

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL  
REPUBLICA DE CHILE

000100  
CERO

Santiago, nueve de agosto de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 13 de mayo de 2013, el abogado Hernán Silva Villalobos interpuso, en representación de Desarrollos Urbanos S.A., un recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 258 de 25 de marzo de 2013, dictada por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante SEA). En esta resolución, la citada autoridad confirmó lo señalado en la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA) del proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña", donde se exige a su titular la elaboración de un plan de compensación para óxidos nitrosos (en adelante NOx) por superar el umbral de emisiones permitidas sin necesidad de compensar. Esta decisión fue adoptada como consecuencia de que el Director Ejecutivo del SEA consideró, como situación base de emisiones para el proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña", la correspondiente a "sin proyecto alguno". A lo anterior se opone el reclamante, quien considera que la situación base de emisiones debe corresponder al proyecto "Mall Plaza Egaña" o proyecto original, parámetro bajo el cual no le correspondería elaborar un plan de compensación para NOx.

Como antecedentes de la reclamación interpuesta, cabe señalar que el 15 de abril de 2010, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana, mediante Resolución Exenta N° 287, resolvió calificar favorablemente el proyecto "Mall Plaza Egaña" (en adelante, también, proyecto original). El proyecto aprobado consideraba la construcción, en un período de tres años, de un Centro Comercial de nueve niveles, cinco de ellos en subterráneo y cuatro en superficie, con una construcción total de 120.377,74 m<sup>2</sup>, en una superficie de 31.118,14 m<sup>2</sup>, emplazado en la intersección de Avenida Ossa con Avenida Larraín, comuna de La Reina. En lo atinente a las emisiones atmosféricas, esta RCA impuso al

titular del proyecto la obligación de presentar un programa de compensación de emisiones sólo para Material Particulado 10 (en adelante MP10), como consecuencia de la aplicación del entonces vigente artículo 51 del D.S. N° 58 de 2003, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que contenía el "Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana".

El 9 de septiembre de 2010, se dictó el Decreto Alcaldicio N° 1.515, que modificó el Plan Regulador de la comuna de La Reina, que permitía al titular del proyecto, entre otras cosas, aumentar la superficie a construir. Publicada la nueva reglamentación comunal y para ajustar el proyecto a la nueva normativa, el titular del proyecto presentó, el 30 de diciembre de 2010, una declaración de impacto ambiental (en adelante DIA) para evaluar la modificación al proyecto original; sin embargo, la evaluación de la modificación se hizo conforme a los nuevos parámetros contenidos en el D.S. N°66 de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que revisa, reformula y actualiza el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana, publicado en el Diario Oficial el 16 de abril de 2010, y cuyo artículo 98 resulta ser más estricto que su antecesor en cuanto al umbral a partir del cual los proponentes de proyectos deben compensar sus emisiones. Para el caso puntual de NOx, la nueva normativa obliga a compensar cuando existe un aumento de emisiones por sobre las 8 toneladas anuales respecto de la situación base, a diferencia de las 50 toneladas exigidas en el artículo 51 del D.S. N°58/2003 derogado.

El 29 de julio de 2011, la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Metropolitana, mediante Resolución Exenta N° 315 de 2011, resuelve calificar favorablemente el proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña". En lo atinente a las emisiones atmosféricas, el considerando 5.1 de la citada resolución exigió al titular mantener el plan de compensación

para MP10 contenido en la RCA del proyecto original, y agregar la elaboración de un plan de compensación de emisiones para NOx. A esto último se opone el titular del proyecto, quien interpuso el 17 de septiembre de 2011, una reclamación administrativa ante el Director Ejecutivo del SEA, solicitándole expresamente rectificar el citado considerando, eliminando la exigencia de compensar NOx.

El 25 de marzo de 2013, el Director Ejecutivo del SEA, mediante Resolución Exenta N° 258, decide rechazar la reclamación y mantener la exigencia de compensar las emisiones de NOx. En su razonamiento, el citado Director consideró que la situación base debía corresponder a aquella existente al momento de evaluarse la modificación del proyecto original, y como en este caso, este último aún no se había ejecutado materialmente cuando se presentó la DIA de su modificación, la situación base debía corresponder a "sin proyecto alguno". En efecto, la DIA de la modificación ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA) el día 30 de diciembre de 2010, y la ejecución del proyecto original se inició el 3 de enero de 2011.

El 13 de mayo de 2013, el titular del proyecto interpone un recurso de reclamación que fue admitido a tramitación por este Tribunal. En el libelo, el reclamante solicita que se acoja el recurso y que se elimine del considerando 5.1 de la Resolución Exenta N° 315 de 2011, la exigencia de presentar un plan de compensación de emisiones por NOx, conforme a los argumentos que a continuación se desarrollan.

En primer lugar, la parte reclamante se opone a que la situación base, a partir de la cual se determinen las emisiones, equivalga a "sin proyecto alguno". Seguir el criterio del Director Ejecutivo traería las siguientes consecuencias: no se podrían explicar las actividades y excavaciones asociadas al proyecto original, que por un periodo cercano a los ocho meses fueron realizadas en

paralelo a la evaluación de su modificación; las mencionadas actividades no podrían haberse ejecutado, pues hubiese correspondido evaluar un proyecto nuevo y no una modificación; y por último, habría correspondido disminuir el caudal de emisiones a compensar el año 2 (primero de la modificación) respecto al componente MP10, pues las emisiones proyectadas en la modificación eran menores que en el proyecto original, sin embargo, la RCA de la modificación determinó mantener el Plan de Compensación para el MP10 previsto en la RCA del proyecto original.

