



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Programa de Magíster en Derecho Ambiental

Revisión de la aplicación del artículo 11 bis de la Ley 19.300 en la jurisprudencia judicial y en la práctica administrativa

**Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en
Derecho Ambiental**

IGNACIO ALEJANDRO SOTO LÓPEZ

Profesor Guía: Sergio Montenegro

Santiago

2022

1.	Justificación de la Investigación.....	4
2.	Marco Teórico referencial.....	4
3.	Objetivo General.....	4
3.1	Objetivos específicos.	5
4.	Introducción.....	5
5.	Historia legislativa del Artículo 11 bis de la Ley 19.300.....	6
5.1	Mensaje del Ejecutivo (Proyecto de Ley).....	7
5.2	Primer Trámite Constitucional Comisión de Recursos Naturales, Cámara de Diputados.	7
5.3	Segundo Trámite Constitucional, Comisión de Medio Ambiente, Senado.....	8
5.4	Segundo Trámite Constitucional, Senado, Discusión en Sala.	11
6.	La Fiscalización del Fraccionamiento de Proyectos	12
7.	Historia legislativa del artículo 3 letra k) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.....	13
7.1	Mensaje del Ejecutivo (Proyecto de Ley).....	14
7.2	Primer Trámite Constitucional, Comisión de Recursos Naturales, Cámara de Diputados.	14
7.3	Segundo Trámite Constitucional, Comisión de Medio Ambiente, Senado.....	14
7.4	Conclusión de la Historia Legislativa del artículo 11 bis	15
8.	Contexto actual acerca del fraccionamiento de Proyectos	16
8.1	La regulación establecida en la Ley 19.300.....	17
8.2	Artículo 11 bis de la Ley 19.300.	19
8.3	Excepción a la prohibición de fraccionamiento de Proyectos	20
8.4	Organismo Competente para Declarar la Infracción al Artículo 11 bis.	23
8.5	Potestades de Requerimiento para Someter Iniciativas al SEIA.	24
8.6	Potestades Sancionatoria de la SMA con respecto al fraccionamiento de Proyectos.	25
9.	Jurisprudencia Judicial acerca del artículo 11 bis de la Ley 19.300.	27
9.1	El caso “Cascada Chile” (se produjo antes de la entrada en vigor del artículo 11 bis).	27
9.2	Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo.	28
9.3	Juicio declarativo de mera certeza “Dougnac con Centrales de Aysén” (antes de la entrada en vigor del artículo 11 bis).....	29
9.4	El fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el caso del Proyecto Hidroeléctrico HidroAysén.....	30
9.5	Fallo de la Excma. Corte Suprema en el caso HidroAysén.	31
9.6	Fallo de la Excma. Corte Suprema en el caso Castilla.	32

9.7	Fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el Caso del Proyecto “Sierra Gorda”	34
9.8	Fallo en el caso del Proyecto “Piques y Galerías de la Línea 6” del Metro S.A.”, Corte de Apelaciones de Santiago	37
9.9	Fallo del Segundo Tribunal Ambiental en el caso del “Proyecto Santiago Downtown”, Rol R-15-2013.	38
9.10	Fallo del Tercer Tribunal Ambiental en el caso del “Proyecto Ampliación Minicentral Hidroeléctrica Las Flores”, Rol R-78-2018.....	41
9.11	Fallo Segundo Tribunal Ambiental en caso Inmobiliaria Macul S.A., Rol R-192-2018.....	44
9.12	Fallo del Primer Tribunal Ambiental en caso la Hacienda Batuco	46
10	Opinión del Servicio de Evaluación Ambiental sobre la aplicación del artículo 11 bis de la Ley 19.300.	47
11	Opinión de la Superintendencia del Medio Ambiente sobre el artículo 11 bis de la Ley 19.300	48
12	Formas de iniciarse una Fiscalización respecto del artículo 11 bis, procedimiento y efectos.....	54
13	Hacia un concepto de fraccionamiento de Proyecto y Análisis del requisito volitivo involucrado en el artículo 11 bis de la Ley 19.300.....	59
14	Respuestas probables a modo de Conclusión	64
15	Bibliografía	67

1. Justificación de la Investigación.

De acuerdo con lo observado en la práctica, los criterios que se han esbozado hasta la fecha, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia judicial y administrativa, no han podido establecer criterios totalmente uniformes para la aplicación del artículo 11 bis de la Ley 19.300 a los Proyectos (sea que cuenten con RCA o no).

Por lo anterior, resulta de interés revisar los antecedentes existentes hasta la fecha a fin de evidenciar esta situación y esbozar como respuestas probables a modo de conclusiones, los criterios o lineamientos que en mi opinión parecen adecuados para su aplicación o bien modificaciones a la norma o institucionalidad vigente en la materia.

2. Marco Teórico referencial.

- Historia de la Ley 20.417 (art. 11 bis de la actual Ley 19.300 y 3 letra k) de la Ley 20.417 Ley Orgánica Superintendencia del Medio Ambiente).
- Análisis de los requisitos, contenido y efectos del artículo 11 bis de la Ley 20.417
- Criterios Jurisprudenciales (Cortes y Tribunal Ambiental).
- Opinión del Servicio de Evaluación Ambiental.
- Criterios Doctrinales.
- Fiscalización y Sanciones Aplicables a su incumplimiento.
- Oportunidad y vías por las que se debería fiscalizar el fraccionamiento de Proyecto.
- Criterio de la SMA en cuanto a la fiscalización de la norma (diferencias entre el requerimiento de ingreso y una sanción por infracción al artículo 11 bis).
- Realizar propuestas de criterios o lineamientos para su aplicación, como respuestas probables a modo de conclusiones.

3. Objetivo General.

Revisar la aplicación práctica del artículo 11 bis de la Ley 19.300 en la jurisprudencia judicial y administrativa y realizar propuestas de criterios de aplicación o de

modificaciones a la norma o institucionalidad vigente, como respuestas probables a modo de conclusiones.

3.1 Objetivos específicos.

- Definir el concepto de fraccionamiento de proyecto.
- Definir el alcance de los elementos contenidos en el artículo “a sabiendas” y “por etapas”.
- Exponer y analizar los criterios jurisprudenciales, doctrinarios y administrativos existentes hasta la fecha, acerca del artículo 11 bis.
- Describir el régimen de fiscalización y sancionatorio aplicable y sus requisitos.
- Proponer criterios de aplicación o modificaciones a la norma.

4. Introducción.

El artículo 11 bis de la Ley 19.300¹, estableció una disposición relativa a la prohibición de fraccionamiento de Proyectos. Concretamente, se estableció en sus tres incisos que:

“Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas”.

¹ Incorporado por el artículo primero numeral 9 de la Ley 20.417, publicada en el Diario Oficial el 26.10.2010.

Tal como indica el profesor Eduardo Astorga, *“otras modificaciones al artículo 11 de la Ley N° 19.300, corresponden a un esfuerzo por impedir la simplificación premeditada de los proyectos, evitando evaluar los impactos sinérgicos y/o acumulativos. Esta práctica ha permitido a algunos titulares realizar una DIA, correspondiendo en estricto derecho a un EIA, e incluso evitar el sometimiento del proyecto al Sistema”*².

No obstante, esta disposición ha generado discusión en su aplicación práctica, tanto con los Proyectos o Actividades que incluyen en su diseño obras que implican una o más tipologías de Proyecto, de aquellas previstas en el artículo 10 de la misma Ley y en el artículo 3° del Reglamento de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante el RSEIA) aprobado por el Decreto Supremo N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, como también en cuanto a Proyectos que se desarrollan por etapas.

De esta forma, el objetivo de esta Actividad Formativa Equivalente a Tesis es revisar los criterios que se han esbozado hasta la fecha, por la jurisprudencia judicial y administrativa, para aplicar esta norma y realizar algunas propuestas de ajustes o mejoras.

5. Historia legislativa del Artículo 11 bis de la Ley 19.300.

A continuación, se presenta un breve resumen de la historia legislativa que se considera relevante en relación con el artículo 11 bis de la Ley 19.300, a través del mensaje del Ejecutivo, que contenía la versión original de la ley 20.417 y de los diversos trámites constitucionales a los que sometió.

² ASTORGA, E. 2012. Derecho Ambiental Chileno. Parte General. Santiago, Legal Publishing Chile. 52p.

5.1 Mensaje del Ejecutivo (Proyecto de Ley).

El texto original del artículo 11 bis contenido en el mensaje que el Ejecutivo envió al Parlamento señalaba lo siguiente:

“Artículo 11 bis. Los proponentes no podrán fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de eludir o variar a sabiendas el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y obligar al proponente a ingresar adecuadamente a dicho Sistema.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas o correspondan a diferentes proyectos o actividades de conformidad a lo señalado en el artículo 10”³.

5.2 Primer Trámite Constitucional Comisión de Recursos Naturales, Cámara de Diputados.

En la Comisión de Recursos Naturales de la cámara de Diputados, respecto del artículo 11 de la Ley 19.300, se presentaron diversas indicaciones, pero finalmente, el artículo 11 ter quedó redactado de la siguiente manera, al término del primer trámite constitucional de la discusión legislativa del proyecto de ley:

“Artículo 11 ter.- Si el proyecto o actividad contempla la realización de dos o más proyectos o actividades, que por sí mismas, correspondan a aquellas enumeradas en el artículo 10, o presenten alguna de las características señaladas en el artículo 11, deberá someterse a una sola evaluación de impacto ambiental”⁴.

³ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

⁴ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

5.3 Segundo Trámite Constitucional, Comisión de Medio Ambiente, Senado.

En la Comisión de Medio Ambiente del Senado, el Senador Longueira presentó la indicación N° 195, para sustituir el artículo 11 por el siguiente:

“8) Agréganse los siguientes artículos 11 bis, 11 ter y 11 quáter:

“Art. 11 bis. Los proponentes no podrán fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de eludir o variar a sabiendas el ingreso al sistema o el instrumento de evaluación. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, determinar la infracción a esta obligación y obligar al proponente a ingresar adecuadamente al sistema de evaluación de impacto ambiental.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas o correspondan a diferentes proyectos o actividades de conformidad a lo señalado en el artículo 10”⁵

Finalmente, el ejecutivo presentó la indicación N° 159 Bis, para sustituir el número 8) propuesto por el Senador Longueira, por el siguiente:

“8) Agréganse, los siguientes artículos 11 bis y 11 ter:

Artículo. 11 bis.- Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.

⁵ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas”⁶

A continuación, se realiza un resumen del debate, de elaboración propia, salvo en aquellos textos que se presentan en cursiva.

Se consultó a qué se refiere el concepto “a sabiendas”, que se establece en el artículo 11 bis propuesto por el Ejecutivo.

Se explicó por el ejecutivo que este término “tiene importancia para la aplicación de la sanción, que va a significar la aplicación de una sanción más severa. Para probar esta circunstancia se usarán pruebas que dirán relación con el tipo de asesoría que ha recibido el infractor, la experiencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con lo cual se establecerá una presunción legal.”⁷

A continuación, durante el debate, el mismo Senador expresó ciertas dudas al introducirse el sistema de etapas. El ejecutivo aclaró que *“en caso de que se presente un proyecto por etapas deberá acompañarlo de una Carta Gantt, que indique las etapas, la duración de cada una de ellas, es decir, existirá una situación documentada que impedirá que se consume el fraude, con lo que se aclaró la duda planteada”⁸*.

El ejecutivo explicó que *“mediante esta iniciativa legal se van a incorporar los efectos sinérgicos de la evaluación y que el sistema actual no tiene ningún cauce ni control, sin embargo, se está explicando claramente la forma en que se establecerán los controles”⁹*.

Finalmente, el ejecutivo reiteró que *“esta iniciativa legal incorporará los efectos sinérgicos que antes no existían, que en el caso de una construcción por etapas será necesario*

⁶ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

⁷ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

⁸ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

⁹ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

acreditarlo y no se podrá ingresar al sistema antes de que se haya terminado la ejecución del proyecto anterior”¹⁰.

El Senador señor Navarro expresó que “el tema de las sinergias es diferente porque se trata de cómo probar los impactos, en la primera, segunda etapa, de manera sucesiva, porque la sinergia puede ser sumada al final, con lo cual esta proposición es una escapatoria a la norma, porque bastaría con establecer que el proyecto no se puede dividir”¹¹.

El ejecutivo explicó que “se tendrán que sumar los efectos sinérgicos de la construcción vial de la primera etapa, más la segunda, los efectos del material particulado de la primera y de la segunda etapa, es decir, se van sumando a medida que se incorporan las etapas, no son individuales por etapas, no es necesario tener un conjunto habitacional de 1.000 casas para determinar que existió una equivocación en la evaluación del impacto ambiental de 1.000 que es distinto a 100.

Es necesario establecer que no se puede obligar a un proponente que tiene un proyecto de 500 casas, con un plazo de construcción de 7 años que deba ingresar al sistema vía Estudio de Impacto Ambiental porque sólo iniciará la primera etapa de 100 casas, no obstante, se hace la advertencia de que las 400 casas restantes no se pueden ingresar en el mismo año y en forma simultánea a una Declaración de Impacto Ambiental”¹².

El ejecutivo precisó que “en el caso de los proyectos inmobiliarios está la barrera de ingreso al sistema de evaluación y todavía no se define si se trata de Declaración o Estudio. Cuando ingresa a estudio se debe aplicar el artículo 11 del proyecto, con lo cual cualquier central de 3 megas tiene que ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y esa central ingresará vía Estudio en caso que cumpla con algunas de las características del artículo 11.

¹⁰ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

¹¹ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

¹² HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

Mediante este proyecto se pretende que si un proyecto se efectúa por etapas y, en consecuencia, en su primera etapa no genera los impactos del artículo 11, se evaluará por los efectos sinérgicos. Es necesario entender cómo funciona el sistema” ¹³.

Finalmente, el presidente de la Comisión puso en votación el inciso primero del artículo 11 bis, que fue aprobado por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señores Allamand, Girardi, Horvath, Longueira y Navarro.

Enseguida, puso en votación el inciso segundo de la disposición, la que fue aprobada, con los votos favorables de los Honorables Senadores señores Allamand, Horvath y Longueira, y el voto en contra de los Honorables Senadores señores Girardi y Navarro.

5.4 Segundo Trámite Constitucional, Senado, Discusión en Sala.

En la discusión en sala del segundo trámite constitucional el señor Hoffmann (Secretario General) expresó que “a continuación, corresponde analizar el inciso segundo del artículo 11 bis propuesto por la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales”, que señala:

“No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas.”

Esta norma fue aprobada por 3 votos a favor (Senadores señores Allamand, Horvath y Longueira) y 2 en contra (Honorables señores Girardi y Navarro).

Al respecto, el ejecutivo -a través de la Sra. Ministra presidenta de la Comisión Nacional del Medio Ambiente de la época, señora Ana Lya Uriarte- indicó que: “Señor Presidente, quiero hacerme cargo de la duda del Senador señor Pizarro. Este proyecto de ley establece algo distinto de lo que habíamos visto hasta el día de hoy: la evaluación sinérgica de los impactos ambientales -es decir, la suma de los distintos proyectos-, con una obligación adicional –nos parece muy significativa- respecto a lo que tenemos

¹³ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

actualmente, en el sentido de que, incluso, el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental deberá considerar los proyectos que, teniendo resolución de calificación ambiental favorable, no hayan sido ejecutados. Porque hoy día es factible que existan sobre un mismo territorio permisos ambientales y que el titular del proyecto no esté ejecutándolos e ingrese uno nuevo al Servicio.

