedita a un análisis jurídico, procesal y estratégico, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la LO-SMA [...] es de resorte exclusivo de esta Superintendencia [...]"* (fs. 664).

En lo general, éste Tribunal concuerda con lo afirmado por la Superintendencia. Como indica el art. 47 inc. 3° de la LOSMA, las denuncias de infracciones administrativas deberán contener

una descripción de los hechos concretos que se estiman constitutivos de infracción, precisando lugar y fecha de su comisión y, de ser posible, identificando al presunto infractor. Sin embargo, el art. 35 de la LOSMA otorga de forma exclusiva e incondicional a la SMA la potestad sancionatoria respecto de las infracciones que en ella se indica -no obstante se indique en varias de sus letras que esta se ejercerá "cuando corresponda"-, y que el art. 49 de la misma ley confirme lo anterior, recayendo la responsabilidad de instruir el procedimiento administrativo sancionatorio en un fiscal instructor.

**DECIMOTERCERO.** Que, en este sentido, un denunciante puede considerar que a partir de la evidencia que ha recabado y transmitido a la Superintendencia, los hechos se han configurado más probablemente de cierta manera -en vez de otra u otras maneras- y los subsume en un tipo infraccional determinado. Pero esto no condiciona de manera alguna la potestad de la Superintendencia para que, a partir de esa misma evidencia o de evidencia adicional, considere que los hechos se han configurado más probablemente de otra manera, y los subsuma en un tipo infraccional distinto. Incluso cuando considere que los hechos se han configurado más probablemente de la misma manera que en la denuncia, tampoco lo condiciona a subsumirlo en el mismo tipo infraccional.

**DECIMOCUARTO.** Que, además, en la Res. Ex. N° 3/2016 SMA, la Superintendencia también señaló que,

*"[...] al ponderar todos los antecedentes recabados [...] se llegó a la conclusión de que el cargo formulado [...] era la forma en que mejor se satisfacía los elementos tanto objetivos como subjetivos de los tipos infraccionales que en la especie podían concurrir, y la que permitía, más allá de las pretensiones de diversa índole que el denunciante pudiese tener, satisfacer de la forma más efectiva*



*los fines de protección ambiental de la normativa infringida, de acuerdo con la proyección del procedimiento [...]” (fs. 628).*

Este argumento es reiterado ante éste Tribunal en el informe de la Superintendencia, y guarda relación con lo señalado en los considerandos anteriores, respecto de la discrecionalidad e incondicionalidad que tiene dicho servicio público para subsumir los hechos denunciados en un tipo infraccional distinto al propuesto por el denunciante. Además, subyace en el mismo la aplicación de un criterio de eficiencia, eficacia y realismo.

**DECIMOQUINTO.** Que, sin desconocer lo anterior, la corporación Puelo Patagonia se limita a señalar que la Superintendencia, si bien no está condicionada, debe motivar su decisión de no formular cargos respecto de la calificación jurídica que, en lo principal, hizo ella en su denuncia.

Este Tribunal considera que la Superintendencia no tiene el deber jurídico de fundamentar, ni en la formulación de cargos ni en otro acto administrativo distinto, por qué escogió subsumir los hechos en un tipo infraccional distinto al denunciado. Y nótese que en esta conclusión es irrelevante si se trata de una denuncia donde se hace una sola subsunción, o en una denuncia, como es la del presente caso, donde se hace una subsunción principal y otra subsidiaria. Lo que es más llamativo en el presente caso, es que la Superintendencia hace su subsunción en coincidencia con la subsunción subsidiaria de la denunciante y reclamante.

Si, como afirma la corporación Puelo Patagonia, es jurídicamente improcedente realizar la subsunción subsidiaria propuesta por ella misma, entonces no pudo haberla planteado en primer lugar, pues se estaría contradiciendo. Sin embargo, en la subsunción subsidiaria de la denuncia subyace que la reclamante considera que existen probabilidades de que los hechos no se hayan configurado como ella indica en lo principal y por lo tanto no puedan subsumirse en el tipo infraccional de frac-

cionamiento. Pero además, y esto sostenemos es lo más importante, subyace que la finalidad ambiental también se cumple subsumiendo el tipo infraccional en elusión.

**DECIMOSEXTO.** Que, por tanto, no existiendo ilegalidad en la Primera Resolución Reclamada, y tampoco afectación para la corporación Puelo Patagonia, por cuanto se cumple la misma finalidad ambiental, este Tribunal desechará en su totalidad la reclamación interpuesta en el expediente R-28-2016, así como la petición principal de la reclamación interpuesta en el expediente R-29-2016.

## **2. CONTROVERSIA SOBRE FALTA DE EFICACIA E INTEGRIDAD DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO APROBADO POR LA SEGUNDA RESOLUCIÓN RECLAMADA**

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, respecto de la petición subsidiaria de la reclamación interpuesta en el expediente R-29-2016, la corporación Puelo Patagonia solicita se declare la nulidad de la Segunda Resolución Reclamada, porque aprueba el programa de cumplimiento presentado por IRLA S.A., que infringiría el criterio de eficacia e integridad. Sin embargo, tanto la Superintendencia como el tercero independiente argumentan en sentido contrario.

