



- EN LO PRINCIPAL** : DEDUCE RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO;
- PRIMER OTROSÍ** : ACOMPAÑA DOCUMENTO;
- SEGUNDO OTROSÍ** : PATROCINIO Y PODER.

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

MARIO GALINDO VILLARROEL y **JUAN JOSÉ EYZAGUIRRE LIRA**, abogados en representación de **HIDROELÉCTRICA ROBLERÍA SPA**, reclamante en causa Rol N°r-385-2023, caratulada "*Hidroeléctrica Roblería SpA/Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N°2.174, de 12 de diciembre de 2022)*", a S.S. Ilustre respetuosamente decimos:

Encontrándome dentro de plazo de conformidad a lo dispuesto en los artículos 26 inciso 4° de la Ley N°20.600 ("**Ley N°20.600**") y artículos 766 y siguientes del Código de Procedimiento Civil ("**CPC**"), interpongo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva dictada por este Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, con fecha 8 de abril de 2024, notificada a esta parte por correo electrónico el día 9 de abril del mismo año, solicitando a S.S. Ilustre que lo conceda para ante la Excelentísima Corte Suprema, a fin de que dicho Tribunal Superior, conociendo del recurso, invalide la sentencia recurrida por la causal invocada y dicte sentencia de reemplazo que, en su lugar, acoja la acción deducida, con costas.

El presente recurso de casación se basa en los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que se exponen a continuación.

I. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO

1. El recurso se interpone en contra de una sentencia definitiva

Según el artículo 158 del CPC, es “sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”.

Por medio del presente recurso de casación en el fondo se recurre la sentencia dictada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental con fecha 8 de abril de 2024, notificada a esta parte el 9 de abril del mismo año, por medio de la cual se resuelve rechazando en todas sus partes la reclamación presentada por Hidroeléctrica Roblería en contra de la resolución sancionatoria de la SMA N°2.174 de 12 de diciembre de 2022.

Según la definición del artículo 158 citado, es claro que la Sentencia Recurrída tiene la naturaleza de una sentencia definitiva. Por un lado, pone término a la instancia, tanto procesal ante el Tribunal Ambiental, como Administrativa ante la SMA, sin que quede abierto ningún asunto en alguna de aquellas sedes.

Por el otro lado, cumple también con el requisito de resolver la cuestión o asunto objeto del juicio. En particular, en la reclamación cuya sentencia se recurre, el objeto versó sobre la legalidad de la resolución que sancionó a HR con 1.174 UTA, en base a la revisión de la existencia de un posible decaimiento del procedimiento administrativo, así como la legalidad del análisis llevado a cabo para establecer la existencia de las distintas infracciones, y la determinación de la sanción concreta a imponer.

En la sentencia que se recurre, se revisó una a una las infracciones formuladas y sancionadas por la SMA, así como los antecedentes considerados por aquella para determinarlas. Ello cumple con el criterio que esta Excma. Corte Suprema ha establecido para entender que una sentencia resuelve el asunto objeto del juicio o el fondo de la cuestión que se debate, identificando el objeto del juicio con el fondo del procedimiento administrativo que se impugna, en este caso a las infracciones

conocidas en el procedimiento sancionatorio de la SMA.¹ De acuerdo con ello, finalmente se puso fin a la instancia rechazando la totalidad de las alegaciones de mi representada.

En consecuencia, la resolución judicial de autos que se recurre en autos reúne los requisitos antes mencionados y posee el carácter de sentencia definitiva, cumpliendo con el requisito establecido en el artículo 766 del código de enjuiciamiento civil.

2. Ley que concede el recurso

El inciso tercero del artículo 26 de la LTA que regula la procedencia de recursos, establece que:

“En contra de la **sentencia definitiva** dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los Tribunales Ambientales, establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9) y 10) del artículo 17, procederá sólo el **recurso de casación en el fondo**, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.” (El destacado es propio).

A su vez, el artículo 767 del CPC establece la regla general de procedencia del recurso de casación en el fondo en materia civil, la naturaleza jurídica de las resoluciones que son objeto de aquel, señalando a continuación que procede “siempre que se hayan **pronunciado con infracción de ley** y esta infracción haya **influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.**” (El destacado es propio).

3. El recurso se interpone dentro de plazo

El presente recurso de casación en el fondo se interpone dentro del plazo estipulado en el inciso quinto del artículo 26 de la LTA que dispone “los plazos y procedimientos del recurso de casación se ajustarán a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”. A su vez, el artículo 770 del CPC señala que “El recurso de casación deberá

¹ Excma. C.S. Sentencia de 29 de agosto de 2018 que declara inadmisibles los recursos de casación Rol N°3572-2018 (Cons. 11).

interponerse dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia sobre la cual se recurre”.

En el presente caso, la Sentencia Casada fue dictada con fecha 8 de abril de 2024 y notificada a las partes por correo electrónico el día 9 de abril de 2024, según consta en el certificado de notificación publicado en el expediente electrónico del Tribunal. En consecuencia, la presentación del recurso de casación en el fondo se presenta dentro de plazo.