Por lo tanto, el tipo de evaluación va a ser muchísimo más amplio. Y el espíritu de la norma sobre fraccionamiento es el señalado por el Senador señor Longueira: queremos evitar a los titulares que deliberadamente fraccionan sus proyectos para soslayar el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental.

También estamos diciendo que, si un proyecto se va a ejecutar por etapas, ello puede ser acreditado. Pero aquí se trata de poner coto al proponente malintencionado que quiere evitar -como muy bien manifestó el Senador señor Pizarro- que su proyecto sea objeto de la evaluación.

¿Quién tiene la competencia para realizar toda esta investigación -digámoslo así- a los efectos de la determinación respectiva? La Superintendencia del Medio Ambiente, que va a estar dotada de grandes facultades, como Sus Señorías verán más adelante.”¹⁴

Finalmente, luego de esta intervención, se aprueba el inciso segundo del artículo 11 bis con 23 votos a favor, 1 en contra y una abstención.

6. La Fiscalización del Fraccionamiento de Proyectos

La fiscalización, respecto del caso en que el proponente de un proyecto o actividad hubiese fraccionado a sabiendas su proyecto con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente, la que deberá obligar al proponente a ingresar adecuadamente al SEIA, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, todo lo anterior de conformidad al artículo 3 letra k) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

¹⁴ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

Así el artículo 11 bis de la Ley Nº 19.300 se relaciona directamente con la letra k) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente¹⁵, la que establece lo siguiente:

“Artículo 3º.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

*k) Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la ley Nº 19.300”.*¹⁶

7. Historia legislativa del artículo 3 letra k) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

A continuación, se expone una breve historia legislativa relevante asociada al artículo 3 letra k) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, a través del mensaje del Ejecutivo, que contenía la versión original de la actual ley y mediante los

¹⁵ Asimismo, en las letras i) y j) del artículo 3 de la Ley 20.417 se estableció que también es facultad de la Superintendencia:

i) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la ley Nº 19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente.

j) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de Resoluciones de Calificación Ambiental, que sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la ley Nº 19.300, requieran de una nueva Resolución de Calificación Ambiental.

¹⁶ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley 20.417: Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 26 de Enero 2010.

diversos trámites constitucionales a los que se sometió conforme a la legislación que regula la tramitación legislativa.

7.1 Mensaje del Ejecutivo (Proyecto de Ley).

El literal j) del artículo 3 del proyecto de Ley que el Ejecutivo envió al Congreso con el objeto de crear la Superintendencia del Medio Ambiente, señalaba como una de sus funciones y atribuciones, la siguiente:

“j) Obligar a los proponentes a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la ley N° 19.300.”¹⁷

7.2 Primer Trámite Constitucional, Comisión de Recursos Naturales, Cámara de Diputados.

En la Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados, el literal fue aprobado por siete votos a favor y dos abstenciones en la Comisión de Recursos Naturales.

7.3 Segundo Trámite Constitucional, Comisión de Medio Ambiente, Senado.

En la Comisión de Medio Ambiente, los Senadores Allamand y Longueira, formularon las indicaciones N° 731 y 732, respectivamente, para intercalar, a continuación de “Obligar”, la frase “previo informe favorable del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental”.

El Senador Allamand, en subsidio, formuló la indicación N° 733, para intercalar, a continuación de “Obligar”, la frase “, previo informe del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental”.

¹⁷ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

La indicación número 733 bis, fue formulada por el ejecutivo, para agregar a continuación de la palabra “proponentes” la siguiente frase “, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental”.

En definitiva, las indicaciones N° 731, 732 y 733 fueron declaradas inadmisibles por el presidente de la Comisión por corresponder a materias que son de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Puesta en votación, la indicación N° 733 bis fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Senadores Allamand, Girardi, Horvath, Longueira y Navarro, quedando establecida la redacción actual del artículo 3 letra k) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO-SMA).

7.4 Conclusión de la Historia Legislativa del artículo 11 bis

De la revisión de los antecedentes de la norma, se puede concluir que al parecer durante el debate, hubo una confusión entre lo que correspondía a la evaluación ambiental de los efectos sinérgicos y la evaluación de los impactos acumulativos entre un proyectos y sus modificaciones posteriores y lo que estrictamente se pretendía regular con esta norma que era propiamente sancionar la elusión de ingreso al SEIA y residualmente el fraccionamiento a sabiendas, con el objeto de variar el instrumento de evaluación ambiental.

En efecto, el origen tenía que ver con los proyectos cuya tipología de ingreso está dada por un elemento cuantitativo, por ejemplo, la cantidad de material removido o el número de casas construidas.

Preocupaba además a los legisladores, que todos los impactos de un mismo proyecto, se evaluaran en conjunto. Lo cierto, es que este aspecto ya se encontraba abordado en la Ley 19.300 y en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental¹⁸, toda vez que se disponía que al evaluar los impactos de una modificación de proyecto, debían considerarse los efectos o impactos generados por ambos proyectos.

¹⁸ La obligación de evaluar los efectos sinérgicos o acumulativos de un mismo proyecto con respecto a sus modificaciones o evaluarlos en forma conjunta, se establecía expresamente en el artículo 124 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vigente a la época, el D.S. 30/1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Con todo, la forma en que quedó redactado el artículo, si bien cumple la finalidad de evitar la elusión al SEIA, rigidizó en extremo la definición de los alcances de un Proyecto por su titular en la regulación del fraccionamiento por la causal de la “variación del instrumento de evaluación”.

La norma, en mi opinión, no debió nunca intentar sancionar la variación del instrumento. En efecto, ello se abordaba en el artículo 124 del D.S. 30/1997 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y también se fortaleció por causa de las modificaciones efectuadas por la Ley 20.417 (al incorporarse el artículo 11 ter a la Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente) y posteriormente por el D.S. 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, al incluirse las herramientas suficientes para el caso que si los efectos de las modificaciones de un Proyecto no se consideraban sumados a los efectos del proyecto original, la autoridad evaluadora está facultada, si no se entrega la información relevante o esencial para no continuar con la evaluación y poner término a esta o bien rechazar el proyecto en la votación de la Comisión de Evaluación o la Dirección Ejecutiva del SEA (tratándose de un proyecto con actividades en más de dos regiones).

8. Contexto actual acerca del fraccionamiento de Proyectos

La regla general en la evaluación ambiental en Chile, actualmente, consiste en que el proyecto es definido por el titular de éste, no por la autoridad evaluadora.

Así, en nuestro ordenamiento jurídico es el titular del proyecto el que junto con elegir la vía de ingreso, debe realizar la descripción del Proyecto para su ingreso al SEIA¹⁹ y el SEA, la autoridad que determina si dicha descripción es apropiada.

Ello es así porque es el titular del proyecto y no la Administración quien desarrollará la actividad económica de que se trate. A la autoridad administrativa le corresponde evaluar el proyecto sometido al SEIA en la forma en que ha sido descrito y es sobre aquel

¹⁹ Artículo 18 letra c) en relación con los EIA y artículo 19 letra a), ambos del D.S. 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del SEIA.

proyecto que debe pronunciarse. Por lo demás, el hecho que se evalúe un proyecto en la forma en que ha sido presentado simplemente significa que las actividades que no se incluyen en él no están evaluadas y, consecuentemente, que quien pretenda emprender tales actividades deberá cumplir la normativa pertinente.

En consecuencia, el titular es el responsable tanto de que su proyecto o actividad sea efectivamente sometido al SEIA cuando corresponda conforme al artículo 10 de la Ley 19.300 y 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como de que la vía de ingreso fuera la idónea según la Ley y el Reglamento del SEIA.

Por su parte, la Comisión de Evaluación Ambiental cuenta con facultades legales para pronunciarse respecto de la vía de ingreso escogida por el titular, en el sentido de que si considera que un proyecto sometido a través de una DIA requería un EIA, puede rechazar el proyecto en virtud de dicha causal legal.

8.1 La regulación establecida en la Ley 19.300.

La Ley 19.300, contempla como uno de los instrumentos de gestión ambiental, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA). De acuerdo con las definiciones establecidas en el artículo 2 de la Ley, la “Evaluación de Impacto Ambiental” es *“el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”*²⁰.

Por su parte, se define a la “Declaración de Impacto Ambiental” como *“el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes”*²¹. Finalmente, el “Estudio de Impacto Ambiental” es definido como

²⁰ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley 19.300: Aprueba Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 09 de Marzo 1994.

²¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley 19.300: Aprueba Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 09 de Marzo 1994.

“el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”²².

De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 19.300, los proyectos o actividades señaladas en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, según lo establecido en esta misma ley. A su vez, el artículo 9 establece que el titular de todo proyecto o actividad comprendido en el artículo 10 deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante DIA) o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA), según corresponda.

Así, es el artículo 10 de la Ley 19.300 el que establece cuáles son los proyectos o actividades que, por ser consideradas por esta ley como “susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases”, deben obligatoriamente someterse al SEIA. Este artículo establece un listado de proyectos o actividades que solamente van a poder desarrollarse o modificarse previa aprobación del EIA o la DIA en el marco del SEIA. Este listado de tipologías de proyecto es especificado por el artículo 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o en adelante RSEIA (D.S. 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente).

Lo anterior implica que, si un proyecto o actividad está incluido dentro del listado del artículo 10 de la Ley 19.300 o 3 del RSEIA, éste sólo podrá ejecutarse o modificarse previa aprobación en el SEIA, dentro de un proceso de evaluación de impacto ambiental instruido por la autoridad ambiental (Servicio de Evaluación Ambiental, en adelante “SEA”) junto con los demás órganos de la Administración del Estado que intervengan en dicho procedimiento.

Por su parte, la vía de ingreso al SEIA está definida en el artículo 11 de la Ley 19.300. En efecto, en el caso de los proyectos o actividades indicados en el artículo 10 de la ley

²² CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley 19.300: Aprueba Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 09 de Marzo 1994.

19.300 o 3 del RSEIA, deberán presentar un EIA si generan o presentan alguno de los efectos, características o circunstancias señalados en el artículo 11 de la Ley. De lo contrario, es decir, si no generan o presentan al menos uno de dichos impactos, deben ingresar al SEIA pero mediante una DIA. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que en virtud del artículo 11, el EIA es la excepción, y la DIA la regla general.

Asimismo, de acuerdo con las demás normas de la Ley 19.300, es el titular del proyecto o actividad quien toma la decisión de presentar un EIA o una DIA, correspondiendo a la autoridad evaluar dicha decisión, en el sentido de validar si la decisión tomada por el titular era la correcta. En efecto, de acuerdo con el artículo 19, una de las causales legales de rechazo de una DIA es que *“el respectivo proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley.”*²³ En consecuencia, en nuestra institucionalidad, es el titular quien define la forma de ingreso al SEIA, y la autoridad la que valida dicha decisión, aprobando o rechazando el proyecto.

8.2 Artículo 11 bis de la Ley 19.300.

El artículo primero, numeral 9, de la Ley N°20.417²⁴ introduce en la Ley 19.300 el artículo 11 bis que sanciona el denominado “fraccionamiento de proyectos”. Dicho artículo establece que:

“Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.

²³ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley 19.300: Aprueba Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 09 de Marzo 1994.

²⁴ La Ley N°20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, fue publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero de 2010.

*No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas”.*²⁵

El destinatario de esta prohibición es, según lo señala el tenor literal del inciso 1° del Artículo 11 bis, “los proponentes”, esto es, el titular de un proyecto o actividad que deba ingresar al SEIA, o que deba ingresar en virtud de un EIA.

En el Artículo 11 bis se distinguen dos elementos concurrentes en la configuración de la prohibición. El primer elemento, de carácter objetivo, consiste en fraccionar un proyecto o actividad que, de no haber sido fraccionado, hubiese debido ingresar al SEIA o hubiese debido ingresar a través de un instrumento de evaluación distinto.

El Tercer Tribunal Ambiental en la sentencia Rol N° R-60-2017, en su considerando N° 10²⁶, conceptualizó el fraccionamiento de Proyectos de la siguiente forma:

“En una lectura armónica de los artículos citados, aquel fin de resguardo es la correcta evaluación del impacto ambiental de un proyecto, de modo que éste se ajuste a la normativa vigente, lo que impedirá la alteración directa o indirecta del medio ambiente en un área determinada (...). En definitiva, el fraccionamiento elude la correcta evaluación ambiental de todos los impactos de un proyecto, ya sea al evitar el SEIA, o en su interior, al rehuir el procedimiento que permite la adecuada estimación de los impactos ambientales”.

8.3 Excepción a la prohibición de fraccionamiento de Proyectos

De conformidad con el inciso 2° del Artículo 11 bis, quedan exceptuados de la prohibición de fraccionamiento aquellos proyectos o actividades cuya ejecución se realizará por etapas, cuando así lo acredite el proponente.

²⁵ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley 19.300: Aprueba Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 09 de Marzo 1994.

²⁶ Tercer Tribunal Ambiental, “Junta de Vecinos Panitao Alto Camino Los Pinis con Superintendencia del Medio Ambiente”, 60-2017, 11 de julio de 2018, considerando 10° (Fraccionamiento de Proyectos).

Una etapa, de acuerdo con su definición en el Diccionario de la Real Academia Española, es una *“fase en el desarrollo de una acción u obra”*. Por su parte, ejecutar algo “por etapas” es hacerlo *“gradualmente, por partes sucesivas”*²⁷. Por consiguiente, un proyecto o actividad será ejecutado por etapas si las fases en el desarrollo de la acción u obra se ejecutan gradualmente por partes sucesivas.

Durante la tramitación de la ley, consultado sobre este punto, cabe recordar que el ejecutivo aclaró que *“en caso de que se presente un proyecto por etapas deberá acompañarlo de una Carta Gantt, que indique las etapas, la duración de cada una de ellas, es decir, existirá una situación documentada que impedirá que se consume el fraude.”*²⁸

El vigente Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, aclaró definitivamente la situación, estableciendo como un contenido de dichos documentos, en su artículo 14 que:

“Desarrollo de proyectos o actividades por etapas.

Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Corresponderá a la Superintendencia determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente el ingreso adecuado, previo informe del Servicio.

²⁷ Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo tercera edición, en la versión disponible en el sitio web <http://www.rae.es/rae.html>

²⁸ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

No aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas, aplicándose en todo caso lo establecido en el artículo 11 ter de la Ley²⁹.

Los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental deberán indicar expresamente si sus proyectos o actividades se desarrollarán por etapas. En tal caso, deberá incluirse una descripción somera de tales etapas, indicando para cada una de ellas el objetivo y las razones o circunstancias de que dependen, así como las obras o acciones asociadas y su duración estimada”.