En segundo lugar, señala que en la DIA de la Modificación y en su correspondiente proceso de evaluación, siempre se consideró al proyecto original como situación base. Como ejemplo, señala el punto 1.7.5 del Informe Consolidado de la Evaluación (ICE), las tablas de emisiones y compensaciones presentadas en la DIA, las tablas N° 12 y 13 del punto 1.3 del Adenda N° 1 y la tabla N° 6 del considerando 5.1 de la RCA reclamada. En todas ellas -indica el reclamante- se omite el año 1 o se lo lleva a cero emisiones como parte de la situación base o proyecto aprobado y en ejecución simultánea.

En tercer lugar, argumenta que es irrelevante precisar cuándo se inició la ejecución del proyecto original, ya que aquí lo realmente importante y sometido a evaluación ambiental fue una propuesta de modificación a un proyecto existente que duraba tres años en construirse y que se encontraba en vías de ejecución, y cuyos efectos en materia de emisiones atmosféricas se verían reflejados en los años 2 y 3 de la etapa de construcción, ya que las excavaciones del año 1 se realizaron bajo la evaluación del proyecto original y no incidieron, en consecuencia, en la modificación.

En cuarto lugar, el reclamante afirma que se han vulnerado sus derechos adquiridos, por cuanto al modificarse el Plan Regulador de la comuna de La Reina, el titular del proyecto exploró la posibilidad de modificar su proyecto ajustándolo a

las nuevas condiciones, sin por ello renunciar al proyecto anterior "como derecho adquirido y certeza adquirida".

En quinto lugar, señala que en dos oportunidades el Director Ejecutivo no consideró los criterios técnicos que reconocían al proyecto original como situación base de emisiones para su modificación. Estos criterios técnicos -agrega- debieron ser considerados en atención a lo señalado en el artículo 25 de la Ley N° 19.300 y en lo resuelto en diversos dictámenes de la Contraloría General de la República (N° 41.962 y 46.234, ambos de 2001, y el N° 8.971 de 2002).

La primera desatención habría ocurrido en relación a lo señalado en el Oficio N° 387 de 5 de mayo de 2011, en que la SEREMI del Medio Ambiente, bajo la vigencia del actual artículo 98 del D.S. N° 66/2009, informó acerca de la Adenda N° 1 de la DIA del proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña", manifestando su entera conformidad con lo señalado en ella, condicionando su aprobación a que, en la etapa de construcción del proyecto, el titular presentare únicamente un Plan de Compensación de Emisiones para MP10.

La segunda desatención se habría producido respecto al informe del entonces Director Regional del SEA de la Región Metropolitana, quien con fecha 20 de enero de 2012, mediante Memo N° 11, informó al tenor de la reclamación administrativa presentada por el titular del proyecto. En dicho documento, la citada autoridad propuso que se acogiera la reclamación administrativa presentada por el reclamante, ya que éste no tendría, en función de los valores establecidos en el artículo 98 del D.S. N°66/2009, la obligación legal de compensar las emisiones adicionales de MP10 y NOX. En este informe, el Director Regional del SEA concluye expresamente lo siguiente: "[...] es posible confirmar que el delta de emisiones de MP10 y NOx entre la situación base aprobada por el proyecto "Mall Plaza Egaña" y la actualización de la misma aprobada en el contexto de la evaluación ambiental del

proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña", no superan los valores máximos contemplados en el D.S. N° 66 [...] por lo que el titular no estaría afecto a compensar MP10 y NOx, en conformidad a dicho PPDA".

Por último, el 21 de junio de 2013, la parte reclamante acompaña copia de la respuesta del entonces Director de la CONAMA de la Región Metropolitana, a la carta enviada por Desarrollos Urbanos S.A., el 30 de agosto de 2010, donde se comunicaba el inicio de las obras del proyecto.

Por su parte, el 19 de junio de 2013, el Director Ejecutivo del SEA evacúa, conforme lo exige el artículo 29 de la Ley N° 20.600, el informe solicitado por este Tribunal dando cuenta de la reclamación presentada a fojas 18. En este documento, el citado Director expone como parte central de su argumentación, que lo fundamental en el caso de autos es otorgar un adecuado sentido al concepto de "situación base" contenido en el artículo 98 del D.S. N° 66/2009. Es relevante la determinación de la situación base -señala- para establecer si las emisiones atmosféricas que un determinado proyecto genera exceden o no el umbral señalado en la ley. Indica que respecto a la modificación de un proyecto, la situación base a la que alude el artículo 98 del citado decreto, depende de si el proyecto original se estaba o no ejecutando materialmente. Como en este caso el proyecto "Mall Plaza Egaña" aun no entraba en ejecución al momento de ingresar la DIA de su modificación al SEIA, corresponde que la situación base sea "sin proyecto alguno en desarrollo o ejecución".