4. El recurso es patrocinado por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión

El inciso final del artículo 772 del CPC señala que “el recurso deberá ser patrocinado por abogado habilitado, que no sea procurador del número”. Para dar cumplimiento al requisito anterior, tal como se acreditará en el segundo otrosí de esta presentación, el presente recurso de casación en el fondo se encuentra patrocinado por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA CAUSA, EL PROYECTO, EL ACTO RECLAMADO, Y LA SENTENCIA RECURRIDA

1. El Proyecto Generadora Eléctrica Roblería cuya pertinencia de ingreso fue consultada a la Dirección Regional del SEA del Maule

Hidroeléctrica Roblería es titular de una Central hidroeléctrica de pasada ubicada en el límite de las comunas de Linares y Colbún, con una capacidad de 4,0 MW de potencia, evaluado ambientalmente por medio de una Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) aprobada por RCA N°187/2010 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Maule.

Aquel proyecto aprobado originalmente en 2010 estimó su rendimiento en base a un transporte de agua durante todo el año desde el Canal Roblería, con un caudal de 3,6 m³/s. Sin embargo, debido a restricciones en verano para efectos de no

perturbar el uso del canal por los regantes, se determinó utilizar únicamente dicho recurso en los meses menos secos.

En consecuencia, de acuerdo con las capacidades de su autorización original, Inversiones Talavera Ltda, predecesora legal de HR en la titularidad de la Central, con fecha 8 de junio de 2015, en el escenario de dilucidar si una modificación a su proyecto debía o no someterse a evaluación ambiental –y confiando legítimamente en los instrumentos entregados por el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) y la práctica ambiental de proyectos de inversión– ingresó una **consulta de pertinencia de ingreso al SEIA del proyecto “Construcción de canal de 1,5 m³/s para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, Comuna de Linares”**.

Aquella primera consulta de pertinencia de ingreso fue resuelta por el Director Regional del SEA de la Región del Maule, por medio de **Resolución N°96/2015** debidamente acompañada en el recurso de reclamación de mi representada, por medio de la cual resolvió que **el proyecto “no requiere ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) de forma obligatoria”**. Ello, por cuanto constituía una modificación de proyecto que no constituía un cambio de consideración de acuerdo con el art. 2 letra g) del Reglamento del SEIA.

En particular, ya en aquella instancia, a mediados de 2015, el SEA Regional del Maule había resuelto que (i) el proyecto consultado no constituía un acueducto que debía someterse a la autorización del artículo 294 del Código de Aguas; (ii) no preveía una línea de transmisión de alto voltaje que condujera energía con tensión mayor a 23 kV; y (iii) no consistía en una central generadora mayor a 3MW. En consecuencia, no concurrían las causales de ingreso revisadas del artículo 10 de la Ley N°19.300 (“LBGMA”).

Tras modificaciones de diseño, **con fecha 13 de diciembre de 2016, el predecesor de HR requirió un nuevo pronunciamiento al SEA sobre la pertinencia de ingreso de la modificación, señalando idénticas obras, pero esta vez con un canal de aducción de 1,9m³/s en vez de los 1,5 m³/s originales.**

Resolviendo aquella consulta, por segunda vez la Dirección Regional del SEA del Maule descartó la pertinencia de ingreso de la modificación del proyecto de HR, por medio de **Resolución Exenta N°12/2017 de 10 de enero de 2017**, cuando nuevamente resolvió que **el proyecto consultado “no requiere ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental (SEIA) de manera obligatoria”**.

Así, y en el marco de la ejecución del proyecto consultado al SEA, **el 8 de julio de 2016 se solicitó a la DGA la aprobación del proyecto para la construcción de la bocatoma en el estero Nacimiento que permitiría captar las aguas provenientes de los derechos de aprovechamiento de HR en la zona, para luego conducirlos a la Central por medio del acueducto de 1,9 m³/s (expediente VC-0703-51 de la DGA).**

Durante la tramitación de aquel permiso, **mediante su Ordinario N°208, de 8 de noviembre de 2018, el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA (“DARH”), concluyó expresamente que el proyecto del Acueducto Nacimiento no constituía una obra mayor que requiera el permiso establecido en el artículo 294 del Código de Aguas.** Así, el órgano sectorial competente para pronunciarse acerca del cumplimiento de los requisitos exigibles a una obra hidráulica concluyó que las obras relativas al Acueducto Nacimiento **no requerían el permiso del artículo citado.**

En consecuencia, y aunque fuera redundante porque el SEA ya lo había resuelto dos veces, la DGA reafirmó el criterio de la autoridad ambiental. Sin que sea exigible el permiso del artículo 294 del Código de Aguas, se reitera, no es obligatoria entonces la evaluación ambiental de tales obras de acuerdo con la causal del artículo 10 letra a) de la LBGMA.

2. El lato procedimiento sancionatorio llevado a cabo por la SMA, los pronunciamientos emitidos en el marco de aquel, y el acto reclamado ante el 2TA

Tras el inicio de ejecución de las obras del Proyecto consultado, en particular durante la construcción del Acueducto Nacimiento, en mayo de 2018 tras fuertes lluvias y vientos HR informó un incidente a la SMA y la DGA. Debido a las adversas

condiciones meteorológicas, se verificaron deslizamientos de material acopiado por la ladera contigua al cauce, depositándose en diversos puntos del cajón del estero Nacimiento.