En línea con este precepto, como hemos indicado antes, existen situaciones en que sí pueden legítimamente dividirse los proyectos. Así, por lo demás, se enfatizó en la discusión parlamentaria; en diversas ocasiones se insistió en que los proyectos que se realizan por etapas, o que correspondan a literales diferentes del artículo 10 de la N°19.300, son “excepciones” al fraccionamiento³⁰. Lo anterior, ya que el objetivo no es castigar la mera división de proyectos, sino que el uso abusivo de la planificación para generar un escenario en que los proyectos o algunas de sus partes no se evalúen, o no se evalúen sus impactos como conjunto; en otras palabras, que se logre evadir, en definitiva, una evaluación de impacto ambiental adecuada.

En este sentido, “si se cumple o si es factible cumplir con la evaluación previa en el SEIA e integral de los impactos ambientales de toda obra o actividad de la propuesta, en alguna oportunidad, aunque no sea en forma simultánea, no se configuraría la infracción”³¹.

Cabe resaltar además, que conforme al artículo 11 ter de la Ley 19.300, todos los impactos deben ser evaluados ambientalmente, incluidos los “efectos sinérgicos” e

²⁹ En caso de modificarse un proyecto o actividad, la calificación ambiental deberá recaer sobre dicha modificación y no sobre el proyecto o actividad existente, aunque la evaluación de impacto ambiental considerará la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existente para todos los fines legales pertinentes.

³⁰ HISTORIA DE LA LEY 20.417 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4798/>> [consulta: 10 septiembre de 2021]

³¹ CHILE. Superintendencia del Medio Ambiente. 2020. Memorandum N° 93: Entrega recomendaciones e instrucciones para la consideración del fraccionamiento de proyectos en la elaboración de informes de fiscalización, agosto 2020. 2p.

“impactos acumulativos” de las eventuales etapas o subproyectos, ya sea como un aparente nuevo proyecto o como una modificación del proyecto existente o ya ejecutado.

8.4 Organismo Competente para Declarar la Infracción al Artículo 11 bis.

La ley ha dotado a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) de mecanismos que le permiten asegurar la aplicación de los instrumentos de gestión que la legislación ha establecido con finalidades de protección ambiental.

De esta forma, la SMA ejecuta un conjunto de acciones orientadas a garantizar el sometimiento al régimen de cargas y obligaciones específicas que la ley impone al ejercicio de determinados derechos -en particular, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita- para proteger el medio ambiente.

En el escenario normativo actual, corresponderá al Superintendente fiscalizar, detectar y requerir el ingreso adecuado de los proyectos o actividades que se han ejecutado o modificado sin contar con una RCA favorable, o bien, que derechamente han fraccionando sus proyectos o actividades con el objeto de eludir o variar el ingreso al SEIA.

Junto con otorgar potestades para obtener el sometimiento de las iniciativas al SEIA, garantizando su correcta aplicación, la Ley reconoce al Superintendente del Medio Ambiente potestades sancionatorias, que se encuentran especialmente detalladas en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de la SMA.

Al respecto, el 1° Tribunal Ambiental, en la sentencia Rol R-39-2020 del 12.07.2021 (Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación

Ambiental³²) ratificó lo anterior, al indicar que la fiscalización y sanción del fraccionamiento de proyectos es de competencia de la Superintendencia de Medio Ambiente; sin embargo agregó que durante la evaluación ambiental el fraccionamiento en su segunda hipótesis, debe ser ponderado a propósito de los efectos aditivos o sinérgicos, entregando un rol más activo al SEA en la identificación de circunstancias que configuren un fraccionamiento.

*“Centésimo. Que, para el SEA, el fiscalizar y sancionar las hipótesis de fraccionamiento es una atribución privativa de la Superintendencia del Medio Ambiente y no de las Comisiones de Evaluación o al SEA. Sin embargo, estos sentenciadores son de una opinión más integral y menos restrictiva, en cuanto a que las atribuciones de la SMA no limitan una observancia preventiva y proactiva del SEA. Lo anterior en atención a lo señalado en el inciso final del artículo 11 de la Ley 19.300 para efectos de evaluar sus literales a) y b), en el sentido que este debe tener una mirada sistémica de evaluación ambiental, con el objeto de descartar el fraccionamiento de proyectos a los que alude el artículo 11 bis de la misma ley, donde también se debe considerar un análisis de efectos aditivos o sinérgicos. Con ello, el SEA puede orientar a los regulados en cómo velar por la debida protección de la salud de la población y de la protección de los recursos naturales”.*³³

8.5 Potestades de Requerimiento para Someter Iniciativas al SEIA.

La SMA podrá requerir al titular – previo informe del SEA – que ingrese adecuadamente al SEA. Así lo establece el Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”):

“La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

³² Que resuelve el proceso de invalidación administrativa de la Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) N° 20200110159 de la Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) del proyecto “Adecuaciones en depósitos de lastre, caminos internos y campamento” de la Compañía Contractual Minera Cerro Colorado.

³³ Primer Tribunal Ambiental, “Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental”, 39-2020, 12 de julio de 2021, considerando 100° (Fraccionamiento de Proyectos).

k) Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la ley N° 19.300.

La infracción por incumplimiento a este requerimiento está contemplada expresamente en el Artículo 35 letra b):

La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3°.

Por disposición expresa del Artículo 36 N°2 letra f), la infracción por incumplimiento de este requerimiento es de carácter grave:

“Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

f) Conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia.”

Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la RCA, clausura, o multa de hasta 5.000 UTA (Artículo 38 letra b) de la LOSMA).

8.6 Potestades Sancionatoria de la SMA con respecto al fraccionamiento de Proyectos.

De acuerdo con el modelo vigente en Chile, “*la instrucción de procedimientos administrativos sancionatorios la radicó en la División de Cumplimiento y Sanción, que*

es el área encargada de efectuar el examen de mérito y seriedad de las denuncias y autodenuncias presentadas, procediendo, cuando corresponda, a solicitar acciones de fiscalización. Recibe los antecedentes de la División de Fiscalización que constaten no conformidades de un presunto infractor. Ejecuta la instrucción de los procedimientos administrativos sancionatorios de competencia de la Superintendencia, la que se realizará por un funcionario que recibirá el nombre de instructor, proponiendo al superintendente la absolución o sanción que, a su juicio, corresponda aplicar, por medio de la emisión de un dictamen. Aprueba o rechaza cuando corresponda, de los Programas de Cumplimiento presentados por los presuntos infractores y propone al Superintendente la declaración de ejecución satisfactoria de dichos programas, entre otras funciones. Finalmente, la potestad de sanción conforme a la Losma, corresponde exclusivamente al Superintendente del Medio Ambiente”³⁴.

La infracción asociada a la ejecución de proyectos o el desarrollo de actividades para los que la ley exige RCA sin contar con ella, está expresamente contenida en el Artículo 35 b):

“La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3°”.

La infracción es, de acuerdo con la ley, calificada de a lo menos de carácter grave. Así, si el proyecto o actividad que carece de RCA no es de aquellos que presentan o generan los efectos, características o circunstancias previstas en el Artículo 11 de la LBGMA, vale decir, si no se trata de un proyecto o actividad que debió ingresar al SEIA a través de una EIA, sino que, mediante una DIA, la infracción será de carácter grave (Artículo 36 N°2 letra d). En cambio, si el proyecto o actividad que debió ingresar al SEIA presenta o generan los efectos, características o circunstancias previstas en el Artículo 11 de la LBGMA, la infracción será de carácter gravísima (Artículo 36 N°1 letra f).

³⁴ OSORIO, C. 2017. Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General. Santiago, Legal Publishing Chile. 640-641p.

Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la RCA, clausura, o multa de hasta 10.000 UTA.

9. Jurisprudencia Judicial acerca del artículo 11 bis de la Ley 19.300.

A continuación, se expone la jurisprudencia judicial relevante sobre el artículo 11 bis.

Si bien el desarrollo conceptual o doctrinario sobre el tema es incipiente, cómo rasgo común existente en la tendencia dominante en la jurisprudencia, se puede sostener que los tribunales de justicia han reconocido que el fraccionamiento de proyectos en los términos del art. 11 bis requiere -en todos los casos- de un elemento subjetivo: que el titular obre “a sabiendas”, esto es, dolosamente o de mala fe.

9.1 El caso “Cascada Chile” (se produjo antes de la entrada en vigor del artículo 11 bis).

El primer caso en que se discutió el tema de la división de proyectos fue el conocido como “*Cascada Chile*”. En éste se conoció y resolvió el tema de la incorporación a la línea de base de un proyecto industrial, la explotación de la materia prima que será utilizada en ese proceso. Se sostenía por los recurrentes que el proyecto carecía de línea de base por cuanto una explotación forestal no fue contemplada como parte de la línea de base del proyecto industrial el cual procesaba estos insumos.

Mediante sentencia de fecha 16 de agosto de 1999, la que fue confirmada por la Excma. Corte Suprema de Justicia, en fallo de fecha 5 de octubre de 1999, los recursos deducidos fueron rechazados en todas sus partes. Con ello, se confirmó la forma en que la Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región había resuelto el tema, señalando el Considerando 21 de la sentencia, en relación a la pretendida ausencia de línea de base del proyecto Cascada Chile, que el proyecto industrial y el proyecto forestal que lo abastecería de materia prima son diferentes: “*Que en relación a la ausencia de la*

línea de base del proyecto Cascada Chile, preciso es señalar que el hecho de figurar las plantas astilladoras con otros proyectos de desarrollo o explotación forestales en suelos frágiles en terrenos cubiertos de bosque nativo, en la letra m) del artículo 10 de la Ley 19.300, son diferentes por cuanto el primero comprende la construcción y operación de una planta industrial elaboradora de paneles de tecnología OSB, el traslado de una planta de astillas que funciona en el camino Puerto Montt – Puerto Varas y la construcción de un puerto en la bahía de Ilque; en cambio, el proyecto de explotación forestal comprende corte y tala de árboles, plantaciones, reforestación, etc.”³⁵

Posteriormente, las decisiones adoptadas por el Estado de Chile en sede administrativa y jurisdiccional fueron denunciadas ante los órganos del Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile Canadá. En la respuesta del Estado de Chile a la petición formulada se dejó en claro la improcedencia de esa petición –muy similar a la planteada en el recurso de protección- la que se atribuye a *“una equivocada interpretación de la normativa legal aplicable, y, también, de una equivocada interpretación de los fundamentos de las resoluciones dictadas”*.

Como término de ese procedimiento se emitió una Determinación del Comité Conjunto Revisor de Peticiones en que se ratificó que lo obrado se ajustaba a la normativa ambiental nacional. En efecto, en la página 11 de dicha determinación, bajo el Título *“VI. DETERMINACION DEL COMITÉ”*, se lee:

“... a la luz de la respuesta de la Parte, es claro que la norma en que se funda esa afirmación no ha sido bien interpretada por las peticionarias y que el proyecto Cascada efectivamente fue considerado como un proyecto industrial y no forestal, por lo tanto, no corresponde que contenga una línea de base relativa al bosque nativo de la X Región”.

9.2 Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo.

³⁵ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, “Marcelo Castillo y Otros con Servicio de Evaluación Ambiental”, 2246-1999, 16 de agosto de 1999, considerando 21° (Tipologías de Proyectos e Ingreso al SEIA).

En el caso del Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo se presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol ingreso de Corte N° 851-2010. En el libelo los recurrentes alegaban que: *“no se incluyó la línea de transmisión en el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto, el cual no se abordó en conjunto, pues se dividió arbitrariamente”*.

Mediante sentencia firme de fecha 12 de julio de 2010, la ltima. Corte rechazó el recurso presentado y estableció la siguiente doctrina:

“13) Que, finalmente, por lo que se refiere a la llamada división arbitraria del Proyecto, consistente, en la práctica, en haberse aprobado lo pertinente a la generación de la energía, desligado de la distribución de ella o relegando para un estudio posterior este segundo ítem, debe señalarse que la Ley N°19.300 permite tal fraccionamiento, sobre la base de exigir para cada etapa el respectivo Estudio de Impacto Ambiental que sea pertinente, considerando cada vez las interrelaciones del caso (artículo 10 y 11 bis de esa norma, en relación con lo preceptuado por el artículo 1° de la Ley N° 20.417); lo que ha sido reconocido por la costumbre y por la jurisprudencia. A lo cual cabe agregar que no existe norma legal o reglamentaria que prohíba esta práctica, la que pueda explicarse, además, por la distinta dimensión o alcance de cada etapa y por el hecho de que pueden ellas estar a cargo de distintos responsables de ejecución, cada uno de los cuales debe presentar el respectivo Estudio y obtener su pertinente aprobación”.³⁶

Esta resolución de la Corte de Apelaciones no fue apelada.

9.3 Juicio declarativo de mera certeza “Dougnaç con Centrales de Aysén” (antes de la entrada en vigor del artículo 11 bis).

Otra sentencia de relevancia es aquella dictada con fecha 30 de junio de 2011 en la causa caratulada *“Dougnaç con Centrales Hidroeléctricas de Aysén”*, tramitada ante el 28° Juzgado Civil de Santiago bajo el rol N° 10107-2008. En esta oportunidad se presentó una acción declarativa solicitando al tribunal que dictaminase que el PHA deba ser

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, “Organización comunitaria coordinadora ciudadana no Alto Maipo/Comisión Nacional del Medio Ambiente (Conama)”, 851-2010, 12 de julio de 2010, considerando 13° (División de Proyectos).

evaluado ambientalmente de manera conjunta con la línea de transmisión. Con fecha 30 de junio de 2011 se dictó sentencia de primera instancia en el juicio la cual rechazó la demanda en todas sus partes.

Este fallo, que no fue apelado, cita textualmente el considerando 13° de la sentencia dictada en el recurso de Protección seguido en contra del Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo, reiterando el precedente que no existe la obligación legal de presentar a evaluación ambiental en forma conjunta los proyectos que implican tipologías de ingreso al SEIA de generación y transmisión de energía eléctrica.

9.4 El fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el caso del Proyecto Hidroeléctrico HidroAysén.

Por su parte, en el fallo que dictó la Iltrma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, respecto del Proyecto Hidroeléctrico Aysén, en sus considerandos 40° y 41° dispuso que:

“CUADRAGESIMO: Que si bien este tema ya fue resuelto por el 28° Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol 10.107-2008, en la que se presentó una acción declarativa de mera certeza, la sentencia no se encuentra ejecutoriada. Sin embargo existe un fallo ya ejecutoriado de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 851-2010, en el que no se objeta el procedimiento de fraccionamiento. Como podemos apreciar, se trata nuevamente de aspectos jurídicos que requieren de interpretación, no siendo entonces la vía del recurso de protección la adecuada para resolver esta materia. En consecuencia no hay derechos indubitados.

CUADRAGESIMO PRIMERO: Que por otra parte, el artículo 10 letra b) de la ley 19.300 se refiere a las líneas de transmisión eléctricas de alto voltaje y sus subestaciones. A la vez, la letra c) del mismo artículo habla de las centrales generadoras de energía mayores a 3MW, cuyo es el caso de autos, los cuales deben ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. No hay norma alguna que disponga que ambos proyectos o actividades deban ser evaluados en conjunto como uno solo, por lo que en la oportunidad que corresponda cada uno de ellos deberá someterse a evaluación...Por

*lo demás, existen antecedentes en el expediente que, proyectos como el que nos ocupa, han sido evaluados en forma absolutamente independiente a los de sus líneas de transmisión...”*³⁷

9.5 Fallo de la Excma. Corte Suprema en el caso HidroAysén³⁸.

La sentencia antes referida en la sección 9.4, fue confirmada por la Excma. Corte Suprema, con fecha cuatro de abril del año dos mil doce, la que señaló lo siguiente:

Vigésimo sexto: Que de la lectura del texto de la Ley N° 19.300 como de la Ley N° 20.417 no puede concluirse que el ordenamiento jurídico exija perentoriamente que ambos proyectos se presenten a evaluación en forma conjunta. Es más, lo que prohíbe el artículo 11 bis de la Ley 19.300, incorporado por la Ley 20.417, es que a sabiendas se fraccione un proyecto o actividad con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que no se advierte que en la especie haya ocurrido.