En su argumentación más detallada, la parte reclamada expone, en primer lugar, que el artículo 98 del D.S. N° 66/2009 debe interpretarse a la luz de los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico ambiental. Cita el dictamen de la Contraloría General de la República N° 15.803 de 29 de abril de 2002, que señala "que la interpretación de las normas de

emisión y los planes deben realizarse con criterios finalistas que miren a la preservación de la salud de las personas y a la conservación de la vida humana". Destaca la importancia que en nuestro sistema jurídico ambiental tiene el principio preventivo y que el Director Ejecutivo interpretó el artículo 98 del D.S. 66/2009, bajo el prisma de tal principio.

En segundo lugar, argumenta que la situación base a la que se refiere el artículo 98 del D.S. N° 66/2009, supone que el proyecto original se esté ejecutando; entenderlo de otro modo iría en contra de la finalidad y el objetivo del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana. En este sentido, el reclamado señala que la interpretación del artículo 98, defendida por el recurrente, en orden a que para exigir un plan de compensación debe considerarse el delta existente entre las emisiones estimadas para el proyecto original y las calculadas para el proyecto modificado, constituye una interpretación totalmente torcida e interesada que burla la finalidad del citado plan de prevención. Agrega que la interpretación del reclamante no se aplicaría cuando el proyecto original no se ha ejecutado, es decir, no ha iniciado alguna de sus fases o las inicia en forma coincidente con el ingreso al SEIA del proyecto que lo modifica. Esta sería, en opinión de la parte reclamada, la situación que se presenta en autos, por cuanto el proyecto original no se había ejecutado cuando su modificación fue ingresada a evaluación, por lo que la situación base coincidiría con el estado de "sin proyecto alguno".

En tercer lugar, para sustentar legalmente su postura, cita junto al principio preventivo, al artículo 2 literal d) del Reglamento del SEIA, que habla de "proyecto ya ejecutado"; al inciso tercero del artículo 16 del citado Reglamento, que se refiere a la modificación de "un proyecto en ejecución"; al artículo 11 ter de la Ley N° 19.300, que se refiere a "proyecto o actividad existente"; y, finalmente, al mismo

artículo 98 del D.S. N° 66/2009, que habla de "modificaciones a proyectos existentes o modificaciones en cualquiera de sus etapas". Junto a lo anterior, la parte reclamada señala que la situación base sin proyecto alguno, para este caso, es totalmente coherente con la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, que confirmaría que por ejecución de proyecto ha de entenderse la ejecución material del mismo, siendo fundamental que se dé inicio a la ejecución material de las actividades, "no bastando la sola obtención de alguna autorización administrativa" (dictámenes números: 26.386/2001, 54.868/2006, 8.022/2007 y 40.638/1997).

En cuarto lugar, la parte reclamada señala que la obligación de compensar NOx se encuentra justificada a la luz de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En cuanto a la razonabilidad, señala que la decisión tiene justificación normativa en el artículo 98 del D.S. N° 66/2009; una razón interpretativa totalmente finalista y coherente; y, finalmente, que existe una razón de mérito procesal en el Oficio N° 121.042 del Subsecretario del Medio Ambiente, de 10 de abril de 2012. Sobre esto último, agrega que es totalmente razonable que el Director Ejecutivo del SEA haya acogido las consideraciones del Subsecretario del Medio Ambiente en perjuicio de lo señalado por el entonces Director Regional del SEA de la Región Metropolitana, ya que conforme a lo dispuesto en la letra o) del artículo 70 de la Ley N° 19.300, es el Ministerio de Medio Ambiente quien tiene la facultad exclusiva y excluyente de interpretar administrativamente las normas de calidad ambiental y de emisión, y los planes de prevención y de descontaminación.

En cuanto a la proporcionalidad, sostiene que la exigencia impugnada es coherente con la finalidad de nuestra carta fundamental y los derechos reconocidos en ella, particularmente en los números 1° y 8° de su artículo 19. Es idónea y razonable con el objetivo buscado, pues al compensar NOx se reduce la contaminación de la Región



Metropolitana y es, finalmente, coherente con el principio preventivo.

Con fecha 20 de junio de 2013, se ordenó traer los autos en relación. Posteriormente, en audiencia celebrada el 10 de julio del presente año, se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Cristóbal Fernández Villaseca por la parte reclamante y Edesio Carrasco Quiroga por la parte reclamada.

En estrado, el abogado de Desarrollos Urbanos S.A. agregó a lo indicado en su reclamación, que la modificación del proyecto original lo era para etapas futuras, en particular, a la correspondiente a la fase de construcción. La etapa de excavación quedó, por tanto, excluida de la DIA de la modificación, porque el área y el volumen evaluado originalmente para esta etapa acogían íntegramente las características de las nuevas edificaciones.

Señala que la Dirección Ejecutiva omite "increíblemente" la realidad de un proyecto en ejecución, tal como se señaló en la DIA de la modificación y como se ejecutó durante todo el proceso de revisión en el SEIA. Agrega que se le desconoció al titular del proyecto el haber agotado a esa fecha todas las medidas destinadas a materializar una o más de las fases de construcción, tal como reza la letra b) del artículo 2 del Reglamento del SEIA. Conforme a lo anterior, se habían reunido todas las autorizaciones requeridas, contratado todos los servicios y los recursos para dar inicio a la fase de habilitación, despeje, cierre, instalación de faenas y excavación, a partir del 21 de diciembre de 2010, fecha del último permiso otorgado; sin embargo, las actividades realizadas entre el 21 de diciembre de 2010 y el 2 de enero de 2011, fueron omitidas en la evaluación por ser de poca entidad, y se prefirió indicar el 3 de enero de 2011 como fecha de inicio de la ejecución de las obras, pues desde esta

fecha las actividades se comenzaron a realizar con "mayor fuerza".