Como consecuencia de aquellos hechos no se generó una interrupción al libre escurrimiento de las aguas del estero, habiendo HR adoptado de inmediato medidas para evitar cualquier afectación significativa al medio ambiente.

Sin perjuicio de lo anterior, los hechos dieron paso al establecimiento de medidas provisionales pre procedimentales de los literales a) y f) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la SMA (LOSMA) por parte de la SMA en octubre de 2018 que se fueron renovando sucesivamente. En aquel entonces, la SMA argumentó una supuesta eventual elusión al SEIA producto de la construcción del acueducto.

En el marco de aquellas medidas provisionales, **HR interpuso una reclamación por el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600 ante el propio Segundo Tribunal Ambiental – causa Rol N°R-198-018 – que fue acogido con costas.**

En aquella instancia, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental –que, en la Sentencia Casada, según se verá, niega valor a los pronunciamientos del SEA que descartan una elusión al SEIA – señaló:

*“Nonagésimo segundo. Que, de lo indicado en el análisis realizado de la hipótesis de elusión al SEIA, es posible concluir que, al no verificarse la apariencia de la existencia de dicha infracción, las medidas provisionales decretadas no resultan proporcionales al tipo de infracción cometida, **puesto que en el presente caso el organismo competente ya se había pronunciado en dos ocasiones en el sentido que el proyecto de modificación no requería ingresar al SEIA.**”²*

Así, en marzo de 2019, al momento de dictarse la sentencia en comento, **ya existían dos pronunciamientos del SEA, uno de la DGA y uno del propio Ilustre Segundo Tribunal Ambiental estableciendo la inexistencia de los supuestos de una elusión**

² Ilte. Segundo Tribunal Ambiental, Sentencia de 15 de marzo de 2019, Rol N°R-198-2018.

al SEIA. A pesar de ello y como se verá en el título siguiente, posteriormente la SMA en sede sancionatoria y el mismo Ilustre Segundo Tribunal Ambiental estimaron lo contrario.

El 22 de noviembre de 2018, la SMA emite la Resolución Exenta N°1/Rol D-109-2018 por medio de la cual formula cargos a Hidroeléctrica Roblería, dando inicio a un procedimiento sancionatorio en su contra por tres infracciones: (i) incumplimiento de la RCA N°187/2010 en relación a la ejecución de las reforestaciones comprometidas; (ii) Elusión, por modificación del proyecto “Generadora Eléctrica Roblería” sin contar con RCA que lo autorice, por la construcción de una bocatoma, un acueducto de 2,36 metros cúbicos por segundo de capacidad máxima, y de 2,7 kilómetros de longitud, aumento en el período de generación de energía y aumento de superficie del proyecto; y (iii) por no responder en la forma solicitada a un requerimiento de información de la SMA.

En el contexto de este procedimiento, la SMA solicitó informe a organismos con competencia en las materias investigadas, entre ellos el SEA, quien por medio de su **Oficio N°200278 de 4 de marzo de 2020, concluyó por tercera vez, y esta vez revisando además los antecedentes del caso concreto del procedimiento sancionatorio**, que la modificación del proyecto del Acueducto Nacimiento:

“no debe ingresar de forma obligatoria al SEIA pues no se configurarían los literales g.1 y g.3 del artículo 2°, como tampoco la tipología de ingreso del literal a) contenido en el artículo 3°, ambos del RSEIA, puesto que ésta no requiere de la autorización de obra mayor del artículo 294 del Código de Aguas, por tratarse de un canal de 2,7 km para conducir 1.9m³/s de agua”.

Según se revisará en detalle como consecuencia de los vicios de casación, **el procedimiento sancionatorio perduró por más de 4 años**, lo que lleva a la pérdida de objeto de cualquier procedimiento y de eficacia de cualquier sanción, a diferencia de lo que el Ilustre Tribunal Ambiental ponderó en la Sentencia Casada. Lo anterior, aún más considerando la existencia de un período de suspensión de 1 año y 8 meses sin

actuación ni justificación alguna, y de dos períodos de más de 7 meses al inicio y al final del procedimiento en los cuales la SMA se mantuvo en absoluta inactividad, sin que consten diligencias probatorias ejecutadas.

Tras aquella excesiva e injustificada demora, con fecha 12 de diciembre de 2022 finalmente la SMA dictó la Resolución Exenta N°2.174 por medio de la cual sanciona a HR por las tres infracciones, imponiendo una multa de 1.174 UTA. Aquella resolución fue luego reclamada por el Titular ante el Tribunal Ambiental.

3. La Sentencia Recurrída

Finalmente, tras la reclamación presentada por HR, la vista de la causa, y la revisión de las alegaciones sobre los vicios de legalidad de la resolución de la SMA reclamada, el 8 de abril de 2024 el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental dictó sentencia definitiva por medio de la cual rechazó en todas sus partes el reclamo.

La sentencia, en primer lugar, rechaza las alegaciones sobre decaimiento del procedimiento administrativo, bajo el criterio de “demora justificada” en atención a los oficios a otros organismos públicos, la existencia de medidas precautorias, así como la existencia de una pandemia por COVID-19 durante su tramitación.