En efecto, en su oportunidad el titular del proyecto de líneas de transmisión deberá presentarlo a evaluación ambiental porque así lo exige el artículo 10 letra b) de la Ley 19.300, y específicamente a un Estudio de Impacto Ambiental en razón de lo expuesto en la letra e) del artículo 11 del texto citado.

Vigésimo séptimo: Que además, si como producto de la presentación y evaluación del proyecto de líneas de transmisión se verificare un efecto sinérgico en relación al proyecto

³⁷ Corte de Apelaciones, “Antonio Horvath Kiss y Otros/Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysen, 153-2011, 06 de octubre de 2011, considerandos 40° y 41° (Fraccionamiento de Proyectos).

³⁸ **Vigésimo quinto:** *Que, finalmente, otro de los aspectos controvertidos dice relación con la alegada fragmentación del proyecto.*

Se sostiene que Hidroaysén, desde el punto de vista de su desarrollo operacional, ha fragmentado las obras y actividades que componen el proyecto en dos subproyectos distintos: uno, el de las centrales y obras anexas; y otro, el de las líneas de transmisión. Se argumenta que es un hecho público y notorio la interdependencia de ambas obras, y que al someterlas a un estudio de impacto ambiental en forma separada se impide la determinación de los efectos sinérgicos de todos los agentes que componen el proyecto. Lo anterior permitió además alterar la competencia del órgano encargado de conocer del estudio de impacto ambiental, pues al presentarlo en forma separada el procedimiento se inició ante la COREMA de la XI Región de Aysén, en circunstancias que de haberse presentado correctamente en forma conjunta debió haber sido evaluado por la CONAMA, como organismo nacional y por expresa disposición de la ley, en atención a que el impacto recaería en siete regiones del país.

relativo a las centrales que no haya sido contemplado, puede procederse a la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental de este último, tal como lo permite el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 que faculta la revisión excepcional de oficio o a petición del titular o del directamente afectado cuando, ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones”³⁹.

9.6 Fallo de la Excma. Corte Suprema en el caso Castilla.

El criterio que se ha venido reseñando se modificó radicalmente en el caso conocido como Central Castilla (Rol N° 1960-2012), en que la Excma. Corte Suprema, refiriéndose a la segregación entre un proyecto de central termoeléctrica y un puerto, señaló:

“Vigésimo: Que conforme a lo dicho, si bien el proyecto o actividad de central generadora de energía y puerto están tratados en letras separadas de la norma, lo importante, es destacar que para el legislador esta clase de actividades deben someterse a evaluación, porque son susceptibles de causar impacto ambiental, es decir, una alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada, según reza la letra k) del artículo 2 de la Ley N° 19.300.

Vigésimo primero: Que de la lectura de los diversos artículos de la Ley N° 19.300 no se advierte la existencia de alguna norma que obligue al titular de un determinado proyecto que se relacione con otro, a presentarlos a evaluación en forma conjunta. Tal carencia, queda de manifiesto con las modificaciones introducidas por la Ley 20.417, que incorporó el artículo 11 bis, que dispuso la prohibición de fraccionar los proyectos o actividades, a sabiendas, con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental.

³⁹ Corte Suprema, “Antonio Horvath Kiss y Otros/Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysen, 10220-2011, 12 de julio de 2010, considerandos 25° y 26° (Fraccionamiento de Proyectos).

Vigésimo segundo: Que, sin embargo, la situación descrita no es la reprochada en autos, lo que aquí se cuestiona es que tanto el Proyecto Puerto como el Proyecto Central Termoeléctrica, son en realidad uno solo, y que la presentación a evaluación en forma separada, vulnera la ley”.⁴⁰

En este caso, aunque se suele citar y analizar para efectos de la materia que se analiza en esta AFET, en rigor la Corte Suprema no sanciona el fraccionamiento sino la falta de evaluación de uno de los aspectos del proyecto, esto es, el transporte del combustible entre puerto y central termoeléctrica. En consecuencia, la sentencia de Castilla en realidad pretende sancionar el no sometimiento al SEIA de una parte del proyecto y no la evaluación separada de dos actividades que se someten a la evaluación por dos literales distintos del artículo 10 LBGMA.

En este caso, se presentó un EIA para las centrales que componían el proyecto y un EIA para el puerto donde llegaría el carbón y petróleo, los cuales serían utilizados como insumos en la Central, dejando fuera de la evaluación ambiental, por una omisión, la conexión de la transferencia de carbón y petróleo que iría de una instalación a otra, con la justificación que estaría a cargo de terceros. Sin embargo, como se señala en el fallo de la Corte Suprema (Rol N° 1.960-2012), la vinculación entre ambos proyectos es evidente, toda vez que en el proyecto Puerto, se reconoce que ya existen precontratos con la Central Termoeléctrica y la existencia de la Central no es posible sin el Puerto, de lo contrario esta última no tiene forma de abastecerse y el puerto sin la central, no resultaba viable económicamente.

Vale recordar que en ese momento no existía normativa relacionada que mandate la obligación por parte del titular de un determinado proyecto que se relacione con otro, a presentarlos a evaluación en forma conjunta. Sin embargo, lo que estableció la Corte, es que aquellas actividades que son susceptibles de causar impacto ambiental, es decir, una alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada, deben ser sometidas a evaluación en su conjunto si

⁴⁰ Corte Suprema, “Manuel Luciano Rocco Hidalgo y otros contra Directora Regional (s) Servicio de Evaluación Ambiental e Intendente (s) III Región de Atacama”, 1960-2012, 28 de agosto de 2012, considerandos 20°, 21° y 22° (Fraccionamiento de Proyectos, Tipología de Proyectos).

así correspondiere, en el sentido que esto permitirá determinar en forma exacta el área de influencia total del proyecto, conocer los antecedentes para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental sinérgico y acumulativo que ambos proyectos producirían sobre el entorno y cada uno de sus componentes posibilitaría a la ciudadanía hacer uso correcto de los procedimientos de participación en la evaluación del proyecto y permite a la autoridad dar cabal cumplimiento al inciso final del artículo 16 de la Ley N° 19.300 que permite la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental si cumple con la normativa ambiental y, además se hace cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley 19.300.

9.7 Fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el Caso del Proyecto “Sierra Gorda”.

Durante el año 2013, se interpuso un recurso de protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta, porque se habrían dictado en forma arbitraria e ilegal las resoluciones exentas N° 177/2012, de fecha 6 de agosto de 2012, N° 186/2012, de fecha 20 de agosto de 2012, y N° 290/2012, de fecha 4 de diciembre de 2012, que calificaron favorablemente los proyectos “Recepción, acopio y embarque de cobre”, “Transporte ferroviario de concentrado de cobre” y “Actualización Proyecto Sierra Gorda”, respectivamente, pues se resolvieron a través de una simple declaración de impacto ambiental, en circunstancias que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, éstos requerían -a juicio de los recurrentes- en su conjunto de un Estudio de Impacto Ambiental, por guardar directa relación con el “Proyecto Sierra Gorda”⁴¹, presentado por Minera Cuadra Chile

⁴¹ El “Proyecto Sierra Gorda”, consiste en la explotación a rajo abierto de los rajos Catabela y Salvadora, cuyo producto será tratados para convertirse en concentrado de molibdeno y cobre, los que serán luego conducido a zonas de comercialización, el primero a través de camiones y/o ferrocarril, mientras que el concentrado de cobre, según el procedimiento original establecido, sería enviado a una planta de filtrado localizada en el barrio industrial de Mejillones, por medio de un “concentraducto” de aproximadamente 141 kilómetros, de sería filtrado para reducir su porcentaje de humedad y almacenado en una bodega de acopio para ser comercializado por vía marítima y siguiendo este mismo trazado se construiría una tubería que transportaría el agua de mar que sería utilizada para el proceso minero. Sin embargo, con fecha 4 de diciembre de 2012, mediante resolución N° 290/2012, que califica favorablemente el proyecto “Actualización Proyecto Sierra Gorda”, se eliminó la construcción del concentraducto y se estableció que se construiría un tramo de 10,5 kilómetros de vía férrea para conectarse al trazado de las instalaciones del Ferrocarril Antofagasta-Bolivia para transportar el concentrado de cobre y molibdeno hasta los puertos de la Región de Antofagasta.

Ltda., que fue calificado favorablemente por la resolución exenta N° 126/2011, luego de haber sido ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental precisamente a través de un Estudio de Impacto Ambiental.

Si bien los recurrentes efectuaron una serie de alegaciones en torno a la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre contaminación y a la violación del principio preventivo ambiental, en lo que interesa al fraccionamiento de proyectos, se señaló que:

“La línea de base es sustancial porque se trata de fijar un sector geográfico determinado para poder medir este conjunto de actividades que llevan a un solo objetivo, desde la recuperación del material o concentrado, acopio, transporte o embarque, puede concluirse que se trata de la misma actividad en términos de la explotación de un sector geográfico de aprovechamiento de recursos naturales, de manera que para el medio ambiente interesa la visión sistémica que incluye el control y manejo del concentrado de cobre en mayores cantidades de las que el Puerto de Antofagasta ya cubre, deterioro en el valor paisajístico, congestión al incorporar un número de camiones indeterminado y transporte de Ferrocarril que desde ya corta o divide la ciudad y genera enormes atochamientos con su traspaso, quizás era justamente este proyecto el que buscando la mitigación podría dar una solución integral a problemas de tráfico en Antofagasta; son todas estas cuestiones de conocimiento público que de acuerdo a la ley y al principio participativo, exige incluir estamentos representativos de la sociedad civil y escuchar a toda la Comunidad que pueda verse afectada a propósito justamente de la exigencia de publicidad que tiene el Estudio Impacto Ambiental, es por ello, que al prescindir de estos requisitos o presupuestos esenciales, se ha dejado a la comunidad de Antofagasta representada por sus distintos estamentos civiles completamente en la indefensión y se ha desconocido la intención fundamental de la legislación ambiental, en cuanto todo estudio de impacto ambiental debe de incluir antecedentes fundados que describa las acciones para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos, y que en un principio, así lo hizo explicando que el producto sería transportado en un ducto desde la Minera Sierra Gorda de dicha Comuna a Mejillones, donde quedaría en un acopio y de allí en correas transportadores herméticas ingresaría a los barcos, situación

completamente distinta a la modificación del proyecto porque ahora utiliza una nueva comuna con un puerto distinto, bajo un procedimiento muy diferente que implica necesaria y lógicamente afectación al medio ambiente en todo orden de cosas, desde que incorpora un tren, una cantidad importante de carros diariamente y que incluso en su reemplazo equivale a cincuenta y siete camiones diarios, sin perjuicio de la declaración de impacto ambiental que refiere la explicación de los camiones y estudia la congestión que se produciría y que propone cambios de rutas, pero que en resultado final, de una lógica mínima y criterios básicos, incrementa ostensiblemente el tráfico en la ciudad, lo que se obtiene de los mismos documentos acompañados por los recorridos. **Son todos estos aspectos lo que la legislación ambiental ha sistematizado a partir a la Ley 19.300 y su modificación con la Ley 20.417, que incluso se puso en la situación de que varias declaraciones de impacto ambiental obvian un estudio, que no es el caso, por lo tanto, no se trata de un fraccionamiento en los términos del artículo 11 bis, sino de entender esencialmente cuáles son los límites del estudio de impacto ambiental.** Límites entregados por el legislador y que están directamente relacionados con el objetivo perseguido y que no es más que la exigencia de una línea de base para considerar un ecosistema determinado en términos no sólo de contaminación atmosférica, polución por concentrado de cobre o manejo de sustancias que pudieren causar algún perjuicio a la población, sino también desde un punto de vista holístico, que requiere aspectos urbanísticos, paisajísticos y especialmente una calidad de vida que debe tener toda ciudad que nace y se crea como consecuencia de las explotaciones mineras, cuyo desarrollo económico debe tener un marco mínimo, que ya lo dijo en el mensaje presidencial, el respeto de los instrumentos básicos para lograr la sustentabilidad del desarrollo”.⁴²

El fallo de la Corte Suprema (Rol N° 6590-2014), que revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, no se pronunció respecto de las alegaciones relativas al fraccionamiento de Proyectos.

⁴² Corte de Apelaciones de Antofagasta, “Paulina Nuñez Urrutia y Emile Ugarte Sironvalle contra Comisión Regional del Medio Ambiente”, 1837-2013, 26 de febrero de 2014, considerando 17° (Fraccionamiento de Proyectos, Tipología de Proyectos, artículo 11 bis).

9.8 Fallo en el caso del Proyecto “Piques y Galerías de la Línea 6” del Metro S.A.”, Corte de Apelaciones de Santiago.

La sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago -dictada a propósito del caso del Proyecto “Piques y Galerías de la Línea 6” del Metro S.A. (Rol N° 35.693-2012, Sentencia de 02 de abril de 2013)- rechazó las protecciones impetradas en contra de la resolución de calificación ambiental favorable de dicho proyecto por cuanto, en concepto de la Ilustrísima Corte, no existió bajo ningún supuesto un fraccionamiento de proyectos en los términos del art. 11 bis de la Ley N° 19.300.

Así, sostiene la Corte que (Considerando 9°):

“Luego, se exige, en primer término, que el titular “a sabiendas” fraccione su proyecto para variar el instrumento de evaluación, o sea, que le permita evitar el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental o someterse a una DIA en vez de a una EIA, es decir, debe constar que Metro S.A. ha obrado dolosamente, de mala fe, al fraccionar su proyecto, lo cual no está demostrado ni en este procedimiento ni en ningún otro. Pero, (...) parece lógico que la construcción de una línea subterránea de Metro (que, dicho sea de paso, está destinada al transporte público por un medio que no genera contaminación y reduce el número de microbuses en las calles, o sea, se trata precisamente de descontaminar el aire de la ciudad y descongestionar las calles), se fraccione en Etapas, pues será necesario hacer los “piques” y las “galerías” para así construir los túneles y las estaciones, cumpliendo la CEAM con la ley 19.300 y con lo reglamentado en el D.S. N° 95 de 2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia...”⁴³

Esta sentencia fue confirmada por la Excma. Corte Suprema mediante fallo en causa Rol 3014-2013.

⁴³ Corte de Apelaciones de Santiago, “Errazuriz Guilisasti Josefa y Otros/Secretario Ejecutivo Consejo de Monumentos Nacionales, Emilio de la Cerda Errazuriz y otro Corte de Apelaciones de Antofagasta”, 35693-2012, 02 de abril de 2013, considerando 9° (Fraccionamiento de Proyectos, Tipología de Proyectos, artículo 11 bis).