Agrega que el criterio adoptado por el Director Ejecutivo del SEA supone la ilegalidad de la propia RCA reclamada, toda vez que consideraría la aprobación de actividades anteriores en una resolución posterior. Lo que existe realmente aquí - señala el reclamante- es una RCA que aprueba un proyecto original cuya ejecución se inició independientemente de la DIA de su modificación. Por su parte, la Resolución Exenta N° 315 de 2011, aprueba una modificación de proyecto para etapas futuras de este y no uno nuevo. Lo anterior es coherente con la definición de "ejecución de proyecto" y de "modificación" contenidas en el Reglamento del SEIA y con lo dispuesto en el artículo 11 ter de la Ley N° 19.300.

Señala que no hay división de proyecto en razón de futuras modificaciones al plan regulador o plan de prevención y descontaminación atmosférica. Finalmente, reitera que la reclamación sea acogida en todas sus partes y que se elimine la obligación de elaborar un plan de compensación para NOx.

Por su parte, en estrado, el abogado de la parte reclamada agregó a su informe de fojas 55, que la resolución reclamada cumple con todas las reglas, estándares y principios. Señala que el Tribunal debe resolver dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, qué se entiende por situación base a la luz del artículo 98 del D.S. N° 66/2009; y, segundo, qué se entiende por proyecto materialmente ejecutado.

En cuanto a la carta presentada por el reclamante en agosto de 2010, donde se comunicaba con la suficiente antelación el inicio de las obras del proyecto original, señaló que el documento sólo contenía un anuncio impreciso en relación a la fecha en que se comenzaría la ejecución del proyecto. Agrega que en la página 21 de la Adenda N° 1 de la evaluación de la modificación del proyecto, se indica expresamente que el

inicio de las obras comenzaron el 3 de enero de 2011 y que, por lo tanto, queda acreditado que no hubo ejecución de obras del proyecto original antes de esa fecha.

Señala que en el caso de autos existe un "ardid" diseñado por el titular del proyecto, cuyo objetivo habría sido consolidar una situación jurídica ante el cambio de regulación que venía respecto de dos normas que le serían plenamente aplicables en el futuro, el D.S. N° 66/2009 y la modificación al Plan Regulador de la comuna de La Reina. Agrega que como consecuencia del ingreso al SEIA del proyecto original el año 2008, la reclamante se habría anticipado a ese cambio regulatorio, acogiendo a una normativa más laxa en materia de emisiones. Bajo este ardid, el titular del proyecto habría presentado la carta donde comunicaba a la autoridad del inicio de las obras en agosto de 2010, haciendo caer en la "trampa" a la Dirección Regional del SEA, quien contesta dando cuenta de la realización de ciertas obras, las que no se acreditaron ante la Dirección Regional ni tampoco en la reclamación seguida ante este Tribunal.

Señala que el instructivo que contiene "*los criterios para decidir sobre la pertinencia de someter al sistema de evaluación de impacto ambiental la introducción de cambios a un proyecto o actividad*" de la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, es de julio de 2008, es decir, un mes antes del ingreso a evaluación del proyecto original. Este instructivo explica qué ha de entenderse por un proyecto ya ejecutado, señalando que éste debe estar en construcción, en ejecución o ya abandonado. Agrega que no existe en el proceso, ni se acompañó por parte del titular del proyecto, copias de los contratos de trabajo, contratos de construcción, contratos con empresas de demolición, facturas, etc., destinados a probar que el proyecto se encontraba en ejecución.

Precisa que en términos normativos la decisión del Director Ejecutivo del SEA no solo es acorde con la normativa

nacional, en especial, con las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.300 y en el Reglamento del SEIA, sino que también es coherente con la normativa internacional que ha sido fuente para nuestra legislación, como la de Estados Unidos, donde se exige -según lo señalado por el abogado del reclamado- que las modificaciones de proyectos requieren para ser consideradas como tal, un cambio físico (*New York v. EPA 2005; United States v. Duke Energy Corp 2005*).

Concluye que al hablar de modificación de proyecto, ha de entenderse que el proyecto original ya está en construcción, ya está siendo ejecutado o eventualmente abandonado. No se habla, en consecuencia, de modificaciones a proyectos en abstracto, porque esta situación se prestaría para el ardid que imputa al reclamante. Finalmente, reitera a este Tribunal que la reclamación sea rechazada en todas sus partes y que se condene expresamente al reclamante al pago de las costas.

Finalizada la vista de la causa, ésta quedó en estado de acuerdo como consta en el certificado de autos a fojas 99.