Luego, confirma la existencia de las tres infracciones sancionadas por parte de la SMA.

En lo que respecta a la infracción de elusión –que interesa respecto de los vicios que se denunciarán en este recurso –, el Tribunal confirma la supuesta procedencia de la causal de ingreso del artículo 10 letra a) de la LBGMA en base al entendimiento de que la capacidad de porteo del acueducto sería superior a 2m³/s que exige el permiso del artículo 294 del Código de Aguas, independiente de la cantidad de agua que efectivamente transporte.

Como se revisará, aquella conclusión es generada luego de realizar un análisis, adicional e independiente al realizado por la SMA en la resolución sancionatoria, y en base a antecedentes distintos, según lo cual estima cual sería el posible porteo del ducto.

Así, a pesar de exponer la existencia de cada uno de los pronunciamientos sectoriales que excluyen la necesidad de ingreso y de obtención del permiso, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental coincide con la SMA en que, aquellos pronunciamientos no son vinculantes para el ente fiscalizador en el ejercicio de sus competencias sancionatorias. No obstante, cada uno los descarta por razones distintas.

Finalmente, se rechazan todos los cuestionamientos al análisis de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para la determinación de la sanción, tras lo cual rechaza en todas sus partes el reclamo.

III. PRIMER VICIO DE CASACIÓN EN EL FONDO: INFRACCIÓN POR ERRÓNEA

APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 27 Y 40 INCISO SEGUNDO DE LA LEY N°19.880, REFERIDOS AL DECAIMIENTO Y PÉRDIDA DE OBJETO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, ASÍ COMO AQUELLAS DISPOSICIONES DE LOS ARTÍCULOS 7°, 14, 24 Y 38 DE LA LEY N°19.880 Y LOS ARTÍCULOS 3° Y 8° DE LA LEY N°18.575 REFERIDAS A LOS PRINCIPIOS DE CELERIDAD, INEXCUSABILIDAD Y CONTINUIDAD EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Enunciación de las normas legales infringidas

- Artículo 7° de la Ley N°19.880 que establece el principio de celeridad en los procedimientos administrativos, según el cual los procedimientos se someten al criterio de celeridad y se impulsarán de oficio. *“Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, **haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar su pronta y debida decisión.**”* (El destacado es propio).
- Artículo 14 de la Ley N°19.880 que establece el principio de inexcusabilidad en los procedimientos administrativos, y en cuyo inciso final se establece que *“**En los casos de prescripción, renuncia del derecho, abandono del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobreviniente del objeto del**”*

procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.” (El destacado es propio).

- **El artículo 24 de la Ley N°19.880** que regula plazos para las solicitudes a organismos de la Administración del Estado, para el caso en que aquellas no contengan un plazo en particular. El inciso tercero de dicho artículo establece que *“Los informes, dictámenes u otras actuaciones similares, deberán evacuarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la petición de la diligencia.”* (El destacado es propio).
- **Artículo 27 de la Ley N°19.880** que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, que impone un plazo razonable de duración de aquellos, estableciendo: *“Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final.”*
- **El artículo 38 de la Ley N°19.880** que establece la facultad de perseguir o “pedir cuenta” de informes que no se hayan emitido dentro del plazo establecido para que sea evacuado.
- **Artículo 40 inciso segundo de la Ley N°19.880** que regula la conclusión del procedimiento administrativo, y en particular el contenido del acto administrativo terminal en caso de imposibilidad material de continuación del procedimiento administrativo por pérdida de objeto (causas sobrevinientes). *“También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes. La resolución que se dicte deberá ser fundada en todo caso.”*
- **Artículo 3° de la Ley N°18.575.** En su inciso primero, se establece *“La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación y ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.”* Luego, en su inciso segundo se establecen los principios a los cuales

está sujeta la actuación de la Administración del Estado. *“La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes.”*

- **Artículo 8° de la Ley N°18.575** que establece el deber de agilidad en la actuación de la Administración. *“Los órganos de la Ley Administración del Estado **actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones**, o a petición de parte Cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, **procurando la simplificación y rapidez de los trámites**. Los procedimientos administrativos **deberán ser ágiles y expeditos**, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos.”* (El destacado es nuestro).

2. Hechos asentados en la sentencia

En lo que interesa a la causal de casación deducida hay seis hechos asentados en la sentencia y en función de los cuales se determina las consecuentes infracciones de ley:

1. **Primer hecho asentado en la sentencia:** El procedimiento administrativo estuvo formalmente suspendido durante dos años y cuatro meses. Así se señala en el considerando decimocuarto cuando el Tribunal establece que *“es dable inferir que el retraso en la tramitación del procedimiento sancionatorio se explica principalmente por los dos años y cuatro meses en que el procedimiento estuvo formalmente suspendido.”*
2. **Segundo hecho asentado en la sentencia:** el procedimiento estuvo suspendido en espera de un informe solicitado a la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental. Así, en el número 5. del considerando decimosegundo se establece que *“Mediante Resolución Exenta N°6, de 3 de julio de 2019, la SMA*

solicitó el pronunciamiento a la Dirección Ejecutiva del SEA para que indique si la modificación del proyecto objeto del cargo por elusión requiere ingresar al SEIA, y ordenó la suspensión del procedimiento sancionatorio hasta la recepción de dicho pronunciamiento."