9.9 Fallo del Segundo Tribunal Ambiental en el caso del “Proyecto Santiago Downtown”, Rol R-15-2013.

La SMA realizó un requerimiento de ingreso al SEIA a la empresa Inmobiliaria Alameda S.A. por la construcción, en etapas según el titular, de 7 edificios en la comuna de Santiago.

La SMA señaló que tanto las actividades de fiscalización realizadas por ella como el informe del SEA, concluyeron que el proyecto cumplía con los requisitos legales para ingresar como un solo proyecto al SEIA, en atención a que el número de estacionamiento de los edificios N° 1,2,3,4 y 7 se encuentran conectados mediante servidumbre de tránsito, sumando un total de 1.432 estacionamientos, superando el umbral definido en el literal h.1.4 del artículo 4 del Reglamento del SEIA. Por otra parte, la SMA agrega que los edificios N° 5 y 6 tienen un destino habitacional y juntos suman un total de 534 viviendas, superando el umbral establecido en el literal h.1.3 del artículo 3 del Reglamento del SEIA y, por último, porque los edificios N° 1,2,3,4 y 7 tienen como destino equipamiento y su carga ocupacional total es de 9.326 personas, superando el umbral utilizado por el literal h.1.4 del artículo 3 del citado Reglamento.

Finalmente, el Tribunal Ambiental no se pronunció sobre el fondo del “fraccionamiento” o sus requisitos, pero si estableció la forma de proceder que debe seguir la SMA, en cuanto a los requerimientos de ingreso en sus considerandos 13° a 18°, que se reproduce a continuación:

“Decimotercero. Que, en el caso de autos, si la Superintendencia concluyó conforme a los antecedentes aportados en las denuncias del Señor Espínola González, el Informe de Fiscalización y el informe evacuado por la Dirección Ejecutiva del SEA, que Inmobiliaria Alameda 2001 S.A. debía ingresar su proyecto “Santiago Downtown” al SEIA, lo que estaba haciendo era constatar un eventual caso de “elusión”, y como consecuencia de ello, debió iniciar un proceso administrativo sancionador. A esta actuación, tal como lo señaló este Tribunal en la citada sentencia Rol R N° 14-2013, “podrá sumarse, discrecionalmente, la atribución contemplada en la letra i) del artículo

3°, es decir, requerir el ingreso al SEIA. Y si fuera del caso que el titular del proyecto incumple luego dicho requerimiento, se verificaría otra infracción, contemplada en la parte final del mismo artículo 35, letra b) [...]”. Es decir, una vez determinado que ciertos hechos han sido acreditados en un procedimiento idóneo y que constituyen una infracción, la SMA podrá - recién en ese momento- requerir el ingreso al SEIA del proyecto en cuestión, requerimiento que de ser incumplido, constituirá una nueva infracción, esta vez la tipificada en la segunda parte de la letra b) del artículo 35 de la LOSMA, a saber: “Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: [...] b) [...]el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j) y k) del artículo 3°”.

Decimocuarto. Que de haber iniciado la SMA –como correspondía- un proceso administrativo sancionador, todo el cuestionamiento al debido proceso realizado por el reclamante por no haber sido debidamente emplazado y por habersele privado de ejercer su derecho a defensa no se hubiese presentado. Por lo demás, todas las alegaciones destinadas a descartar la elusión por parte del reclamante, se habrían realizado en dicho proceso. En efecto, es en el procedimiento administrativo sancionador donde se debe discutir si las obras o actividades realizadas tienen o no la obligación de ingresar al SEIA. Por lo tanto, la discusión trabada entre las partes respecto a si era necesario reconocer la existencia de un procedimiento administrativo no sancionatorio estructurado en la Ley N° 19.880, o si se debía emplazar o no al titular del proyecto, queda zanjado con la necesidad de iniciar un proceso administrativo sancionador cada vez que la SMA tenga antecedentes que permitan sostener que un titular de proyecto no ha ingresado al SEIA, debiendo hacerlo.

Decimoquinto. Que lo anterior no puede ser de otro modo, pues tanto el requerimiento de ingreso como el inicio del procedimiento sancionatorio por la infracción contenida en el artículo 35 letra b), tienen su fundamento en el mismo hecho, esto es, que existan antecedentes de que el titular del proyecto no ingresó su proyecto debiendo hacerlo. En este sentido, la diferencia planteada por la SMA, en cuanto a que el requerimiento de ingreso se limita a constatar un hecho que infringe el ordenamiento jurídico ambiental, “es decir, constata la existencia de un proyecto que eludió el SEIA, sin que ello implique

un reproche de culpabilidad, ya que esto último recién se verificaría cuando posteriormente, en virtud de la potestad sancionatoria de la SMA, se formulen cargos al regulado por haber cometido la infracción tipificada en el artículo 35 letra b) de la LOSMA”, no es correcta. En efecto, y como se señaló precedentemente, la infracción del artículo 35 letra b) es de carácter formal, por lo que el reproche de culpabilidad no es el centro de la discusión dentro del proceso sancionatorio, quedando ésta relegada a un criterio específico en el artículo 40 de la LOSMA para determinar la sanción a imponer. Por el contrario, lo fundamental dentro del tipo infraccional del artículo 35 letra b), es no contar con una RCA debiendo tenerla, siendo en definitiva, la discusión sobre la existencia de la obligación de entrar al SEIA, lo relevante para acreditar la concurrencia de la infracción, cuestión que requiere establecer hechos y calificarlos jurídicamente. Por lo tanto, no resulta posible “constatar” que un proyecto eludió el ingreso al SEIA, si no es mediante un procedimiento sancionatorio previo que de por establecidos hechos que generen una obligación de hacerlo.

Decimosexto. Que, el hecho de realizar un proceso administrativo sancionador como trámite previo al requerimiento de ingreso, evita la pluralidad de procesos sobre cuestiones similares y el pronunciamiento anticipado respecto a si un proyecto debe o no ingresar al SEIA. En caso contrario, se podrían presentar situaciones -como la de autos- en que el Tribunal resolviendo una reclamación en contra de un requerimiento de ingreso, esté anticipando un juicio respecto de una situación jurídica que -eventualmente- tendrá que conocer nuevamente en la reclamación en contra de la resolución que pone fin al proceso administrativo sancionador. Lo anterior se puede complicar aún más, en caso de presentarse sentencias contradictorias, todo lo cual lleva a concluir que lo correcto es discutir lo relativo a la obligación de ingreso dentro del procedimiento que la propia ley ha previsto para ello.

Decimoséptimo. Que lo anterior no implica afectar la facultad que el artículo 3° letra i) de la LOSMA entrega a la SMA, por cuanto lo señalado precedentemente sólo implica precisar la oportunidad para ejercerla. Así, una vez finalizado el respectivo proceso administrativo sancionador -el que permite al infractor controvertir los cargos y a la autoridad administrativa determinar, de acuerdo con la sana crítica y respetando el debido proceso, si hubo o no incumplimiento a la obligación de ingresar al SEIA- la

autoridad administrativa podrá hacer uso de la citada facultad para requerir el ingreso del respectivo proyecto.

Decimoctavo. Que, en consideración a lo anterior, conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que la misma SMA ha expuesto en autos, ésta deberá iniciar un proceso administrativo sancionador para determinar si Inmobiliaria Alameda 2001 S.A. debió o no ingresar su proyecto “Santiago Downtown” al SEIA, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la LOSMA. Por tanto, este Tribunal no se pronunciará sobre los demás puntos de la reclamación, los que deberán ser discutidos primeramente en dicho proceso”.⁴⁴

9.10 Fallo del Tercer Tribunal Ambiental en el caso del “Proyecto Ampliación Minicentral Hidroeléctrica Las Flores”, Rol R-78-2018.

En el caso de este Proyecto se presentó una DIA fundada en una consulta de pertinencia realizada al SEA y que modifica un proyecto (ampliación la cada de máquinas e instalar una turbina similar adicional a la ya instalada en el proyecto original), donde este Servicio le responde que, dada las características presentadas por el proponente, no era necesario someter el proyecto a evaluación ambiental (minicentral hidroeléctrica de 2 MW). A este respecto las comunidades indígenas cercanas reclaman (Reclamación N°19-11-2018), contra la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos y entre otros argumentos, que ambos proyectos corresponden sólo a uno, y por lo tanto, el Titular los habría fraccionado para variar el instrumento de evaluación, evitando hacerse cargo de la suma de impactos que podrían producir ambos proyectos, vulnerando lo dispuesto en los artículos 11 ter, 14 ter y 18 bis de la Ley 19.300, así como los artículos 3° inc. 2° y 5° inc. 2° de la Ley 18.575 (Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), y en el artículo 37° bis de la Ley 19.880 (Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado), frente a lo que el Tercer Tribunal Ambiental,

⁴⁴Segundo Tribunal Ambiental, “Inmobiliaria Alameda 2001 S.A./ Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N°946, de 06 de septiembre 2013)”, 15-2013, 22 de mayo de 2014, considerando 13° a 18° (Fraccionamiento de Proyectos, Requerimiento de Ingreso, inicio de procedimiento sancionatorio).

mediante la sentencia definitiva (R-78-2018), decide anular la RCA N°60/2018 que calificó ambientalmente favorable la DIA antes indicada, debiendo entonces reingresar al SEIA considerando ambos proyectos (incluyendo el asociado a la consulta de pertinencia).

En este caso, se observa cómo no sólo se entrega la responsabilidad de fraccionamiento de proyecto al titular o proponente de éste, sino también al órgano competente (SEA) que posee las facultades para realizar el primer filtro que pone término anticipado de un proyecto que debió ingresar al SEIA bajo otra modalidad o instrumento ambiental. Estas facultades quedan determinadas en el artículo 15 bis de la Ley 19.300 y artículo 18 bis, ambos relacionados con el término anticipado de un EIA y una DIA, respectivamente, por falta de Información Relevante y Esencial (IRE), el artículo 3° inciso 2° de la Ley N° 18.575 previamente referido y por supuesto, el literal j) del artículo 2° de la Ley 19.300 que entrega una definición para la evaluación de impacto ambiental,

Lo antes mencionado, queda de manifiesto en el punto vigésimo primero de la sentencia del Tercer Tribunal en comento, frente al rol del SEA en el fraccionamiento de proyectos, indicando que *la competencia del SEA constituye una mirada desde la eficiencia, eficacia y coordinación entre los diferentes procedimientos administrativos que operan en materia ambiental, directrices que el SEA, como órgano de la Administración del Estado, está obligado a observar en su actuar y en sus relaciones con los demás órganos, tal como establece el art. 3 inciso 2° de la Ley N° 18575, y asimismo, (...) no es razonable que en el contexto de la evaluación ambiental asuma un rol pasivo al momento de verificar si el proyecto evaluado se encuentra fraccionado (considerando vigésimo segundo de la misma resolución)*⁴⁵.

Este rol pasivo que señala el Tercer Tribunal Ambiental se refiere en virtud de que el SEA es el encargado de administrar el SEIA, el principal instrumento de gestión ambiental de carácter preventivo y predictivo frente a la evaluación de impacto ambiental de proyectos que pudiesen causar efectos negativos sobre el medioambiente. Así, el

⁴⁵ Tercer Tribunal Ambiental, "Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos", 78-2018, 07 de junio de 2019, considerandos 20° y 21° (Fraccionamiento de Proyectos, Requerimiento de Ingreso, Rol del Servicio de Evaluación Ambiental en detectar fraccionamiento).

SEA es el órgano idóneo para determinar el potencial fraccionamiento de proyecto en la hipótesis que tiene por finalidad variar el instrumento de evaluación, toda vez que es el ente técnico y especializado del sistema preventivo ambiental, cuya función principal consiste en evaluar que los impactos de los proyectos presentados tanto por vía de un EIA como de una DIA, se ajusten a la legalidad y cumplan con la normativa ambiental en todas sus etapas, incluyendo a aquellos proyectos que son una modificación de otro; además de cerciorarse que los proponentes evalúen tanto los impactos del proyecto original como los que se producen o modifican con el nuevo proyecto.

Al respecto, se han ejecutado proyectos o actividades en función de la respuesta que el SEA emita, que tal como se dijo anteriormente, son antecedentes proporcionados por el proponente y que de cierta forma no podrían ser puesto en dudas por el Director Ejecutivo o Regional. Sin embargo, en este sentido existe jurisprudencia que deja de manifiesto claramente que la respuesta que emana de una consulta de pertinencia no posee una vinculación jurídica para posteriores fiscalizaciones por parte de la SMA, en el entendido que este órgano también es el competente para compeler al titular de un proyecto para que se someta al Servicio de Evaluación Ambiental, tal como se señala en el fallo de la Corte Suprema N°165-201737 caratulado como “Comunidad Agrícola Potrerillos Alto con Servicio Nacional de Geología y Minería y otros”⁴⁶, así como en la Sentencia del Primer Tribunal Ambiental frente a la Reclamación R-14-2018⁴⁷ y en la sentencia R-135-2016 del Segundo Tribunal Ambiental⁴⁸.

⁴⁶ Asociado a los proyectos "Planta de Sulfuros Cobre Norte Chico Potrerillos" y el "Proyecto de Depósito de Relaves Planta Esperanza".

⁴⁷ Habitantes de la comuna Sierra Gorda, presentaron solicitud de invalidación en contra de la R.E. N°107/2018 del SEA sobre Consulta pertinencia del proyecto "sector A: Mejoramiento y Ampliación Segunda Calzada Ruta 25 Tramo Enlace Carmen Alto-Calama".

⁴⁸ Asociado al proyecto "Cambios al Proyecto de Modificación Sistema de Manejo de Aguas de Contacto del Depósito de Lastre Norte".

9.11 Fallo Segundo Tribunal Ambiental en caso Inmobiliaria Macul S.A., Rol R-192-2018.

El Segundo Tribunal Ambiental acogió una reclamación presentada por Inmobiliaria Macul S.A. en contra de la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), mediante la cual se le impuso a la empresa una multa de 318 UTA por un supuesto fraccionamiento de proyecto inmobiliario en la comuna de Peñalolén⁴⁹.

En su análisis el Tribunal determinó que la resolución sancionatoria de la SMA no se encuentra debidamente motivada respecto de los elementos que configurarían el fraccionamiento del proyecto inmobiliario, específicamente en lo que se refiere a la unidad de proyecto y la intencionalidad, “ilegalidad que solo puede ser corregida mediante la nulidad de la Resolución Exenta N° 775/2018”.

Así, respecto a la unidad de proyecto, el Tribunal Ambiental concluye *“que los elementos esgrimidos por la SMA, analizados en su conjunto, no son concluyentes para determinar que existe unidad de proyecto, supuesto necesario para que se configure la conducta típica regulada en el artículo 11 bis de la Ley N° 19.300. Por consiguiente, no habiendo nada que fraccionar, no puede existir división de proyecto, así como tampoco un proyecto por etapas, pues este corresponde a “una excepción, consistente en una especie de excusa legal absoluta” (...). En consecuencia, al no acreditarse la unidad de proyecto, forzoso es concluir que los proyectos a desarrollarse en los lotes 4H1, 4H2 y 4R, son independientes entre sí, y no forman parte de un solo proyecto de 13,9 hectáreas, motivo por el cual la alegación de la parte reclamante a este respecto debe ser acogida”*⁵⁰.