**CONSIDERANDO:**

**Primero.** Que de acuerdo a lo señalado en la parte expositiva de esta sentencia, es evidente que el problema fundamental en esta reclamación dice relación con la determinación de la situación base de emisiones para el proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña", existiendo posturas diametralmente opuestas entre las partes respecto a la precisión de dicha situación. Esta diferencia se origina como consecuencia de que los litigantes interpretan de distinta forma las disposiciones aplicables al caso de autos, correspondiéndole a este Tribunal resolver sobre la interpretación correcta y, como consecuencia de ello, determinar si es procedente o no que el titular del proyecto deba elaborar un plan de compensación de emisiones para NOx;

**Segundo.** Que para conocer lo esencial de los argumentos, en especial los de la parte reclamada, es necesario exponer el contenido de los puntos 7.6 a 7.9 de la resolución impugnada, donde se expone claramente cuál es la razón que motivó al Director Ejecutivo para requerir al reclamante la elaboración de un plan de compensación de emisiones para NOx, a saber:

"[...] 7.6 En este contexto, la determinación del alcance de la obligación de compensar emisiones, en los términos del artículo 98 del PPDA, presupone aclarar el concepto de "situación base". En efecto, es en relación a dicha situación base que deben calcularse las emisiones de un proyecto, para luego definir si se requiere o no compensación.

7.7 Al respecto, y en la línea con lo informado por el Subsecretario del Medio Ambiente, mediante el oficio ordinario N° 121042, de 10 de abril de 2012, es la opinión técnica de esta Dirección Ejecutiva que la situación base es aquella existente al momento de evaluarse el proyecto en cuestión. En el caso de marras, consta que el proyecto original no se había ejecutado al tiempo de someterse a evaluación ambiental al Proyecto, por lo que la situación base coincide con la situación sin proyecto alguno [...].

7.8 La lectura anterior es coherente con el encabezado de la norma citada, la que se refiere a los proyectos nuevos y a las modificaciones de proyectos "existentes" o modificaciones "en cualquiera de sus etapas", siguiendo a su vez la propia definición de "modificaciones de proyecto o actividad" que establece el artículo 2 letra d) del Reglamento del SEIA, según el cual el proyecto o actividad debe estar "ya ejecutado". En consecuencia, en el caso particular del Proyecto cuya RCA se reclama, nos encontramos, para efectos del PPDA, frente a un proyecto nuevo.

7.9 En consecuencia, el Proyecto debe compensar sus emisiones de MP10 y NOx en conformidad a la estimación de emisiones

actualizada, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del PPDA del año 2009 [...]”.

Lo anterior es coherente con los argumentos expuestos por la parte reclamada durante el proceso de reclamación, quien acepta que una modificación pueda tener como situación base al proyecto que modifica, pero lo anterior dependerá de si este último había iniciado o no su ejecución material cuando su modificación ingresó al SEIA. En el primer caso, la situación base corresponderá al proyecto original; en el segundo, la situación será “sin proyecto alguno”;

**Tercero.** Que para determinar si la argumentación del Director Ejecutivo es correcta y coherente, se debe precisar cuál es el real alcance de lo señalado en el artículo 98 del D.S. N° 66/2009. El citado precepto señala: “*Todos aquellos proyectos o actividades nuevas y la modificación de aquellos existentes que se sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, deberán cumplir las siguientes condiciones: 1. Aquellos proyectos o actividades nuevas y sus modificaciones, en cualquiera de sus etapas, que tengan asociadas una emisión total anual que implique un aumento sobre la situación base, superior a los valores que se presentan en la siguiente Tabla, deberán compensar sus emisiones en un 150% [...]”;*

**Cuarto.** Que al analizar el texto del artículo 98, queda en evidencia que el precepto no vincula expresamente la determinación de la situación base con la situación existente al momento de evaluarse la modificación, ni tampoco, como consecuencia de lo anterior, que se deba distinguir si el proyecto original se estaba o no ejecutando materialmente. Por lo tanto, dicha exigencia se debería deducir implícitamente del contenido del artículo 98, que es justamente lo que señala el Director Ejecutivo en su resolución. La citada autoridad estima que determinar la situación base en relación al momento en que se evalúa la modificación, depende, en definitiva, de si el proyecto

original se estaba o no ejecutando materialmente, dicha solución sería coherente con las expresiones "modificación de aquellos existentes" y "modificaciones en cualquiera de sus etapas" contenidas en el artículo 98, que implícitamente confirmarían que se exige la ejecución material del proyecto original. Con todo, al analizar dichas expresiones dentro del contexto del artículo 98, este Tribunal no puede coincidir con lo afirmado por el Director Ejecutivo en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Que de la primera parte del artículo 98 se deduce que tanto los proyectos o actividades nuevas como las modificaciones de proyectos o actividades existentes que ingresen al SEIA, deberán compensar sus emisiones si exceden el umbral establecido en la ley. Por lo tanto, lo fundamental aquí es determinar si "proyecto o actividad existente" es equivalente a "proyecto o actividad en ejecución material".

Desde el punto de vista de la normativa ambiental, se puede considerar que un proyecto existe desde que se obtiene la calificación ambiental favorable por parte de la autoridad, siendo, en consecuencia, la existencia del proyecto una situación diversa a la ejecución del mismo, distinción que también se presenta en la normativa de urbanismo y construcciones. Es a través de la RCA, un acto administrativo de autorización, favorable, que el titular del proyecto consolida una situación jurídica determinada, naciendo derechos y obligaciones, caducando los primeros si dentro de cinco años no se inicia la ejecución del proyecto, lo que reafirma que la existencia de un proyecto es un momento previo y distinto al de su ejecución. Así lo regula expresamente el inciso primero del artículo 25 ter de la Ley N° 19.300, que señala: "la resolución que califique favorablemente un proyecto o actividad caducará cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o actividad autorizada, contado desde su notificación".