**DECIMOCTAVO.** Que, la Superintendencia y el tercero independiente coinciden en que corresponde al SEA determinar si el ingreso al SEIA es por DIA o EIA; aunque discrepan en otro aspecto, mientras la Superintendencia sostiene que el programa de cumplimiento aprobado contiene implícitamente el compromiso de ingresar por EIA, el tercero independiente señala que esto dependerá del SEA. No obstante lo anterior, durante la audiencia, interrogado por el Tribunal (video 01:23:35), el tercero independiente dejó claro que ingresará por medio de un EIA (video 01:23:49). Al respecto, la corporación Puelo Patagonia señaló que la única manera de garantizar lo anterior era por medio de una modificación de la Segunda Resolución Reclamada (video 01:26:17). Sin embargo, éste Tribunal considera que lo anterior es innecesario, por cuanto considera que es suficiente para despejar cualquier duda acerca de la intención implícita en el programa de cumplimiento de ingresar al SEIA por medio

de un EIA, la que ahora ha devenido en explícita: la empresa IRLA S.A. ha declarado judicialmente que ingresará por EIA y sólo de esa manera se interpretará el programa de cumplimiento. Por tanto, se rechazará la petición de declarar la nulidad de la Segunda resolución Reclamada, sustentada en la falta de eficacia del programa de cumplimiento.

**DECIMONOVENO.** Que, en cuanto a la nulidad de la Segunda Resolución Reclamada, sustentada en la falta de integridad, la corporación Puelo Patagonia ha sostenido que el programa de cumplimiento no indica cómo se abordarán los efectos generados por la infracción. No obstante, tanto la Superintendencia como el tercero independiente, sostienen que en ciertos aspectos no se puede sustituir al SEA en su calidad de administrador del SEIA, y coinciden en que los aspectos de catastro de los derrumbes producidos, información sobre la calidad de las aguas superficiales del río Manso, y el establecimiento de un plan de control de taludes y quebradas para toda la extensión del camino, antes han sido manejadas por las medidas provisionales y ahora están siendo manejadas por el programa de cumplimiento.

Revisado el expediente administrativo, consta que, en cumplimiento de dichas medidas, IRLA S.A. entregó el informe de calidad ya citado, donde se indica que las aguas del río Manso no están afectadas, por lo que se confirma la conclusión de la Superintendencia en cuanto a la esterilidad de exigir en el programa de cumplimiento que se aborde una inexistente contaminación de aguas. Además, respecto del control de taludes y quebradas, se constata que IRLA S.A. presentó un informe con una serie de medidas a adoptar, y que se relacionan directamente con la acción N° 4 del programa de cumplimiento, por lo que su seguimiento y los plazos involucrados son los señalados en éste y son seguidos por la División de Fiscalización durante la ejecución de tal programa.

**VIGÉSIMO.** Que, en lo que guarda relación con los aspectos que deben ser resueltos por el SEA en el marco del SEIA, tanto la Superintendencia como el tercero independiente considera que estos serán, sin ser una lista taxativa, los efectos de los impactos por fragmentación de hábitat de especies de fauna

endémica y clasificada bajo algún estado de conservación presentes en el área, por la corta de bosque nativo del área intervenida, y por los impactos a la actividad turística que se desarrolla en la zona y al valor paisajístico del área de emplazamiento del proyecto. En ese sentido, este Tribunal coincide con la Superintendencia y el tercero independiente, en que la aprobación del programa de cumplimiento no puede definir aspectos técnicos que conlleven invadir las competencias del SEA en materia de evaluación ambiental. Precisamente las medidas para compensar, mitigar o reparar los impactos ambientales deben establecerse en la evaluación ambiental. Por tanto, se rechazará la petición de declarar la nulidad de la Segunda Resolución Reclamada, sustentada en la falta de integridad del programa de cumplimiento.

**POR TODO ESTO, TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en el art. 25 de la ley N° 20.600, en los arts. 12 y 56 de la LOSMA, en los arts. 7° y 9° del D.S. N° 30/2012 MMA, y demás disposiciones legales pertinentes,

**SE RESUELVE:**

- 1) Rechazar las reclamaciones interpuestas por la corporación Puelo Patagonia.
- 2) Que no se condena en costas a la reclamante, por estimarse que ha tenido motivo plausible para litigar.

Regístrese y notifíquese.

Rol N° R 28-2016, acumulado Rol N° 29-2016.

Redacción del Ministro Sr. Roberto Pastén Carrasco.



Pronunciada por el Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sr. Roberto Pastén Carrasco y Sr. Pablo Miranda Nigro, este último el cual no firma a pesar de haber concurrido al acuerdo, por encontrarse en comisión de servicio.

Autoriza el Secretario Abogado, Señor Felipe Riesco Eyzaguirre.



En Valdivia, veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis, se anunció por el Estado Diario.