

MCPB

**ARCHIVA DENUNCIA PRESENTADA POR LA
CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL, CON FECHA 3
DE MARZO DE 2014.**

RESOLUCIÓN EXENTA D.S.C. N° 656

Talca, 6 de junio de 2018

VISTOS:

Lo dispuesto en los artículos 7 y 19 de la Constitución Política de la República de Chile; en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “la LO-SMA”); en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 37, de 8 de septiembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Afecta N° 41, de 2015, que nombra Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES GENERALES

a) Antecedentes del proyecto denunciado

1. Que, con fecha 18 de enero de 2006, mediante Resolución Exenta N° 11, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Maule (en adelante, “la RCA N° 11/2006”), se calificó como ambientalmente favorable el proyecto “Minicentral Hidroeléctrica Ojos de Agua”, presentado por la empresa Endesa Eco S.A., consistente en la construcción y operación de una central hidroeléctrica de 9MW (potencia nominal), situada en el valle del río Cipreses, comuna de San Clemente, Región del Maule (en adelante, “el proyecto”).

2. Que, conforme a los establecido en el considerando N° 3.3.1, numeral xv), de la RCA N° 11/2006, sobre reforestación y revegetación, el titular deberá reforestar una superficie equivalente a los bosques que se corten, de acuerdo a lo señalado en el Decreto Ley N° 701, de 15 de octubre de 1974, del Ministerio de Agricultura (en adelante, “el D.L. N° 701”), y, debido a que la mayoría de los bosques que se corten no se podrían

reponer en los mismos lugares, la reforestación se realizará parcialmente en otra área dentro del mismo predio de Endesa.

3. Que, por otra parte, el Anexo H de la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto, contiene el Plan de Manejo Forestal (en adelante, “el PMF”), aprobado por la Corporación Nacional Forestal (en adelante, “la CONAF”). En relación con la reforestación con especies nativas, dicho plan establece que *“El área 4 de la reforestación se realizará formando un bosque compuesto por ciprés de la cordillera. En el área 5 se reforestará con peumo para no alterar la composición del bosque de peumo ya existente. La plantación se propone realizarla con un espaciamiento de 3 x 3 metros, lo que corresponde a una densidad de 1.111 plantas por hectárea, por lo que se emplearán, a lo menos, un total de 3.810 plantas para esta faena. (...)”*¹. Por otro lado, en relación con la protección al establecimiento de la reforestación, establece que *“La reforestación estará protegida por cercos perimetrales a la plantación, que restringirán el acceso de personas, de animales y de vehículos a los sitios de la reforestación. Además se pondrán mallas alrededor de las plantas para evitar que animales (ratones, conejos o liebres) dañen la plantación (...)”*.²

b) Antecedentes de la denuncia presentada por la CONAF.

4. Que, con fecha 3 de marzo de 2014, mediante ORD. N° 113, del Director Ejecutivo de la CONAF, esta Superintendencia recepcionó una denuncia por parte de dicho organismo, en contra del proyecto, adjuntando un Informe de Fiscalización Ambiental, que contiene el resultado de inspección efectuada con fecha 4 de febrero, cuyo objeto fue verificar el cumplimiento y estado actual de las reforestaciones comprometidas.

5. Que, el informe adjunto da cuenta que se inspeccionó el área N° 5, de 0,88 hectáreas, en la que debía reforestar con individuos de Peumo, y el área N° 4, de 2,55 hectáreas, en la que debía reforestar con individuos de Ciprés de la Cordillera. Para cada una de las áreas mencionadas, el informe señala lo siguiente:

5.1 Área N° 5:

- i. El sector no tenía cerco perimetral;
- ii. Del recorrido que se hizo en este sector se contabilizaron solo 5 individuos de Peumo vivos, con una altura media de 12 cm. Debiera haber habido al menos 831 individuos vivos si el año 2008 había una sobrevivencia de 85%;
- iii. Las estacas y las plantas encontradas tenían una malla tipo gallinero que las protegía;
- iv. Se verificó que, pese a la protección de las plantas, estas estaban siendo dañadas por conejos y liebres. La malla no cumplía con el objetivo de protección.
- v. Espaciamiento irregular entre las estacas remanentes de la reforestación, que fluctuaba entre 2,5 y 3,8 metros en el distanciamiento entre una estaca y otra.

¹ Declaración de Impacto Ambiental “Minicentral Hidroeléctrica Ojos de Agua”. Anexo H “Plan de Manejo Forestal (PMF)”, página 8.