⁴⁹ Tiene como origen una denuncia de la Junta de Vecinos de la Comunidad Ecológica de Peñalolén contra las inmobiliarias Pocuro Ltda. y Macul Ltda. por una eventual elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) del proyecto inmobiliario “Condominio El Camino Antupirén Alto” a desarrollarse en el lote 4R; “Las Pircas Norte”, a desarrollarse en el lote 4H1; y “Condominio El Pórtico Las Pircas Norte”; generándose un supuesto fraccionamiento de un solo proyecto inmobiliario.

⁵⁰ Segundo Tribunal Ambiental, “Inmobiliaria Macul S.A./Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N° 775 de 28 de junio de 2018)” 192-2018, 14 de enero de 2021, considerando 31° (Unidad de proyecto, fraccionamiento).

Por su, parte, en cuanto a la intencionalidad, detalla que al momento de presentar las solicitudes de permisos de edificación del proyecto, se encontraba vigente el artículo 3° letra h.1.4 del Reglamento del SEIA, el cual exceptuaba de ingresar al SEIA a los *“proyectos inmobiliarios a desarrollarse en aquellas zonas declaradas latentes o saturadas, que cuenten con un Plan de Prevención o Descontaminación vigente, dictado de acuerdo al artículo 44 de la Ley y se permita el desarrollo de proyectos inmobiliarios en un Instrumento de Planificación Territorial aprobado ambientalmente conforme a la ley”*.

“(Lo anterior) permite inferir que, al momento de la supuesta división de proyecto, Inmobiliaria Macul no podía menos que saber -dado el carácter de sujeto calificado que le asiste- el tenor y el alcance de la excepción contenida en el citado reglamento. Por consiguiente, de haber existido división, esta no pudo llevarse a cabo con la intención de eludir el SEIA, pues en ese momento era conocido que, aun cuando los tres lotes conformaran un solo proyecto, no existía obligación de ingresar este al SEIA. Lo anterior, impide configurar el tipo subjetivo del fraccionamiento, a saber: dividir un proyecto, a sabiendas de que se está eludiendo el SEIA. Por último, el hecho que con posterioridad a la “división de proyecto” se haya reestablecido la exigencia de ingreso al sistema de evaluación, podría llevarnos al ámbito de lo que se ha denominado dolo subsequens, el cual no es admisible bajo la exigencia de juzgar dolosa o culpablemente una acción al momento de cometerse un delito o una infracción”⁵¹.

Finalmente, la sentencia establece que la SMA dicte una nueva resolución, absolviendo a la empresa y dejando sin efecto la resolución reclamada.

⁵¹ Segundo Tribunal Ambiental, “Inmobiliaria Macul S.A./Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N° 775 de 28 de junio de 2018)” 192-2018, 14 de enero de 2021, considerando 39° (dolo especial, a sabiendas).

9.12 Fallo del Primer Tribunal Ambiental en el caso denominado Hacienda Batuco

Este caso se inicia el 19 de Julio de 2013, cuando la SMA recibió la denuncia realizada por el Condominio Los Cántaros de Batuco, en contra de Inmobiliaria Ciudad Batuco S.A., que indica que estaría tramitando, a través de un tercero, Aguas Santiago Norte S.A., un proyecto llamado “Planta de Tratamiento de Agua Potable y Planta de Tratamiento de Aguas Servidas Hacienda de Batuco” y planteando que el proyecto inmobiliario debió haberse sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEAI).

El 10 de junio de 2015, la SMA inició procedimiento sancionatorio y formuló cargo a las nueve empresas antes citadas por fraccionamiento del proyecto inmobiliario Hacienda Batuco (Res. Ex. N°1/Rol D-23-2015).

Es relevante indicar que la formulación de cargos fue por fraccionamiento de proyectos en la hipótesis de elusión, no obstante no ejerció la facultad establecida en el artículo 3 letra k) de la Ley Orgánica de la SMA, de obligar a los proponentes a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo.

El año 2015 las empresas presentaron en forma conjunta un programa de cumplimiento, el que fue aprobado -el 23 de julio- por la SMA, suspendiendo el procedimiento sancionatorio. En términos generales, debían obtener una RCA en el plazo de 18 meses desde la fecha de su aprobación y suspender la ejecución de las obras, salvo las asociadas a terminar 214 viviendas sociales.

Posteriormente, el 2018, la SMA declaró incumplido el programa, reanudando el procedimiento sancionatorio (Res. Ex. N°7/ Rol D-23-2015), a lo que las empresas presentaron un recurso de reposición ante la SMA, el cual fue rechazado. Las 9 empresas ingresaron al Tribunal Ambiental reclamación en contra de la resolución que

rechazó la reposición dando origen a una sentencia⁵² que resolvió acoger las reclamaciones por contener los actos reclamados vicios de legalidad por error en la debida motivación, de carácter esencial, en cuanto al incumplimiento del programa.

10 Opinión del Servicio de Evaluación Ambiental sobre la aplicación del artículo 11 bis de la Ley 19.300.

Con fecha 11 de abril de 2011 se formuló la consulta N° 489/2011 ante la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, respecto del alcance de la obligación de no fraccionar un proyecto que ingresa al SEIA contemplada en el artículo 11 bis de la Ley N° 19.300. A continuación, se expone la respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental:

“Respecto de la misma, le informamos que, en efecto, el artículo 11 bis de la Ley N° 19.300 establece la prohibición de fraccionar a sabiendas un proyecto o actividad con el fin de alterar la vía de evaluación o eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), y luego contempla, a primera vista, una excepción: que se acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas.

Dicha hipótesis no constituye en sentido estricto una excepción, sino más bien la base de una presunción, cual es que, en el caso en concreto, no se verifique el fraccionamiento prohibido por la ley. En otras palabras, en aquellos casos en que se acredite que un proyecto o actividad determinado se realizará por etapas, la autoridad ambiental es llamada a presumir que no existe la intención razonada de incurrir en la conducta prohibida.

⁵² Primer Tribunal Ambiental, “Aconcagua S.A. y otros/ Superintendencia del Medio Ambiente (Res.ex. N° 9/ Rol D-23-2015 de 3 de abril de 2019) R-207-2019, 03 de febrero de 2021, resuelvo 1° (vicio de legalidad).

En cuanto a qué se entiende por “proyecto que se ejecuta por etapas”, en términos generales es posible señalar que se trata de proyectos que, en su diseño o concepción, consideran factores actualmente impredecibles y de los cuales depende su desarrollo en el tiempo.

Respecto a su otra inquietud, cómo y cuándo el proponente acredita el supuesto descrito en la norma, corresponde distinguir dos situaciones: a) Fraccionamiento que varía el instrumento de evaluación, y b) Fraccionamiento que elude el ingreso al SEIA.

En el primer caso –que consiste en someter a evaluación ambiental un proyecto o actividad a través de una Declaración de Impacto Ambiental, en circunstancias que, considerado en su integridad, tal proyecto o actividad debe ingresar al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental–, la presentación que se someta al SEIA deberá señalar expresamente que el proyecto o actividad se desarrollará por etapas y deberá incluir una descripción de las mismas, indicando para cada una de ellas el objetivo y las razones o circunstancias de que dependen. La elaboración de lineamientos más precisos para estos efectos corresponderá a la Superintendencia del Medio Ambiente. En todo caso, se aclara que lo anterior no obsta la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 ter de la Ley, esto es, que la evaluación ambiental de los proyectos considerará la suma de los impactos de proyectos.

Respecto al segundo caso –fraccionamiento destinado a eludir el ingreso al SEIA–, este Servicio no tiene competencia, pues la hipótesis se refiere a proyectos o actividades que no ingresan al SEIA. Nuevamente, será la Superintendencia el órgano competente para fijar criterios sobre la materia”.

11 Opinión de la Superintendencia del Medio Ambiente sobre el artículo 11 bis de la Ley 19.300

El 11 de agosto de 2020, la Superintendencia del Medio Ambiente emitió el Memorándum 93/2020⁵³ en que establece su opinión sobre las hipótesis de Fraccionamiento de Proyectos, para ser considerada en los procesos de fiscalización.

A continuación se presenta un resumen -de elaboración propia- con los principales aspectos que la SMA declara en dicho documento.

1. Hipótesis 1: Fraccionar para eludir el ingreso al SEIA

Esta hipótesis se refiere a los casos en que un proyecto se divide en partes o etapas, para que estas partes o etapas, o algunas de ellas, no configuren la tipología de ingreso al SEIA que correspondería en caso de no haberse dividido. Es decir, el proyecto se fragmenta en forma tal, que las partes o etapas del mismo (todas o alguna(s) de ellas), no se enmarcan en ninguna de las descripciones de los literales del artículo 10 de la Ley N°19.300, desarrolladas en el artículo 3° del Reglamento del SEIA.

Para el análisis de esta hipótesis, es relevante considerar los antecedentes de hecho en relación con el proyecto (a la luz de las denuncias e inspecciones in situ y de gabinete), así como todas las eventuales consultas de pertinencia de ingreso al SEIA que puedan estar vinculadas al proyecto investigado.

También deben considerarse otros ingresos al SEIA como DIA de alguna parte del proyecto, y no del todo.

En esta hipótesis, pueden presentarse los siguientes escenarios:

-División de un proyecto o actividad que debe ingresar al SEIA, en dos o más proyectos que individualmente no configuran ninguna tipología de ingreso al SEIA.

-División de un proyecto o actividad que debe ingresar como una sola DIA o EIA, en dos o más proyectos: una parte que ingresa como DIA o EIA, y otra(s) parte(s) que

⁵³ CHILE. Superintendencia del Medio Ambiente. 2020. Memorándum N° 93: Entrega recomendaciones e instrucciones para la consideración del fraccionamiento de proyectos en la elaboración de informes de fiscalización, agosto 2020.

independientemente, todas o alguna, no configura(n) ninguna tipología de ingreso al SEIA.

2. Hipótesis 2: División para variar la forma de ingreso al SEIA

Esta hipótesis se refiere a los casos en que un proyecto se divide en partes o etapas, para que estas partes o etapas, o algunas de ellas, no revelen la configuración de impactos significativos que gatillarían la presentación de un EIA, y que se revelarían en caso de no haberse dividido. Es decir, el proyecto se fragmenta en forma tal, que las partes o etapas de este (todas o alguna(s) de ellas), no revelan la configuración de ninguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N°19.300.

Para el análisis de esta hipótesis, nuevamente es relevante considerar los antecedentes de hecho en relación con el proyecto (a la luz de las denuncias e inspecciones in situ y de gabinete), así como todas las eventuales consultas de pertinencia de ingreso al SEIA que puedan estar vinculadas al proyecto investigado. Se deben considerar también otros ingresos al SEIA como DIA de alguna parte del proyecto y no del todo.

Ahora bien, en esta hipótesis es esencial explicar claramente de qué manera la consideración conjunta de las partes o etapas divididas, implicarían un cambio en la vía de evaluación. Es decir, se deben identificar aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N°19.300, desarrollados en los artículos 5 a 10 del RSEIA, no evaluados o evaluados deficientemente, gracias a la fragmentación.

En esta hipótesis, pueden presentarse los siguientes escenarios:

-División de un proyecto o actividad que debe ingresar como un EIA, en dos o más proyectos que individualmente ingresan como DIAs.

-División de un proyecto o actividad que debe ingresar como una EIA, en dos o más proyectos: una parte que ingresa como DIA y otra(s) parte(s) que independientemente, todas o alguna, no configura(n) ninguna tipología de ingreso al SEIA.

Por su parte, en cuanto a los elementos que lo configuran, en resumen, identifica los 3 siguientes:

1. Elemento 1 (de carácter objetivo): Fragmentación o división de un proyecto

El primer elemento es determinar si existe una unidad entre los proyectos o actividades, que ha sido omitida o fracturada.

Señala la SMA que son indicios de la “unidad de proyecto”, entre otras, circunstancias tales como:

-Misma titularidad, o titularidad de empresas relacionadas (mismos accionistas, mismo representante legal, misma empresa madre) para los permisos de los proyectos o en los proyectos propiamente tales, así como en la propiedad de terrenos en los cuales se emplazan.

-Compartir estructuras físicas o territoriales, como por ejemplo vías de acceso, estructuras de transporte o conexión, continuidad operativa, instalaciones de faenas, etc.

-Estructuras o insumos comunes, o interdependencia técnica o económica de proyectos, tales como equipos o infraestructuras construidas o insumos elaborados en una etapa, que son condición para la existencia de la otra (por ejemplo, embalses en relación con centrales hidroeléctricas y éstas a su vez con las líneas de transmisión; obras de manejo de aguas lluvias en relación con proyectos inmobiliarios; etc.).

-Tiempos simultáneos de ejecución de los proyectos.

-Tramitación administrativa o antecedentes formales que dan cuenta de la singularidad del proyecto en número o calidad, como la tramitación conjunta o asociada de algunas de sus partes ante diferentes instancias, o el aviso a la autoridad de la ejecución simultánea de las partes.

-Generación de impactos sinérgicos entre los proyectos o actividades divididas, cuya consideración separada, no permitiría evaluar.

Con todo, aclara que la sola concurrencia de una o más de estas circunstancias no significa que exista fraccionamiento. La fragmentación debe analizarse a la luz del contexto específico y de la naturaleza del proyecto o actividad.

2. Elemento 2 (finalidad): Fin de eludir el ingreso al SEIA o variar el instrumento de ingreso

Señala la SMA que el objetivo del artículo 11 bis no es castigar la mera división de proyectos, sino el uso abusivo de la planificación para generar un escenario en que los proyectos o algunas de sus partes (i) no se evalúen o (ii) no se evalúen sus impactos como conjunto.

En ese sentido, para que exista la figura del fraccionamiento, la división debe efectivamente generar ese escenario, que permite (i) eludir definitivamente el ingreso al SEIA de un proyecto o una de sus partes o (ii) variar la vía de ingreso. Es decir, la conducta debe ser idónea para uno de estos dos fines.

Se debe corroborar que con la división se evita definitivamente (i) el ingreso al SEIA del o de los proyectos o alguna(s) de sus partes o (ii) la evaluación de impactos significativos del proyecto global.

Agrega que la elusión o variación sólo se generaría, por ejemplo, en relación con etapas siguientes del proyecto, no será posible sostener una hipótesis actual de fraccionamiento. Esto, ya que existe la posibilidad que (i) el proyecto o actividad ingrese con posterioridad, al materializarse alguna de sus partes o etapas siguientes (es decir, que en el momento se configure la tipología éste efectivamente ingrese al SEIA), y/o (ii) los impactos significativos sean considerados en un futuro ingreso de esas posteriores partes o etapas al SEIA, según lo dispuesto en el artículo 11 ter de la Ley N°19.300.

3. Elemento 3 (subjetivo): Intencionalidad en la conducta

El artículo 11 bis exige que para que exista el fraccionamiento, la división del proyecto o actividad debe haber sido realizada “a sabiendas”, es decir, con conocimiento del proponente; un error en tal sentido no origina fraccionamiento.