A mayor abundamiento y respecto al inicio de la ejecución material en el ámbito de los permisos de edificación, acto administrativo que ampara la realización de obras de urbanización o edificación, el artículo 1.4.17 del D.S. N° 47 de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, dispone que: "El permiso caducará automáticamente a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si éstas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso"; precisando en el inciso segundo que "una obra se entenderá iniciada una vez realizados los trazados y comenzadas las excavaciones contempladas en los planos del proyecto". Así, el constructor o el urbanizador se encuentran autorizados para comenzar la ejecución en cualquier momento dentro del período de vigencia del permiso. Lo que viene a confirmar que la existencia de un proyecto u obra, es un momento anterior y distinto al de su ejecución.

2. La expresión "modificaciones en cualquiera de sus etapas" tampoco permite sostener -como lo hace el reclamado- que el proyecto original se deba estar ejecutando materialmente para ser considerado como situación base de su modificación. Lo que esta locución quiere decir en el contexto del artículo 98 del D.S. N° 66/2009, es que si las modificaciones en cualquiera de sus etapas, por ejemplo, construcción u operación, tienen asociadas un aumento de emisiones anuales por sobre la situación base que excedan el umbral permitido por la ley, deberán compensarlas en la forma establecida por el artículo 98. Como es evidente, la frase está en un contexto que nada tiene que ver con el otorgado por el Director Ejecutivo en su resolución;

Quinto. Que en la resolución impugnada, el Director Ejecutivo también señala que su interpretación es coherente con lo señalado en el artículo 2 de la letra d) del Reglamento del SEIA, que señala: "Para los efectos de este



*Reglamento se entenderá por: d) Modificación de proyecto o actividad: realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad ya ejecutado, de modo tal que éste sufra cambios de consideración".*

Como el proyecto original aún no se estaba ejecutando materialmente cuando la DIA de su modificación ingresó al SEIA, el reclamado entiende que no se cumple con el artículo 2 del citado Reglamento, ya que no se intervino o complementó un proyecto o actividad "ya ejecutado". En consecuencia - señala la resolución reclamada- "en el caso particular del Proyecto cuya RCA se reclama nos encontramos, para efectos del PPDA, frente a un proyecto nuevo".

El razonamiento anterior, que también fue esgrimido en estrado por el abogado de la parte reclamada, supone que un proyecto puede tener una doble naturaleza. Por un lado, para su evaluación, se le considera como un proyecto de modificación; sin embargo, cuando se trata del artículo 98 del D.S. N° 66/2009, es considerado como un proyecto nuevo.

Esta dualidad es inconsistente, carece de razonabilidad y su aplicación debe ser calificada como arbitraria. En efecto, suponer que un proyecto puede ser considerado como una modificación y en otras situaciones como un proyecto nuevo, es contrario a los niveles básicos de certeza con que debe contar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Pero eso no es todo, la contradicción del argumento es evidente, por cuanto el citado artículo 2 letra d) del Reglamento del SEIA señala qué debe entenderse por modificación a un proyecto o actividad; luego, si el SEA tramitó la evaluación de un proyecto como una modificación, fue porque entendió que éste cumplía con las características exigidas para considerarlo como tal, en consecuencia, no puede en otra situación, considerar bajo el mismo precepto aplicable, que se trata de un proyecto nuevo.

Si el SEA consideró que el proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña" era un proyecto nuevo a la luz de lo señalado en el citado artículo 2 del Reglamento del SEIA, lo debió ser tanto para el D.S. N° 66/2009 como para su evaluación en el SEIA. De ser así, hubiese correspondido evaluar la modificación del proyecto como un proyecto nuevo, debiendo haber incorporado el año 1 excluido de la evaluación de la modificación y no haber ejecutado ninguna obra destinada a dar inicio la fase de construcción mientras no se aprobara definitivamente la RCA del nuevo proyecto. De no incorporar el año 1 a la evaluación, ninguna de las obras del año 2 y 3 del proyecto (año 1 y 2 de la modificación) se podrían haber realizado, ya que para llevar a cabo las faenas de construcción se requería previamente haber realizado las excavaciones correspondientes.

Sin embargo, en la práctica esto no ocurrió, ya que el SEA consideró al proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña" como una modificación del proyecto original y así lo evaluó. Por lo tanto, no puede luego de reconocerle dicho carácter para efectos de la evaluación, considerarlo como proyecto nuevo para el Plan de Prevención de Descontaminación. O es modificación o es proyecto nuevo, pero no puede ser una mezcla de ambos;

**Sexto.** Que de acuerdo a lo razonado precedentemente por este Tribunal, queda de manifiesto que la ejecución del proyecto no es un criterio que se exija expresamente o pueda deducirse del texto del artículo 98 del D.S. N° 66/2009. El inicio de la ejecución del proyecto es relevante para determinar si se está ante una modificación que requiere o no entrar al SEIA, conforme lo señalado en el artículo 2 letra d) del Reglamento del SEIA. Una vez que se determina que se trata de una modificación que debe ingresar como tal al SEIA, el inicio de ejecución, y más aún, la ejecución material, son irrelevantes para efectos de determinar la situación base a

la que hace referencia el artículo 98 del D.S. N° 66/2009. En efecto, la situación base para un proyecto nuevo corresponderá generalmente a la situación sin proyecto alguno y, para los casos de modificaciones, la situación base será generalmente el proyecto que se modifica o proyecto original. Esto es, en definitiva lo que determina la situación base y no la situación existente (fáctica) al momento de evaluarse la modificación;