² Ibid. Página 10.

5.2 Área N° 4:

- i. El sector tenía cerco perimetral de cuatro hebras de alambre de púas y postes de pino impregnado. En algunos tramos se encontraba en regular estado;
- ii. Se constató en área de reforestación que no había individuos de Ciprés de la Cordillera vivos o vestigios que se hubiera utilizado en la reforestación;
- iii. Las plantas que se encontraron vivas correspondían a Quillay, Peumo, Maitén, Molle y Huingán;
- iv. Las estacas y las plantas encontradas tenían una malla tipo gallinero que la protegía;
- v. Se verificó que, pese a la protección de las plantas, estas estaban siendo dañadas por conejos y liebres. La malla no cumplía con el objetivo de protección;
- vi. Se constató que no habían fecas de animales ganaderos que pudiera indicar ingreso al sector.

6. Que, como conclusión, la CONAF estableció lo siguiente:

“En la inspección efectuada en el predio La Escuadra de propiedad de Endesa, para verificar el estado de las áreas de reforestadas el año 2007 para dar cumplimiento a los compromisos de la Declaración de Impacto Ambiental para el Proyecto ‘Minicentral Hidroeléctrica Ojos de Agua’, Resolución Exenta N°11 de fecha 18 de enero del año 2006, se constató baja sobrevivencia de los ejemplares de la especie Peumo, en el área N° 5 alcanza a un 0,5% de sobrevivencia de la densidad comprometida y en el área N° 4 la sobrevivencia es menor al 15%, verificándose que en esta área, no se cumple lo que establece el Plan de Manejo, de reforestar el área N°4 con Ciprés de la cordillera a una densidad de 1.111 plantas por hectáreas.

Finalmente respecto de los compromisos de reforestación establecidos en el Plan de Manejo de Obras Civiles del Anexo H de la DIA, si bien se reforestó el año 2007, en febrero del año 2014, el establecimiento de esta reforestación se puede considerar fracasada.”

7. Que, con fecha 11 de noviembre de 2015, mediante Ord. D.S.C. N° 2372, esta Superintendencia informó a la CONAF que se había recepcionado los antecedentes remitidos, y que los hechos descritos en el informe serían objeto de estudio.

c) Gestiones realizadas por la Superintendencia del Medio Ambiente

8. Que, con el objeto de recabar información actualizada en relación con las materias objeto de la denuncia de la CONAF, mediante Resolución Exenta D.S.C. N° 115, de 29 de enero de 2018, esta Superintendencia requirió a la empresa Endesa Eco S.A., la siguiente información:

1. *Informar el estado actual en que se encuentra la implementación del PMF.*

2. Indicar la superficie reforestada a la fecha, señalando perímetro del área reforestada en formato .shape o .kmz, y sistema de coordenadas UTM WGS84 HUSO 19S.
3. Indicar las especies con que se realizó la reforestación, cantidad de individuos de cada una, densidad de plantación y porcentaje de sobrevivencia de cada una de las especies.
4. Indicar en qué forma ha dado cumplimiento a las medidas de protección al establecimiento de la reforestación establecidas en el PMF, como instalación de cercos perimetrales, mallas alrededor de las plantas, entre otros, como también deberá indicar el material utilizado.
5. Adjuntar fotografías georreferencias del estado actual del PMF, incluyendo las especies y las medidas de protección implementadas.

9. Que, con fecha 7 de febrero de 2018, esta Superintendencia recepcionó una carta por parte de la empresa Gasatacama Chile S.A., individualizada como GP-CLC N° 05/18, mediante la cual se informa y se remite antecedentes relacionados con el cumplimiento de la RCA N° 11/2016, en respuesta a la R.E. N° 115.

II. ANÁLISIS DE LOS HECHOS DENUNCIADOS Y LA INFORMACIÓN RECABADA POR LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

10. Corresponde a continuación analizar los hechos denunciados por la CONAF, en relación con la implementación del PMF del proyecto, en razón de la información recabada por esta Superintendencia.

a) Reforestación con especies nativas

11. Que, en relación con el estado en que se encontraba la implementación del PMF, respecto de la reforestación con especies nativas, la CONAF señaló que, en el área N° 5, de 0,88 hectáreas, se contabilizaron un total de 5 ejemplares de Peumo, y que en el área N° 4, de 2,55 hectáreas, se constató que no existía ningún ejemplar vivo de Ciprés de la Cordillera o vestigios de que se hubiera utilizado en la reforestación, como lo establecía el PMF.