3. **Tercer hecho asentado en la sentencia:** En el tiempo que el procedimiento estuvo activo y que equivale a un año y siete meses, la SMA realizó gestiones destinadas a finalizar un procedimiento (las califica de variadas). En el considerando decimocuarto el Tribunal señala que "[e]n el tiempo que el procedimiento estuvo activo, y que equivale a un año siete meses, la SMA realizó variadas gestiones destinadas a finalizar un procedimiento de elusión, (...)"
4. **Cuarto hecho asentado en la sentencia:** En el tiempo que el procedimiento estuvo activo y que equivale a un año siete meses la SMA llevó a cabo gestiones con órganos sectoriales (las califica de una cantidad no despreciable). El mismo considerando decimocuarto ya citado, continúa estableciendo: "En el tiempo que el procedimiento estuvo activo y que equivale a un año siete meses, la SMA realizó variadas gestiones destinadas a finalizar un procedimiento de elusión caracterizado por la necesidad de llevar a cabo una cantidad no despreciable de gestiones con órganos sectoriales, (...)"
5. **Quinto hecho asentado en la sentencia:** En el tiempo que el procedimiento estuvo suspendido, posterior al informe del SEA, y que equivale a un año y ocho meses, la SMA decretó medidas provisionales (las califica de relacionadas con el procedimiento sancionatorio y en el marco de su tramitación). Finalmente el considerando decimocuarto señala "a lo que debe sumarse la *relación existente entre el procedimiento sancionatorio y las medidas provisionales que la SMA dictó en el marco de su tramitación.*" Así también, al final del considerando decimoquinto el Tribunal señala:
"(...) Tal como se ha señalado precedentemente, ocho meses de paralización obedecen a la espera del informe del SEA, restando un fundamento razonable para el año ocho meses de suspensión restante. En este sentido, es menester recordar que durante este interregno se decretaron medidas provisionales procedimentales mediante la dictación de las Resoluciones Exentas N°379, de 26 de febrero 2020, y N°2026, de 8 de octubre

de 2020, las que se encuentran estrechamente vinculadas a los hechos constatados en el procedimiento administrativo sancionador seguido en contra de Hidroeléctrica Roblería."

6. **Sexto hecho asentado en la sentencia:** el lapso de suspensión del procedimiento coincidió con la época en que el país vivió una emergencia sanitaria producto de la pandemia del COVID-19. Primero, en el considerando decimo sexto menciona los Decretos del Ministerio de Salud y del Interior que declararon alerta sanitaria por emergencia de salud pública, así como el estado de excepción de catástrofe, entre el 18 de marzo de 2020 y hasta el 30 de septiembre de 2021. Luego, en el considerando decimoséptimo señala que *"dicho lapso de paralización [el período de 1 año y 8 meses de suspensión del procedimiento cuya justificación se revisaba] coincidió con la época en que el país vivió una emergencia sanitaria producto de la pandemia del COVID-19."*

Como se verá a continuación, estos hechos son aplicados erradamente al momento de aplicar la normativa citada sobre la sanción de ineficacia del procedimiento administrativo sancionador por imposibilidad material de continuar con él.

3. La aplicación del derecho por la Excma. Corte Suprema ya no es debatida

Según recuerda el propio Tribunal en su sentencia, *"la razonabilidad en el trámite, como también la conclusión de las diversas etapas de que se compone el procedimiento administrativo sancionador, con miras a la obtención de la decisión de término y su posterior ejecución, constituye un presupuesto insustituible del debido proceso, en aras de obtener no sólo una justa, sino que también una pronta resolución del conflicto, precaviendo que las autoridades competentes incurran en dilaciones injustificadas durante el desarrollo del proceso, so pena de afectar la garantía de ser juzgado en un plazo razonable."*³ (El destacado es propio).

A su vez, expone cómo se han desarrollado figuras por parte de la Excma. Corte Suprema para defender esta garantía de ser juzgado en un plazo razonable, que marcan la extinción y pérdida de eficacia de los procedimientos administrativos. Por

³ Ilte. Segundo Tribunal Ambiental, Sentencia de 8 de abril de 2024, Rol N°R-385-2023, (Cons. 7°).

un largo, la primera figura del decaimiento del procedimiento, y luego, de la imposibilidad material de continuar con aquel por una pérdida de objeto.

Sobre esta segunda figura, en el considerando noveno de la Sentencia Casada señala:

“Con todo, se debe considerar que últimamente el máximo Tribunal ha ido abandonando la figura del decaimiento, en su lugar, ha sostenido que en los procedimientos administrativos puede darse una imposibilidad material de continuación del mismo. Dicha imposibilidad, en esta nueva figura, se vincula al plazo contenido en el artículo 27 de la Ley N°19.880, que establece: “Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”.