Asegura que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que, junto con la consciencia de estar dividiendo un proyecto o actividad, debe existir una intención positiva de eludir el SEIA o de evitar la consideración conjunta de los impactos del proyecto. Es decir, debe existir una “manipulación del sistema”, en palabras del Tercer Tribunal Ambiental (Rol R-60-2017, Junta de Vecinos Panitao Alto Camino Los Pinos con Superintendencia del Medio Ambiente, en su considerando 11°, se señala: *“¿Cuál es el juicio que debe hacer la SMA para sancionar el fraccionamiento? A juicio de estos sentenciadores, el proponente debió saber que su conducta, en cualquiera de los dos casos de fraccionamiento, impedía la correcta evaluación ambiental de todos los impactos de su proyecto. Esta manipulación del sistema de protección ambiental solo es posible en la medida que éste se inicia a petición de parte, recayendo en el proponente analizar si su proyecto debe someterse no al SEIA”*⁵⁴. Si bien la SMA cita este fallo del Tercer Tribunal Ambiental como fuente relevante de jurisprudencia, la Corte Suprema rechazó las reclamaciones el 07 de enero de 2020.

Releva que este elemento volitivo (la voluntad expresa de fraccionar) debe ser probada en la investigación que realiza la SMA. En palabras de la Corte de Apelaciones de Santiago, sobre el caso de Metro, por ejemplo, señaló que *“debe constar que Metro S.A. (titular) ha obrado de mala fe, dolosamente, al dividir el proyecto (...)”* (ver fallo sección 6.8 de esta AFET).

Considera la SMA relevante recurrir a la prueba indirecta, y principalmente a la prueba indiciaria o circunstancial (no empírica), que se desprende de los denominados “juicios de inferencia”⁵⁵. Los juicios de inferencia permiten basar las conclusiones de la investigación en hechos anteriores a la misma o que no son los exactamente idóneos para probar el elemento subjetivo, pero que permiten deducir que la intención debió

⁵⁴ Tercer Tribunal Ambiental, “Junta de Vecinos Panitao Alto Camino Los Pinos con Superintendencia del Medio Ambiente”, R-60-2017, 11 de julio 2018, considerando 11° (fiscalización de fraccionamiento de proyectos).

⁵⁵ Segundo Tribunal Ambiental, “Pampa Camarones S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente”, R-51-2014, 08 de junio de 2014, considerando 158°, que recoge el razonar de la Corte Suprema en Rol 7315-2015, considerando 10° (juicios de inferencia).

existir en el caso actual. Esto se ajusta especialmente al tipo de fraccionamiento, ya que la conducta o la acción de “fraccionar” normalmente no es una acción que se agote en un solo acto de ejecución verificable a través de una sola prueba concreta, actual y precisa, sino que constituye una cadena de acciones de compleja detección, que en definitiva presentan el proyecto en partes más pequeñas o separadas.

En esta misma línea, plantea que se deben valorar, por ejemplo:

-La circunstancia de tratarse el infractor de un sujeto calificado, considerando elementos como la experiencia, el giro, el grado de organización, las condiciones técnicas y materiales de operación, su conocimiento y experiencia en el SEIA.

-La presentación de un proyecto conscientemente en partes fraccionadas.

-Planificación y organización de la información de una determinada manera.

-Presentación de las partes de un proyecto, en forma de dos proyectos al SEIA simultáneamente.

-Instancias, ya sea dentro de la investigación (por ejemplo, respuesta a requerimientos de información) u otras en que el infractor haya reconocido la división del proyecto, sin presentar luego las restantes partes o etapas al SEIA cuando correspondía.

12 Formas de iniciarse una Fiscalización respecto del artículo 11 bis, procedimiento y efectos.

Los requerimientos de ingreso al SEIA (Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental), emanan de la actividad fiscalizadora de la administración, con la finalidad de corregir incumplimientos a normas legales o reglamentarias. En otras palabras, se busca corregir desvíos y restablecer la legalidad. Así el “requerimiento” de la SMA es una reacción correctiva a un incumplimiento legal de la ley 19.300.

A mi juicio, existirían cinco hipótesis acerca de la manera en que la Superintendencia del Medio Ambiente procederá a fiscalizar, eventualmente requerir el ingreso al Sistema de

Evaluación Ambiental y de ser el caso, sancionar el fraccionamiento, a sabiendas, de un Proyecto:

- 1) El Servicio de Evaluación Ambiental, conociendo de la presentación o ingreso de un proyecto al SEIA, considera que éste no cumple con la prohibición establecida en el artículo 11 bis de la Ley N° 19.300 y comunica a la Superintendencia del Medio Ambiente la posibilidad de un ingreso fraccionado al SEIA. Lo anterior, no obstante que igualmente admita a trámite la DIA o el EIA⁵⁶.
- 2) Un tercero (persona natural o jurídica) toma conocimiento del ingreso de un proyecto al SEIA, el cual considera se encuentra fraccionado con el objeto de variar el instrumento de evaluación, a sabiendas. En este caso, el tercero efectuará una denuncia ante la SMA, con el objeto de que ésta obligue al proponente a ingresar o ingresar adecuadamente al SEIA.
- 3) La Superintendencia, puede tomar conocimiento de oficio o mediante sus propios medios de fiscalización, de un proyecto que ha ingresado fraccionado -a sabiendas- al SEIA, con el objeto de eludir el ingreso al SEIA.
- 4) Un tercero (persona natural o jurídica) toma conocimiento de la ejecución material de un proyecto al SEIA, el cual considera que se encuentra fraccionado con el objeto de eludir el ingreso al SEIA. En este caso, el tercero efectuará una denuncia ante la SMA, con el objeto de que ésta obligue al proponente a ingresar al SEIA.
- 5) La Superintendencia puede tomar conocimiento de oficio o mediante sus propios medios de fiscalización de un proyecto que se está ejecutando actualmente, que ha sido fraccionado con el fin de eludir su ingreso al SEIA⁵⁷.

⁵⁶ Para la Contraloría General de la República (ver dictámenes N° 60.563/2012 y N° 38581/2013), la revisión del Servicio de Evaluación Ambiental, en cuanto al fraccionamiento, debería efectuarse en el período de 30 días y 40 días desde la presentación de la DIA o del EIA, conforme a los artículos 18 bis y 15 bis y 14 ter de la Ley 19.300.

⁵⁷ De acuerdo con la SMA, la no concurrencia de este requisito subjetivo, y por ende, la no configuración del “fraccionamiento” como se contempla en el artículo 11 bis, no impide que la SMA ejerza otras atribuciones con objeto de lograr el objetivo final de evaluación ambiental adecuada del proyecto o sus partes.

En efecto, se refiere a las atribuciones de los literales i) y j) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la SMA, esto es, de requerir el ingreso correspondiente del proyecto o sus partes, al SEIA. Recomienda que en los casos en que se vislumbran dificultades para probar la intención de fraccionar, en circunstancias que la unidad de proyecto ya ha sido corroborada, es dirigir la investigación a la verificación de los supuestos de elusión, ya sea como proyecto propiamente tal, o como modificación de otro proyecto (es decir,

La Ley 20.417, que en su artículo segundo fija la Ley Orgánica de la Superintendencia, en mi opinión, no regula el procedimiento de los “requerimientos”, por lo que se debería aplicar supletoriamente la Ley 19.880, al existir un vacío procedimental sobre la materia.

No obstante, para la SMA el procedimiento se encontraría regulado en la misma Ley Orgánica, en el artículo 3 letras i), j) y k), en donde se identificarían las siguientes etapas: i) inspecciones o análisis de información por parte de los funcionarios fiscalizadores de la SMA que permitan constatar fácticamente la infracción o violación a las normas que regulan el SEIA; ii) Solicitud de informe al SEA; iii) Recepción del informe evacuado por él SEA; y iv) requerir el ingreso al SEIA del proyecto en cuestión a través de una resolución exenta de la SMA, bajo apercibimiento de sanción, indicándose, para los casos de la hipótesis de elusión, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N°19.300, las actividades que han eludido el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, no podrán seguir ejecutándose, mientras no cuenten con una resolución de calificación ambiental que lo autorice.

Conforme a la práctica de la SMA, a su parecer no se ha contemplado el emplazamiento del regulado para hacer un requerimiento de ingreso. Lo anterior, fundado en que tanto el requerimiento de ingreso por elusión del SEIA (literales i) y j)) y la ejecución de la “obligación de ingreso” del literal k) a los proponentes de Proyectos por variación del instrumento de evaluación, no corresponden a una sanción, sino que lo considera como un requerimiento de información.

En mi opinión es errado el criterio de la SMA, toda vez que el requerimiento de ingreso, en cualquiera de sus especies, implica un reproche de dolo y al mismo tiempo, una infracción a la ley, por lo que el efecto será el inicio de un procedimiento de sanción.

recurriendo a las hipótesis del artículo 2° literal g) de la Ley N°19.300. Asimismo, está presente la infracción del artículo 35 letra b) de la LOSMA.

Efectivamente concuerdo con el criterio de la SMA en cuanto a que ello no implica una sanción propiamente tal, pero el requerimiento de ingreso al SEIA o de usar el instrumento adecuado de evaluación (DIA/EIA), será el fundamento directo e inmediato de un futuro procedimiento de sanción, confundiéndose incluso con el contenido de la formulación de cargos y sin duda la medida al ser lesiva a sus intereses, puede ser reclamada por el titular a través de del artículo 56 de la Ley Orgánica de la SMA⁵⁸.

Además, de acuerdo con el principio de economía procedimental, tanto el requerimiento de ingreso como el mismo proceso de sanción deberían iniciarse al mismo tiempo, siendo el requerimiento de ingreso, a mi juicio, la misma formulación de cargos y como señalé el fundamento de la sanción futura. Esto implicaría que el afectado tendría todas las garantías de un procedimiento sancionatorio. Así además lo entendió también el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa Rol N° 15-2013 (Inmobiliaria Alameda 2001 S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente).

Hasta la fecha, entre los años 2016 a julio de 2022, se han efectuado 133 requerimientos de ingreso al SEIA por parte de la SMA⁵⁹, todos por la hipótesis de elusión al SEIA, de los literales i) y j) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la SMA. De hecho, esta institución no cuenta en su página web con un listado asociado a la hipótesis de fraccionamiento asociada a la variación del instrumento de evaluación, toda vez que esa hipótesis de la norma no se ha aplicado en la práctica.

Recientemente, se ha notado un cambio de criterio por parte de la SMA, al formular directamente cargos a los titulares de los proyectos involucrados. En efecto, en agosto de 2017, la Superintendencia del Medio Ambiente, a raíz de denuncias de particulares y

⁵⁸ Establece que los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental.

⁵⁹ Fuente: <https://snifa.sma.gob.cl/RequerimientoIngreso/Resultado>

el Servicio Nacional de Geología y Minería, inició un procedimiento sancionatorio contra Compañía Minera HJC Limitada, Inmobiliaria Lichi Limitada, Jorge Alfaro Pereira y Shu-Hua Chen Hung, debido al fraccionamiento de un proyecto minero de explotación y procesamiento de óxido de hierro, el cual se ejecuta en el sector Cerro Infiernillo y Nueva Aurora, ubicado en la comuna de Ovalle. Esta instalación se compone de los proyectos “Mina El Chaco”, “Mina La Cabra”, “Mina la Oveja” y “Planta Fox”, los cuales fueron presentados separadamente al Sernageomin, con el fin de obtener autorización de explotación, eludiendo así el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de todos ellos. Luego del análisis realizado por esta Superintendencia, se llegó a la conclusión de que todos estos proyectos presentan vínculos societarios, de ubicación geográfica y de titularidad del derecho de arrendamiento y subarrendamiento de pertenencias mineras en donde se desarrollarán, que llevan a presumir que se trata de un solo proyecto de desarrollo minero. Por cada una de estas faenas, su titular ha solicitado permisos de explotación, indicando que extraerían menos de 5.000 toneladas mensuales -umbral que exime de evaluación ambiental-; pero en su conjunto, estos suman más de 18.000 toneladas de extracción mensual.

En el mismo sentido, en la causa Rol D-39-2016, se formularon cargos de fraccionamiento como infracción gravísima, entre otros, a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, por fraccionar el proyecto “Rancagua Express” al someter a evaluación ambiental solamente el subproyecto “Mejoramiento Integral”, sin haber sometido al evaluación ambiental el subproyecto “Seguridad y Confinamiento”, eludiendo así el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental y por el cual esta empresa fue sancionada posteriormente mediante la Resolución N° 894 de 21 de abril de 2021, en virtud del artículo 36, N° 1, letra f) de la LOSMA, según la cual son infracciones gravísimas aquellos hechos, actos u omisiones que involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la LBGMA al margen del SEIA, constatándose en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de la misma ley.

En este caso, existió la evaluación ambiental de una parte del proyecto único que subvaloró sus principales impactos, mediante el ingreso al SEIA solo del proyecto denominado “Mejoramiento Integral al SEIA”, lo que permitió considerar únicamente los

impactos asociados a la construcción de mejoras a la vía férrea y a la operación del servicio. A juicio de la SMA, *“el hecho de haberse excluido de la evaluación el proyecto Seguridad y Confinamiento, repercutió en una significativa subvaloración de los principales impactos del proyecto y en una desinformación a quienes resultaron afectados por el mismo. Este aspecto cobra especial relevancia en un proyecto como Rancagua Express, si se considera que la evaluación ambiental del proyecto Mejoramiento Integral contempló un proceso de participación ciudadana, a petición de las comunidades afectadas. Los observantes cuestionaron en reiteradas oportunidades el que no se estuviera evaluando el proyecto Seguridad y Confinamiento y el efecto que éste tendría sobre sus sistemas de vida y costumbres, ante lo cual se eludió el deber de una evaluación ambiental preventiva, señalándose en reiteradas ocasiones que el proyecto no era parte de la evaluación. En ese sentido, no evaluar esto último, implica omitir impactos en actividades diarias de la comunidad, y cómo aquellas involucran un mayor tiempo de desplazamiento.”*

13 Hacia un concepto de fraccionamiento de Proyecto y Análisis del requisito volitivo involucrado en el artículo 11 bis de la Ley 19.300

El Diccionario de la Real Academia Española define el vocablo “fraccionar” como *“dividir algo en partes o fracciones”*; mientras, “fracción” es *“división de algo en partes”, “cada una de las partes separadas de un todo o consideradas como separadas”*.⁶⁰ En consecuencia, el “fraccionamiento de proyectos” supone, en primer lugar, que existe un proyecto o actividad que conceptualmente configura una unidad o un todo, el cual es artificialmente separado en partes que no pueden sino ser consideradas como fracciones del proyecto o unidad original, siempre que este fraccionamiento provoque que el proyecto no ingrese al SEIA o ingrese a través de un instrumento de evaluación distinto de aquel que en rigor corresponde.

⁶⁰ Definiciones consultadas en la vigésimo tercera edición, en la versión disponible en el sitio web <http://www.rae.es/rae.html>

El segundo elemento, de carácter subjetivo, se sigue de la expresión “*Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades*”. La expresión referida exige del proponente conciencia o conocimiento previo de que el dividir o fraccionar el proyecto o actividad tendrá como resultado eludir el ingreso al SEIA evitando la reunión de las exigencias copulativas del Artículo 10 de la LBGMA en relación con el artículo 3 del RSEIA, o evitar que se presenten los efectos, características o circunstancias que, conforme al Artículo 11 de la Ley 19.300 y los artículos 5 al 11, inclusive, del RSEIA, implican el ingreso al SEIA a través de un EIA.