12. Que, en respuesta a requerimiento de información, respecto del **estado actual en que se encuentra la implementación del PMF**, el titular señaló lo siguiente:

“El Plan de Manejo Forestal (en adelante PMF) presentado en la evaluación ambiental de El Proyecto comprometió la reforestación de una superficie de 3.43 hectáreas, con las especies Ciprés de la Cordillera y Peumo, conforme se detalla en la tabla N° 1, extracto del PMF publicado en el SEIA (...).

Posteriormente, a solicitud de Endesa Eco (titular del proyecto), por indisponibilidad de plantas, la Corporación Nacional Forestal (en adelante CONAF) respondió afirmativamente la solicitud de cambio de especies, mediante carta N°20 del 03 de julio

de 2007, el complemento de las especie (sic) ciprés de la cordillera con Hualo (*Nothofagus glauca*) y Quillay (*Quillaja saponaria*). (...)

Pese a que en sus fases iniciales y hasta su revisión por la CONAF la plantación se encontraba en buenas condiciones, en 2014 y a raíz de la sequía, se constató mortalidad de especies. En el contexto anterior, el titular reforestó las mismas zonas, respetando los estándares comprometidos en el Plan de Manejo Forestal aprobado por la Autoridad, de acuerdo a la tabla N°2 a continuación. (...)

13. Que, en relación con la **superficie reforestada a la fecha**, el titular señaló lo siguiente:

“La superficie plantada inicialmente conforme a lo establecido en la Resolución de Calificación Ambiental, corresponde a 3.43 hectáreas dividida en dos áreas, una de 2,55 ha y otra de 0,88 ha. Se adjunta kmz de las zonas de reforestación.

A partir de la reforestación que se llevó a cabo en 2015, se volvió a reforestar la superficie de 3.43 has.”

14. Que, respecto de las **especies con las que se realizó la reforestación, cantidad de individuos de cada una, densidad de plantación y porcentaje de sobrevivencia**, el titular indicó lo siguiente:

“Las especies con las que se reforestó el año 2007 y 2015 son: Ciprés de la cordillera, Hualo, Quillay y Peumo.

La reforestación se desarrolló con las especies indicadas, con una densidad por hectáreas de 1.111 plantas por hectáreas. La Dicha reforestación logró un porcentaje de sobrevivencia de 85%, lo cual fue certificado en su oportunidad por CONAF, lo cual consta en carta N°42/2008.

El año 2015 se reforestó con Quillay, Peumo, Hualo y Cipres.

El documento da cuenta de que existe una densidad de 1272 pl/há, mayor a la comprometida en el PMF 1.111 pl/há. Asimismo muestra una sobrevivencia del 81.1% a una densidad de 1268 pl/há.”

15. Que, conforme a lo expuesto, el titular acompañó en su respuesta los siguientes documentos:

i. **Carta N° 20, de 3 de julio de 2007, de la CONAF Provincial Talca, que aprueba cambio de especies.** En ella consta que, debido a la dificultad de en la adquisición de plantas de la especie Ciprés de la Cordillera, la CONAF propone que las especies a utilizar sean Hualo, que se encuentra en categoría de vulnerable, y Quillay, que si bien no se encuentra con problemas de conservación se encuentra en la zona a intervenir.

ii. **Fotografías georreferenciadas, y certificadas ante notario**, correspondientes al estado actual en que se encuentra la forestación en

la propiedad ubicada en Cipreses, Predio La Escuadra, Comuna San Clemente. En ellas se observan superficies reforestadas, los individuos plantados y la distancia entre ellos.

iii. **Tabla N° 2 y 3, Estudio de Prendimiento.**

Consta de dos cuadros. El primero de ellos da cuenta del estado de la reforestación en el área N° 4, donde se reforestó con Ciprés de la Cordillera, Hualo y Quillay, mientras que el segundo en el área N° 5, donde se reforestó con Peumo. Dichas tablas establecen como conclusión que existe una densidad de 1.272 pl/há, y una sobrevivencia del 81,1% a una densidad de 1.268 pl/há.

iv. **Plano de ambas áreas de reforestación, con fotografías georreferenciadas (en formato .kmz).** Se observa en este plano la ubicación de las dos áreas, su perímetro demarcado y el lugar donde fueron tomadas las fotografías.

b) Medidas de protección al establecimiento de la reforestación

16. Que, respecto de la implementación de medidas de protección en el establecimiento de la reforestación, la CONAF señaló en su informe que, para el área N° 5, no se había instalado un cerco perimetral, mientras que para el área N° 4, se verificó un cerco perimetral, que en algunos tramos estaba en regular estado. Por otro lado, respecto de las dos áreas existía protección de las plantas, pero que esta no cumplía con el objetivo de protección.