En términos concretos, esta nueva postura desarrollada por la Corte Suprema restringe el tiempo de 2 años a 6 meses, en comparación a lo que en su momento consideraba la figura del decaimiento. Sin embargo, el cumplimiento del señalado término (6 meses) no determina por sí solo una pérdida de eficacia del procedimiento, sino que, al igual que el plazo de 2 años del decaimiento, marca un hito a partir del cual podrá examinarse la razonabilidad y justificación de su extensión temporal.” (El destacado es propio).

También, la Excm. Corte Suprema en sentencia de fecha 3 de mayo de 2021, en causa Rol N°127.415-2020, establece que el transcurso de este plazo de 6 meses sin razonabilidad o justificación, determina la ineficacia del procedimiento en base al artículo 40 de la Ley N°19.880, por “la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento”. En aquella ocasión, en su considerando octavo señala:

“Ante la claridad del precepto del artículo 27, que “el procedimiento no podrá exceder de 6 meses” de duración en su sustanciación, contado desde su iniciación y hasta la decisión final, como lo indicado por el Ejecutivo en su Mensaje, en orden a que el proyecto tiende, precisamente, a solucionar los problemas derivados de considerar que a la Administración no le afectan los plazos y que su incumplimiento únicamente genera responsabilidades

administrativas, entre otros aspectos, se ha de concluir que existe una imposibilidad material para continuar el procedimiento y que la causa sobreviniente es el cumplimiento del plazo, razonable contexto en el que todo el actuar posterior de la Administración deviene en ineficaz por ilegalidad". (El destacado es propio).⁴

3. Modo en el cual en la sentencia se infringen las normas citadas

No obstante la claridad del derecho –que es reconocida por el mismo Tribunal entre los considerandos noveno y undécimo de la Sentencia Casada –, el Tribunal **lo aplica a los hechos que la misma Sentencia Recurrida establece con infracción de ley que influye en lo dispositivo de la sentencia.**

Revisaremos hecho por hecho.

- i. Primer hecho asentado en la sentencia: El procedimiento administrativo estuvo formalmente suspendido durante dos años y cuatro meses*

Señala el Tribunal en el considerando decimocuarto que **"es dable inferir que el retraso en la tramitación del procedimiento sancionatorio se explica principalmente por los dos años y cuatro meses en que el procedimiento estuvo formalmente suspendido"**.

Si es así, entonces el Tribunal debía determinar si ese período de suspensión que alcanza a dos años y cuatro meses como el mismo recuerda –cuatro veces la duración legal del procedimiento administrativo– estuvo debidamente justificado. En otros términos, en función de ese hecho asentado en la sentencia debe concluir si se trató de una suspensión material, efectiva, en los hechos; o si se trata solo de una suspensión en la forma, "*formalmente*" como adelanta el mismo tribunal.

Como se verá, la sentencia, **con infracción de ley que influye en lo dispositivo del fallo, justifica la demora y en consecuencia rechaza la solicitud de decaimiento en una suspensión meramente formal, que no encuentra asidero en los hechos que la misma sentencia establece.** En efecto, el mismo tribunal señala que durante el período

⁴CS, Sentencia de 3 de mayo de 2021, causa Rol N°127.415-2020 (Cons. 8°).

de suspensión se decretaron y cumplieron las siguientes diligencias para dar curso progresivo al procedimiento administrativo:

- La SMA solicitó y recepcionó el informe por parte de la Dirección Ejecutiva del SEA, con una demora de ocho meses
- La SMA decretó medidas provisionales procedimentales mediante la dictación de las Resoluciones Exentas N°379, de 26 de febrero de 2020, y N°206, de 8 de octubre de 2020, que a juicio del tribunal se encuentran estrechamente vinculadas al procedimiento administrativo.

Es obvio entonces concluir que la suspensión **no fue material, sino que solo formal**. La Resolución Exenta N°6, de 2 de junio de 2019, que **en espera del informe del SEA dispuso la suspensión formal del procedimiento administrativo, no se tradujo en una suspensión material, y, por lo mismo, en modo alguno puede justificar la demora, mucho menos puede justificar una demora de dos años y cuatro meses**. Es decir, en base a una resolución meramente formal, **que no se cumplió**, el tribunal explica y justifica una demora que excede en cuatro veces la duración total del procedimiento administrativo.

Es importante dejar en claro que dicha resolución no se cumplió, tanto porque se verificaron actuaciones durante su vigencia⁵, como porque una vez recibido el informe del SEA esta suspensión no se dejó sin efecto, por lo que aquella perduró por 1 año y 8 meses más tras el informe del SEA, sin justificación alguna como se verá enseguida.

ii. Segundo hecho asentado en la sentencia: el procedimiento estuvo suspendido en espera de un informe solicitado a la Dirección Ejecutiva del SEA

El Tribunal, asimismo, deja asentado que la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio se decretó –exclusivamente– en espera del informe del SEA, informe que finalmente fue remitido en un plazo de 8 meses. **No obstante,**

⁵ Ejemplo de las actuaciones verificadas en el expediente D-109-2018 durante el período de suspensión vemos la recepción de ordinarios de CONAF, de denunciantes, de la SMA Regional, así como el cambio de Fiscal Instructor del Procedimiento.