**Séptimo.** Que en el caso de autos, el SEA estuvo de acuerdo en que los cambios realizados al proyecto original eran de consideración y que, por lo tanto, la modificación debía entrar como tal al SEIA, conociendo que al momento de presentar la DIA aún no se iniciaba la ejecución material de las obras del proyecto original. Por lo tanto, al validar que el proyecto se trataba de una modificación, carece de todo sentido discutir la naturaleza de la modificación en otras áreas, como sería el caso del artículo 98 del D.S. N° 66/2009;

**Octavo.** Que el hecho de que el SEA haya considerado al proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña" como una modificación y así lo haya evaluado, a pesar de no haberse iniciado su ejecución material, no es contrario a la interpretación que del propio artículo 2 letra d) realiza el Servicio. En efecto, ha sido el propio SEA quien ha interpretado el alcance que debe darse al artículo 2° letra d) del Reglamento en el instructivo sobre "*los criterios para decidir sobre la pertinencia de someter al sistema de evaluación de impacto ambiental la introducción de cambios a un proyecto o actividad*". En dicho documento, se da una interpretación amplia respecto a qué debe entenderse por proyecto o actividad ya ejecutado, a saber: "*1. ¿Qué debe entenderse por proyecto o actividad "ya ejecutado"? La situación regular o recurrente dice relación con iniciativas tendiente a introducir "cambios" a proyectos ya ejecutados, es decir, que habiendo iniciado su ejecución están en alguna*

de sus fases de construcción, operación o abandono, y en ese escenario se propone la introducción de los "cambios". En tal caso podrán encontrarse tanto proyectos que nunca se han sometido al SEIA, como aquellos cuyo proyecto original cuenta con una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) aprobatoria. La introducción de "cambios" en ambos casos de proyectos, tendrá como consecuencia el sometimiento obligatorio al SEIA en tanto cumpla los requisitos que se desprenden de la definición de "modificación de proyecto o actividad" precedentemente expuesta.

Una circunstancia excepcional dice relación con la iniciativa de introducción de "cambios" a un proyecto "no ejecutado"; es decir, que no ha iniciado su ejecución pero que tiene RCA aprobatoria. En este caso, aun cuando el proyecto no esté ejecutado, para efectos de determinar si la introducción de "cambios" debe someterse al SEIA, igualmente se debe analizar si se cumplen los requisitos que se desprenden de la definición de "modificación de proyecto o actividad";

**Noveno.** Que, conforme a lo anterior, la interpretación que el propio SEA ha dado al concepto de proyecto o actividad ya ejecutado, es lo suficientemente amplia como para aplicar las reglas de la modificación incluso a los cambios introducidos a proyectos que no estén ejecutados pero que tengan una RCA aprobatoria. Es decir, a pesar de que a primera vista el término "ya ejecutado" parece excesivamente limitante, la interpretación que se ha realizado por parte de la autoridad ha sido estimar que los cambios de consideración constituyen modificación y deben ingresar como tal al SEIA, independientemente de si han iniciado o no la ejecución de un proyecto, con tal que tengan una RCA favorable;

**Décimo.** Que a mayor abundamiento, esta interpretación es coherente con lo señalado en el nuevo Reglamento del SEIA, contenido en el D.S. N° 40 de octubre de 2012, del cual ya se tomó razón por parte de la Contraloría General de la

República y se encuentra próximo a ser publicado. Si bien aún no se encuentra vigente, este nuevo estatuto, en su artículo 2 letra g), define modificación de proyecto o actividad como la "realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad, de modo tal que este sufra cambios de consideración. Se entenderá que un proyecto o actividad sufre cambios de consideración cuando [...]". En la nueva disposición, lo fundamental para determinar si se está ante una modificación que debe entrar al SEIA no tiene que ver con la ejecución del proyecto original, sino que el criterio decisivo es si se proponen cambios de consideración al proyecto originalmente evaluado. Si estos son de consideración, entonces se trata de una modificación que debe entrar al SEIA. En términos concretos, la nueva reglamentación regula expresamente lo que actualmente se hace a través de una interpretación administrativa del artículo 2° letra d) del actual reglamento, que también pone el asunto en la entidad del cambio, interpretando extensivamente el concepto de "proyecto o actividad ya ejecutado";

**Decimoprimer.** Que, conforme a lo señalado en los considerandos precedentes, queda de manifiesto que la interpretación del artículo 98 del D.S. N° 66/2009, realizada por el Director Ejecutivo, en el sentido de que la situación base es aquella existente al momento de evaluarse el proyecto en cuestión, y por ende, que debe distinguirse si el proyecto original se está o no ejecutando materialmente, es incorrecta. Como ya se indicó en los razonamientos anteriores, la situación base depende en el caso de autos de si el proyecto evaluado es una modificación o un proyecto nuevo. Como el SEIA entendió que los cambios propuestos al proyecto "Mall Plaza Egaña" eran de consideración, los evaluó como una modificación, conforme a lo señalado en el artículo 2 letra d) del Reglamento del SEIA, de manera que ésta es y así fue considerada la naturaleza del proyecto calificado favorablemente por la RCA de 29 de julio de 2011. Ahora bien, una vez determinado que el proyecto "Modificación Mall Plaza

Egaña" corresponde a una modificación, no cabe cuestionar su naturaleza en otro ámbito ni hacer exigencias que la ley no señala, como lo pretendió el Director Ejecutivo del SEA en la Resolución Exenta N° 258 de marzo de 2013, objeto de esta reclamación.