17. Que, en respuesta a requerimiento de información, respecto de la **forma en que ha dado cumplimiento a las medidas de protección**, el titular señaló lo siguiente:

“(...) Se realizó mejoramiento del cierre perimetral de los sectores a reforestar, utilizando postes de pino impregnado a 2,5 m de distancia cada uno y con 5 hebras de alambre de púas, en cada uno de los sectores utilizados.

La protección de las plantas frente al ataque de lagomorfos, consideró la utilización de protección tipo Karton-Plast. Esto es una lámina de plástico corrugado construido en base a polipropileno resistente al impacto, que retarda el fuego y es resistente a las temperaturas de entre -30°C a 130°C, además de ser biodegradable y se puede reutilizar en otras plantaciones.

Esta lámina se instaló formando una sección triangular alrededor de la planta. Cada lado de sus caras tiene 14 cm de ancho y una altura de 30 a 35 cm, y se sostiene con un tutor de coligüe enterrado al suelo y fijado al protector por medio de agujeros. Este mecanismo impide que los lagomorfos lleguen hasta el tallo de la planta y lo dañen. (...)”

18. Que, conforme a lo expuesto, el titular acompañó en su respuesta los siguientes documentos:

i. **Fotografías georreferenciadas, y certificadas ante notario**, correspondientes al estado actual en que se encuentra la forestación en la propiedad ubicada en Cipreses, Predio La Escuadra, Comuna San Clemente. En ellas se observa la presencia de cercos perimetrales que rodean las superficies reforestadas, y la implementación de medidas de protección en cada uno de los individuos plantados.

ii. **Plano de ambas áreas de reforestación, con fotografías georreferenciadas (en formato .kmz).** Se observa en este plano la ubicación de las dos áreas, su perímetro demarcado y el lugar donde fueron tomadas las fotografías.

III. TITULARIDAD Y PERSONERÍA

19. Que, como se señaló anteriormente, el proyecto fue presentado por la empresa Endesa Eco S.A.

20. Que, con fecha 15 de abril de 2014, mediante Resolución Exenta N° 74, del SEA Región del Maule, se tuvo presente cambio de titularidad del proyecto “Minicentral Hidroeléctrica Ojos de Agua”, pasando a corresponder a Compañía Eléctrica Tarapacá S.A. Dicho antecedente consta en el expediente de evaluación ambiental del proyecto.

21. Que, en la carta de respuesta a requerimiento de información remitido por esta Superintendencia, el titular adjuntó escritura pública de “Acta Junta Extraordinaria de Accionistas”, en que consta la fusión por incorporación de Compañía Eléctrica Tarapacá S.A. en Gasatacama Chile S.A., disolviéndose la primera y sucediéndola esta última en todos sus derechos y obligaciones.

22. Que, asimismo, se adjuntó escritura pública que acredita personería para representar judicial y administrativamente a la empresa Gasatacama Chile S.A., por quienes se indica en el mismo documento.

IV. CONCLUSIONES

23. Que, conforme a todo lo señalado anteriormente, esta Superintendencia ha podido verificar que, en la actualidad, el titular ha cumplido con los compromisos establecidos en el PMF, que fueron denunciados por la CONAF como incumplidos.

24. Que, ello se evidencia en el estudio de prendimiento remitido por el titular, que establece las especies y el número de individuos plantados, así como su densidad y porcentaje de sobrevivencia de los mismos. Por otra parte, existe evidencia que la CONAF autorizó en el año 2007 el cambio de especies nativas a reforestar.

25. Que, asimismo, los documentos remitidos por el titular dan cuenta de la implementación de las medidas de protección comprometidas en el PMF, acreditándose mediante el envío de fotografías georreferenciadas y certificadas ante notario.

26. Que, por otro lado, se consultó con personal de CONAF Región del Maule sobre posibles nuevos antecedentes en relación con el predio fiscalizado, quienes indicaron, vía correo electrónico, que no ha habido fiscalizaciones por parte de dicho Servicio posteriores a la realizada en 2014, y que a junio de 2018 no existen antecedentes que den cuenta de nuevos incumplimientos relativos al Plan de Manejo Forestal respectivo.