recibido el informe del SEA la suspensión se mantuvo. Y no solo se mantuvo, se mantuvo por 1 año y 8 meses más ¿Se justifica entonces una suspensión de dos años y cuatro meses del procedimiento por la razón que el tribunal valida? ¿No era razonable preguntarse acaso por qué la emisión de un informe, **que por ley debe emitirse en un plazo de 10 días** de acuerdo con la disposición del artículo 24 de la Ley N°19.880, ha de demorarse 8 meses, más aún si se le considera errado y no se le asigna ningún valor probatorio? ¿se reiteró o se pidió cuenta de la solicitud o se hizo algún requerimiento durante esos 8 meses, de conformidad con el artículo 38 de la Ley N°19.880? ¿se aplicó la regla que permite prescindir del informe en caso de demora excesiva? O, como ya sabemos, ¿tal vez llegó antes **y todo el período posterior a su recepción en realidad no está justificado de forma alguna?**

iii. Tercer hecho asentado en la sentencia: En el tiempo en que el procedimiento estuvo activo y que equivale a 1 año y 7 meses, la SMA realizó gestiones destinadas a finalizar un procedimiento (que califica de variadas)

Ya vimos que ninguna gestión se realizó para gestionar la emisión del informe del SEA o para poner término al período de suspensión una vez recibido éste. Sin embargo, y a pesar de que la sentencia **reconoce la existencia de la figura de la imposibilidad material de continuación del procedimiento** en los términos que la Excm. Corte Suprema ha establecido, al revisar los trámites desarrollados en el período de 1 año y 7 meses en que el tribunal considera que el procedimiento se encontraba activo (considerandos duodécimo y décimo séptimo) no realiza una correcta aplicación de las normas citadas al caso concreto. Ello en tanto se observa de manera manifiesta en los actos descritos entre los considerandos duodécimo y decimotercero, lapsos de más de 6 meses sin que existan actuaciones de ninguna especie por parte de la SMA o siquiera movimientos en el procedimiento. Lo anterior, **sin que estas circunstancias sean consideradas por el Tribunal al decidir sobre la sanción de ineficacia del procedimiento.**

- iv. *Cuarto hecho asentado en la sentencia: En el tiempo en que el procedimiento estuvo activo que equivale a 1 año 7 meses, la SMA llevó a cabo gestiones con órganos sectoriales (las califica de una cantidad no despreciable)*

Como se observa en el considerando decimocuarto de la Sentencia Casada, el Tribunal establece que *“En el tiempo que el procedimiento estuvo activo y que equivale a un año siete meses, la SMA realizó variadas gestiones destinadas a finalizar con el procedimiento de elusión caracterizado por la necesidad de llevar a cabo una cantidad no despreciable de gestiones con órganos sectoriales (...)”*.

De hecho, son gestiones que pueden considerarse despreciables por cuanto fueron todas decretadas días antes de que se decretara la suspensión del procedimiento y recibidas todas mientras el procedimiento se encontraba suspendido. Así, resulta evidente, de una simple lectura del expediente sancionatorio D-109-2018, que existen largos períodos en los cuales la SMA no realiza gestión alguna, ni con el Titular ni con otros órganos sectoriales, que justifique la demora en la conclusión del procedimiento.

- Primero, entre la formulación de cargos –Res. Ex. N°1 de 22 de noviembre de 2018– y la Res. Ex. N°6 de 2 de julio de 2019, esto es, **durante casi ocho meses**, no existen diligencias probatorias por parte de la SMA. Lo único que consta en el expediente es la presentación de descargos por parte del Titular, así como la remisión de información por parte de una denunciante, de Sernageomin y la DGA del Maule, sin que ellos estén precedidos de una solicitud de información por parte de la SMA. **No se verifica entonces gestiones realizadas por la SMA con órganos sectoriales como señala la Sentencia Casada, por lo que no puede aquella circunstancia ser justificativa de tal demora que excede los 6 meses de duración de los procedimientos administrativos** de acuerdo con artículo 27 de la Ley N°19.880.
- Luego, se encuentra un nuevo período de tiempo, transcurrido en el período en el cual el procedimiento se encontraba activo, en el cual transcurren más de 7 meses en los cuales entre la dictación de las Resoluciones Exentas N°9 y N°10 de la SMA, no solo no se verifican gestiones con órganos sectoriales, sino que

no consta en el expediente actuación alguna en el marco del procedimiento sancionatorio.

En este período de tiempo, no existen diligencias de la SMA, no existen remisiones de información por parte del Titular, ni respuestas a oficios o informes por parte de organismos sectoriales que permitan entender que, en aquel transcurso de tiempo de más de 7 meses, la inactividad está fundada en gestiones realizadas con otros organismos de la Administración del Estado.

- v. *Quinto hecho asentado en la sentencia: en el tiempo en que el procedimiento estuvo suspendido posterior al informe del SEA y que equivale a un año y ocho meses, la SMA decretó medidas provisionales relacionadas con el procedimiento sancionatorio y en el marco de su tramitación*

Se entiende claramente que el Tribunal considera que tales medidas provisionales inciden directamente en el curso progresivo de los autos ¿es aquello efectivo? Veamos.