Durante la tramitación del Artículo 11 bis, el ejecutivo explicó que el término “a sabiendas” “*tiene importancia para la aplicación de la sanción, que va a significar la aplicación de una sanción más severa*”. Señaló así mismo que “*para probar esta circunstancia se usarán pruebas que dirán relación con el tipo de asesoría que ha recibido el infractor, la experiencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con lo cual se establecerá una presunción legal.*” Al parecer esta afirmación no sería correcta, porque no se entiende cómo se podría establecer una presunción legal en este caso. Por el contrario, será función de la SMA probar ese hecho. Con todo, la intencionalidad es un elemento inseparable del tipo infraccional, tratándose del artículo 11 bis de la LBGMA. Al ser considerada la intencionalidad como un elemento constitutivo del tipo en la configuración de la infracción, dicha circunstancia no se considera para modular la sanción que corresponde aplicar⁶¹.

Sin duda, el requisito asociado a que el “fraccionamiento” sea “a sabiendas”, llega a constituir el más complejo de acreditar y además en cuanto a su contenido, podrían existir varias interpretaciones.

El dolo, se encuentra definido en el artículo 44 del Código Civil, inciso final como “*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”. En tanto que, en

⁶¹ Ver Resolución Exenta N° 894 de 2021 de la SMA por el caso de Rancagua Express de la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

materia civil, el dolo se asemeja a la culpa grave, negligencia grave o culpa lata en cuanto a sus efectos, que es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

En la Sentencia R-6-2014 el Tercer Tribunal Ambiental indicó al respecto: “...en lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de generar un daño, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del titular que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional...”.

El profesor Bermúdez, entiende que hay casos en que, a partir de ciertas omisiones, puede presumirse el conocimiento del fraccionamiento. Esto sucedería, por ejemplo, en el caso en que el titular de un proyecto que se realiza por etapas no declare esas etapas en su ingreso o consulta ante el SEA⁶².

Ahora bien, en el caso del requisito del fraccionamiento, a mi parecer habría que entender que el dolo requerido por la Ley -además de tratarse de un dolo de carácter civil- se trata de un vicio de la voluntad del dueño⁶³, proponente o titular de un Proyecto, en el sentido que existiría una maquinación fraudulenta empleada para en este caso burlar la ley, con dos objetivos específicos, a saber, i) evitar el ingreso al SEIA o bien; ii) variar el instrumento de evaluación.

En los casos del fraccionamiento de Proyecto destinado a evadir el ingreso al SEIA, no existiría un titular, ya que no se presenta a evaluación ambiental proyecto alguno, sino que justamente ocurre lo contrario, se evade la evaluación ambiental.

⁶² BERMUDEZ, J. (2014). Fundamentos de Derecho Ambiental, 2ª Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso. 301p.

⁶³ En los casos del fraccionamiento destinado a evadir el ingreso al SEIA, no existiría un titular, ya que no se presenta a evaluación ambiental proyecto alguno.

Por su parte, en una hipótesis de fraccionamiento de Proyecto destinado a variar la vía de evaluación, existiría un incumplimiento al artículo 11 bis de la Ley 19.300, norma que es parte de la legislación ambiental aplicable a todo proyecto.

Así, no obstante, los controles previos que pudiera efectuarse en virtud de los artículos 15 bis y 18 bis, conforme al artículo 9º bis de la Ley 19.300, *“La Comisión a la cual se refiere el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente. (...)”*. A mi juicio, el Proyecto no debería aprobarse por la citada Comisión.

Ahora bien, en cualquier caso, este dolo, tiene dos elementos, uno psicológico, es decir la intención de engañar y un segundo elemento, material, que corresponde a la forma de realizar ese engaño.

Este elemento material puede consistir en actos, es decir, en maniobras, artificios o maquinaciones que lleven al engaño; puede consistir también en una falsedad o mentira que produzca el mismo efecto; puede, por último, y como lo hemos visto, consistir en la reticencia, en el silencio de circunstancias que debería haber conocido la otra parte⁶⁴. Aplicado al ámbito en análisis, se trata de circunstancias que debería haber conocido el Servicio a cargo de la Evaluación Ambiental (Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso) y las personas naturales o jurídicas que eventualmente participarían en la evaluación ambiental del Proyecto, de ser el caso.

Agrega el profesor Ducci que *“Este último punto no es tan simple. El silencio no es siempre necesariamente doloso. Son raros los contratos en que se establece la obligación para una parte de informar a la otra (...) Para estimar que la reticencia*

⁶⁴ DUCCI, C. Derecho Civil Parte General. Editorial Jurídica de Chile, 2002. p275.

*constituye una omisión dolosa será necesario examinar el contrato específico y analizar las circunstancias en que se acordó*⁶⁵.

Sobre este respecto, el profesor Edesio Carrasco Quiroga sostiene que no se puede entender como un simple error, sino que se debe probar la intención de fraccionar⁶⁶.

Tal como se indicó en la sección 9.8, la Corte de Apelaciones de Santiago manifestó: *“que el fraccionamiento del proyecto sea realizado por su titular ‘a sabiendas’, para variar el instrumento de evaluación o para evitar el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de lo que se colige que debe constar que Metro S.A. (titular) ha obrado de mala fe, dolosamente, al dividir el proyecto, lo que no ha quedado demostrado en autos*⁶⁷.

A mi juicio, llevado el ejemplo anterior al ámbito que nos ocupa, habría que sostener que es la propia Ley la que impone una limitación al derecho de todas las personas, naturales o jurídicas, a ejecutar un Proyecto o Actividad, lo que términos constitucionales es una limitación legal, habilitada por la Constitución en su artículo 19 N° 8, para limitar el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, contenido en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental.

El requerimiento de ingreso al SEIA practicado por la SMA, es precisamente una actuación limitadora de la actividad de los particulares, en la medida que controla o fiscaliza el cumplimiento de las normas relativas al SEIA. En opinión del profesor Pantoja, *“el objetivo de la actuación limitadora es asegurar que la actividad que desarrollan los particulares guarde conformidad con el interés general o, en última instancia, que no lo contravenga. Si bien sobre a Administración pesa la carga de actuar para la realización*

⁶⁵ DUCCI, C. Derecho Civil Parte General. Editorial Jurídica de Chile, 2002. p275.

⁶⁶ QUIROGA, E., Notas Respecto al fraccionamiento de Proyectos en el Sistema de Evaluación Ambiental. VII Actas de las Jornadas de Derecho Ambiental. U. Chile. Ed. Legal Publishing. p485

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, “Errazuriz Guilisasti Josefa y Otros/Secretario Ejecutivo Consejo de Monumentos Nacionales, Emilio de la Cerda Errazuriz y otro Corte de Apelaciones de Antofagasta”, 35693-2012, 02 de abril de 2013, considerando 9° (Fraccionamiento de Proyectos, Tipología de Proyectos, artículo 11 bis).

del bien común. Esto mismo no es predicable del particular, pero la contrapartida de las libertades y derechos que éste goza y que el ordenamiento garantiza, es que la conducta de éstos no contravenga el bien común ni perturbe el orden público. Para lograr este objetivo, se habilita a la Administración a reconducir la actividad de los particulares dentro de márgenes socialmente aceptados o necesarios”⁶⁸.

14 Respuestas probables a modo de Conclusión

Producto de la investigación realizada en esta actividad formativa equivalente a tesis, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) Es el titular el que debe definir el alcance de su Proyecto, pudiendo incluir ciertas tipologías del artículo 10 de la Ley 19.300 y 3 del Reglamento del SEIA, en un documento ambiental y evaluando las demás en otro documento, siempre que esa división del Proyecto no implique variar el instrumento de evaluación y se declare la ejecución por etapas.
- b) De acuerdo con la jurisprudencia judicial mayoritaria, no existe una norma legal que obligue a un titular a presentar en un solo documento ambiental (DIA o EIA) todas las tipologías previstas en la Ley 19.300 y en el Reglamento del SEIA.
- c) Para que se pueda sancionar un fraccionamiento por parte de la SMA, es necesaria la existencia de un titular que haya efectuado maquinaciones fraudulentas empleadas para en este caso burlar la ley, con dos objetivos específicos e incompatibles, a saber, i) evitar el ingreso al SEIA o bien; ii) variar el instrumento de evaluación.
- d) La excepción a la ejecución de un Proyecto por etapas debe ser justificada y estar basada en antecedentes objetivos, tales como justificaciones basadas en los métodos de construcción, financiamiento, crecimiento del negocio, etc.
- e) En cuanto a la fiscalización de la prohibición de fraccionamiento, podemos concluir que respecto de la hipótesis asociada al fraccionamiento con el objeto de variar el instrumento de evaluación, su detección debería efectuarse en forma temprana,

⁶⁸ PANTOJA, R. Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado. Tomo IV. Legal Publishing Chile, Santiago, Chile, 2010. p107.

durante la evaluación ambiental del Proyecto, facultad que en mi parecer, debería recaer en el Servicio de Evaluación Ambiental y no en la SMA, tal como lo han indicado fallos recientes del Tribunal Ambiental; en este caso, no se debería obtener una calificación ambiental favorable de parte de la Comisión de Evaluación Ambiental, puesto que el Proyecto no cumpliría con la legislación ambiental aplicable, pudiendo además ser devuelto conforme a los artículos 14 bis y 18 bis de la Ley 19.300. Además, se evidencia que la aplicación de esta norma ha sido nula en la práctica, por lo que se podría justificar una modificación legislativa en cuanto a esta hipótesis, a fin de derogarla.

- f) Por su parte, la hipótesis de fraccionamiento asociada a la elusión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es fiscalizada directamente por la SMA, puesto que en ésta no se realizará una evaluación ambiental. Indirectamente, podrá ser detectado por los servicios públicos que deban otorgar permisos ambientales sectoriales (de los establecidos en el RSEIA), en virtud de lo previsto en el artículo 24, incisos cuarto y quinto⁶⁹.
- g) Existe una clara diferencia desde la técnica administrativa entre el “requerimiento de ingreso” bajo apercibimiento de sanción, que es una medida correctiva emanada de una fiscalización y una sanción por infracción al artículo 11 bis de la Ley 19.300. No obstante, el principio de economía procedimental previsto en la Ley 19.800, indicaría que la SMA debe iniciar el procedimiento de sanción y junto con ello, efectuarse el requerimiento de ingreso en la misma formulación cargos, de forma tal que el titular tenga derecho a formular sus descargos y discutir la pertinencia del requerimiento de ingreso. Lo anterior, también se refuerza en que el hecho infraccional que se fundará una eventual sanción al artículo 11 bis, es idéntico al hecho que motivará el requerimiento de ingreso, no obstante que la

⁶⁹ Los organismos del Estado a los que corresponda otorgar o pronunciarse sobre los permisos ambientales sectoriales a que se refiere esta ley, deberán informar a la Superintendencia del Medio Ambiente cada vez que se les solicite alguno de ellos, indicando si ha adjuntado o no una resolución de calificación ambiental y los antecedentes que permitan identificar al proyecto o actividad e individualizar a su titular. En los casos que la Superintendencia detecte que una solicitud de permiso ambiental sectorial recae sobre un proyecto o actividad que de acuerdo a esta ley deba ser objeto de una evaluación de impacto ambiental previa y que no cuenta con la respectiva resolución de calificación ambiental aprobatoria, lo comunicará al organismo sectorial que corresponda, el que deberá abstenerse de otorgar el permiso o autorización en tanto no se acredite el cumplimiento de dicha exigencia, informando de ello al Servicio de Evaluación Ambiental.

formulación de cargos de que se trate podría incluir o agregar otras infracciones en caso de haberse detectado. Esto fue también así determinado por el Segundo Tribunal Ambiental en la causa Rol N° 15-2013.

- h) Dadas estas conclusiones, en cuanto a la hipótesis de fraccionamiento por variación del instrumento de evaluación, se propone establecer un sistema que previamente a la presentación de un proyecto al SEIA, de cierta envergadura o características que deberían definirse en una modificación a la Ley 19.300, en que se establezca un procedimiento previo obligatorio, en el cual el titular pudiera consultar y someter a la actual autoridad evaluadora de proyectos (SEA) u otro organismo público ad-hoc y con experiencia en proyectos, los proyectos que se ejecuten por etapas o las iniciativas que pudieran resultar dudosas en materia de instrumento de evaluación ambiental (DIA/EIA), pudiendo estar dichas resoluciones sujetas a control judicial de los Tribunales Ambientales; pero podría implicar beneficios en cuanto a evitar las futuras judicializaciones por causa de la hipótesis de fraccionamiento por variación del instrumento de evaluación ambiental. Este mecanismo existe en otras legislaciones y podría estudiarse su implementación en Chile, quizás en modo piloto inicialmente.
- i) Asimismo, puede plantearse también la derogación de dicha hipótesis de fraccionamiento (variación del instrumento) quedando sujeta solo a control judicial posterior a su aprobación u durante su evaluación ambiental, tal como ocurrió en la época en que esta norma no estaba vigente, como ocurrió en el caso de los proyectos “Cascadas” y “Central Termoeléctrica Castilla”. Asimismo, como se evidenció en esta actividad, esta hipótesis también puede ser abordada en la propia evaluación ambiental, a través del mecanismo del término de la evaluación ambiental, debido a la falta de información relevante o esencial para realizarla, conforme a los artículos 15 bis (para los EIA) y 18 bis (DIA) de la Ley 19.300, cuyo control recae actualmente en el Servicio de Evaluación Ambiental.

15 Bibliografía

- 1.- Astorga Jorquera, E. (2012). Derecho Ambiental Chileno. Parte General. Santiago: Legal Publishing Chile.
- 2.- Base de datos jurisprudencial consultada en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>
- 3.- Peña Neira, S. (2014). Jurisprudencia Ambiental Volumen I y II. Santiago: Editorial Metropolitana.
- 4.- Base de jurisprudencia de la Contraloría General de la República consultada en <https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia>.
- 5.- Bermúdez, J. (2014). Fundamentos de Derecho Ambiental, 2ª Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- 6.- Carrasco, E. (2014). Notas Respecto al fraccionamiento de Proyectos en el Sistema de Evaluación Ambiental VII Actas de las Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago: Legal Publishing Chile.
- 7.- Cordero, L. (2013). Jurisprudencia Ambiental Casos Destacados. Santiago: Thomson Reuters.
- 8.- Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo tercera edición, en la versión disponible en el sitio web <http://www.rae.es/rae.html>
- 9.- Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, Respuesta de la a la consulta N° 489/2011.
- 10.- Ducci Claro, C. (2002). Derecho Civil Parte General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 11.- Historia de la Ley 20.417 en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>
- 12.- Osorio Vargas, C. (2017). Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General. Santiago: Legal Publishing Chile.

13.- Pantoja Bauzá, R. (2010). Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado. Tomo IV. Santiago: Legal Publishing Chile.

14.- Superintendencia del Medio Ambiente. Memorandum N° 93: Entrega recomendaciones e instrucciones para la consideración del fraccionamiento de proyectos en la elaboración de informes de fiscalización, agosto 2020.