27. Que, en consecuencia, y habiéndose analizado los antecedentes remitidos por el titular, no resulta procedente que la Superintendencia del Medio Ambiente inicie un procedimiento administrativo sancionatorio por los hechos denunciados y

constatados en la inspección ambiental de la CONAF, toda vez que estos fueron corregidos. En este sentido, resulta necesario tener presente lo establecido por la Contraloría General de la República en Dictamen N° 6.190, de 2014, en relación al uso de las facultades de esta Superintendencia, en que señala que ***“la normativa entrega a la anotada Superintendencia cierto margen de apreciación para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo para determinar si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio”***. No obstante, cabe prevenir, en concordancia con lo manifestado por la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 44.459, de 2010; 61.517, de 2012 y 33.452, de 2013, de este Ente Fiscalizador, que es indispensable que los actos de los órganos de la Administración del Estado -carácter que, por cierto, reviste la SMA- ***tengan una motivación y un fundamento racional, ya que, conforme al principio de juridicidad, es importante constatar que éstos no obedecen al mero capricho de la autoridad, sino que a criterios efectivos que le otorgan legitimidad. En consecuencia, la decisión que adopte la referida Superintendencia en relación a desempeñar o no actividades de fiscalización, o bien en orden a instruir o no un procedimiento sancionatorio, requiere tener un sustento racional”***.

28. Que, de lo expuesto anteriormente, se desprende que la protección administrativa de intereses públicos ambientales, en el caso de esta Superintendencia, exige dotar al órgano de discrecionalidad administrativa³. Esta le confiere un margen de apreciación para escoger la reacción más adecuada para asegurar la protección del interés público encomendado, es decir, aquella que permite satisfacer la necesidad pública concreta del modo más eficaz, proporcionado, eficiente, equitativo y cierto. Estos atributos de la justicia del acto estatal, por tanto, no sólo limitan, sino que fundamentan o justifican la existencia de la discrecionalidad administrativa.

29. Que, así las cosas, la formulación de cargos y la tramitación de un procedimiento sancionatorio no es la única vía para lograr la corrección de una infracción, porque algunas de ellas pueden ser corregidas eficazmente mediante poderes alternativos a la sanción.

RESUELVO:

I. **ARCHIVAR** la denuncia presentada por la Corporación Nacional Forestal, ingresada en la oficina de la Superintendencia del Medio Ambiente con fecha 3 de marzo de 2014, en virtud de lo establecido en el artículo 47, inciso cuarto, de la LO-SMA.

Lo anterior, sin perjuicio que, en razón de nuevos antecedentes, esta Institución pueda analizar nuevamente el mérito de iniciar una eventual investigación conducente al inicio de un procedimiento sancionatorio en contra de la denunciada.

³ Discrecionalidad se concibe como *“la libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos- que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública- la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer eficiente y oportunamente dicha necesidad”*, en Salinas, Carlos (2002) *“¿Legalidad en Entredicho? Comentarios sobre Discrecionalidad Administrativa”*: Anuario De Filosofía Jurídica y Social 20.; Según Aylwin, el acto discrecional es *“cuando la ley o el reglamento dejan al agente cierta libertad o discreción en cuanto a oportunidad y medios en su ejecución”*. Citado por Moraga, Claudio en *“Tratado de Derecho Administrativo: La Actividad Formal de la Administración del Estado, Tomo VII.*

II. TENER PRESENTE que el expediente físico de la denuncia y sus antecedentes se encuentran disponibles en las oficinas de la Superintendencia del Medio Ambiente, ubicadas en calle 1 Norte N° 801, piso 11, Talca, Región del Maule.

III. RECURSOS QUE PROCEDEN EN CONTRA DE ESTA RESOLUCIÓN. De conformidad a lo establecido en el Párrafo 4° del Título III de la LO-SMA, en contra la presente Resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, así como los recursos establecidos en el Capítulo IV de la Ley N° 19.880 que resulten procedentes.

ARCHÍVESE, ANÓTESE, COMUNÍQUESE Y NOTIFÍQUESE.

Marie Claude Plumer Bodin
Jefa División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Carta certificada:

- Sr. José Manuel Rebolledo. Director Ejecutivo de CONAF. Paseo Bulnes N° 285, Santiago, Región Metropolitana.

C.C.:

- Eduardo Peña Münzenmayer. Jefe Oficina Reigonal del Maule SMA.