**Duodécimo.** Que ya establecido que la situación base a la que alude el artículo 98 del D.S N° 66/2009 corresponde, en el caso de las modificaciones, al proyecto original; se debe precisar si en caso de autos las emisiones del proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña" superan o no el umbral de 8 toneladas anuales establecido en el citado artículo 98. En ese sentido, y conforme a los antecedentes que constan en autos, en particular, en el proceso de evaluación del proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña" seguido ante el SEIA, es posible concluir que el delta de emisiones de NOx entre la situación base aprobada por el proyecto "Mall Plaza Egaña" y la actualización de la misma aprobada en el contexto de la evaluación ambiental del proyecto "Modificación Mall Plaza Egaña", no superan los valores máximos contemplados en el artículo 98 del D.S. N° 66/2009, no correspondiéndole, en consecuencia, al reclamante, elaborar un plan de compensación de emisiones para NOx;

**Decimotercero.** Que en virtud de los razonamientos anteriores, la reclamación de autos será acogida y así se declarará;

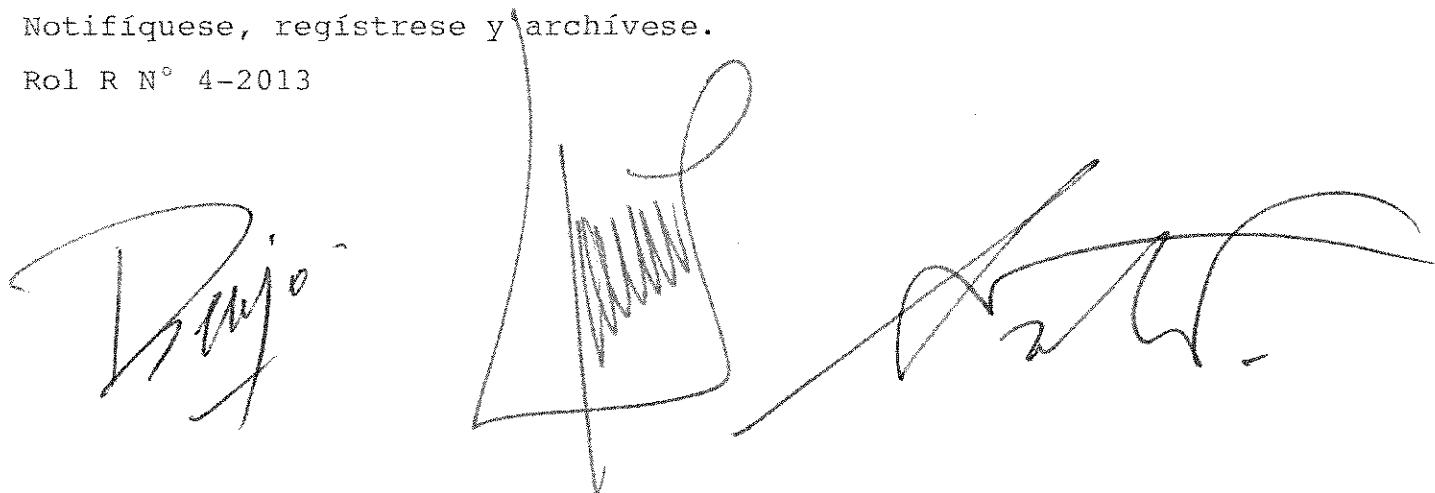
**Y TENIENDO PRESENTE** además, lo dispuesto en los artículos 20 y 60 de la Ley N° 19.300, 17 N° 5, 18, 25, 27, 29 y 30 de la Ley N° 20.600 y en las demás disposiciones pertinentes;

**SE RESUELVE:** que se **acoge** la reclamación deducida por Desarrollos Urbanos S.A. en contra de la Resolución Exenta N° 258 de 25 de marzo de 2013, dictada por el Director Ejecutivo del SEA, y se ordena dejar sin efecto lo dispuesto en el punto 5.1 de la Resolución Exenta N° 315 de 29 de julio de

2011, eliminándose la obligación impuesta al reclamado de elaborar un plan de compensación de emisiones para NOx.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol R N° 4-2013

Three handwritten signatures in black ink, arranged horizontally. The first signature on the left is cursive and appears to be 'Rojas'. The middle signature is more stylized with a large loop. The signature on the right is also cursive and appears to be 'Asenjo'.

Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidente, Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez, y por los Ministros señores Rafael Asenjo Zegers y Sebastián Valdés de Ferrari.

Redactó la sentencia el Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Alejandro Domic Segulich

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Alejandro Domic Segulich', located below the text of the Secretary's authorization.