Este año y ocho meses en el cual el Tribunal busca encontrar una justificación de la suspensión del procedimiento –luego de remitido el informe por parte del SEA– comienza a computarse el 5 de marzo de 2019, esto es, desde el día siguiente a la recepción del informe de la Dirección Ejecutiva del SEA.

En primer lugar, corresponde revisar los actos de la SMA utilizados por el Tribunal para justificar la demora en base a las actuaciones ejecutadas en el procedimiento relativo a las medidas precautorias. Así, en el considerando decimoquinto señala que *“es menester recordar que durante este interregno **se decretaron medidas provisionales procedimentales mediante la dictación de las Resoluciones Exentas N°379, de 26 de febrero de 2020, y N°2026, de 8 de octubre de 2020**, las que se encuentran estrechamente vinculadas a los hechos constatados en el procedimiento administrativo sancionador seguido en contra de Hidroeléctrica Roblería.”* (El destacado es propio).

La primera de las resoluciones fue dictada con anterioridad a la recepción del oficio por parte del D.E. del SEA -a 4 de marzo de 2020– por lo que, desde una lógica temporal, no puede estimarse como un antecedente de diligencia en el procedimiento dentro del 1 año y 8 meses de demora posterior al informe del SEA, ni menos razón suficiente para fundar el retraso ocurrido con posterior a su dictación.

Específicamente, el Tribunal está utilizando un acto dictado en febrero, para justificar la razonabilidad en la demora de una suspensión de 1 año y 8 meses que comenzó a contar de marzo.

La segunda de estas resoluciones citadas por el Tribunal es de fecha 8 de octubre de 2020, esto es, poco más de 1 año antes de que se levantara el período de suspensión. De servir entonces como antecedente justificatorio, queda aún todo un año en el cual no existen resoluciones dictadas por la SMA en el marco del procedimiento paralelo en el cual se ordenaban las medidas provisionales.

En consecuencia, considerando la fecha de dictación de las resoluciones citadas por los sentenciadores, se concluye aquellas no justifican la demora por sobre los 6 meses regulada en el artículo 27 de la Ley N°19.880 y, en consecuencia, el análisis realizado omite la aplicación de las normas de los artículos 7, 8, 14, 27 y 40 de la Ley N°19.880.

Luego, en cuanto al contenido de estos actos, para verificar si existe al menos aquella vinculación con el procedimiento –según señala el considerando decimoquinto –, que pueda llevar a presumir que son justificativos de una demora de 1 año 8 meses, tenemos lo siguiente: La primera, Res. Ex. N°379 de 26 de febrero de 2020 –aunque como ya se anticipó, aquella fue dictada antes del inicio del 1 año 8 meses que se busca justificar –, ordena medidas provisionales dirigidas hacia estudios sobre la zona en la cual se construyeron las obras y donde verificaron los efectos del incidente que originó el procedimiento sancionatorio, así como acciones concretas de seguridad. Por ejemplo, un plan de acción que garantice seguridad en la zona mientras transcurra el procedimiento sancionatorio. A su vez, la Resolución Exenta N°2026 de 8 de octubre de 2020 ordena medidas destinadas únicamente a garantizar la estabilidad de taludes en la zona en la cual se verificó el incidente de desplazamiento de material como consecuencia de las fuertes lluvias, y que originó el procedimiento sancionatorio. Estas son; la presentación de un plan de trabajo de estabilización de taludes, así como un estudio de geotecnia que asegure la estabilidad y determine medidas de prevención y/o contención con el objeto de resguardar la seguridad frente a eventuales futuros deslizamientos.

De lo anterior es posible concluir que el contenido de las resoluciones citadas por el Tribunal, dictadas en el procedimiento MP-016-2020 paralelo al sancionatorio no tiene alcance alguno en este segundo –Rol D-109-2018– que pueda significar o menos justificar una demora de tal entidad. La información o planes ordenados por medio de las resoluciones citadas por la Sentencia Casada no influyen en la sustanciación del procedimiento y, en consecuencia, no pueden justificar su suspensión o demora.

vi. Sexto hecho asentado en la sentencia: el lapso de suspensión del procedimiento coincidió con la emergencia sanitaria por COVID-19

Luego de justificar la demora del procedimiento, en la existencia de un procedimiento sancionatorio en el cual se dictan resoluciones en el marco de medidas precautorias, en los considerandos decimosexto y decimoséptimo utiliza como un nuevo argumento la existencia de un estado de excepción como consecuencia del COVID-19.

La Sentencia Casada no realiza el análisis de si efectivamente los procedimientos ante la SMA estuvieron suspendidos como consecuencia de la pandemia, o si las labores de fiscalización, investigación y/o sanción se suspendieron, como era su obligación para dar aplicación a las normas citadas. Sin perjuicio de lo anterior, **es de público conocimiento –por medio de las resoluciones N°518, 548 y 575 de 2020 de la SMA– que los procedimientos sancionatorios de la SMA estuvieron suspendidos únicamente entre marzo y abril de 2020 como consecuencia de la pandemia por la dictación de medidas provisionales extraordinarias por el entonces Superintendente, y no más allá.** Así, la justificación de una suspensión entendiéndose que aquella coincidió con la emergencia sanitaria por COVID-19 infringe el deber de continuidad del servicio público regulado en el inciso primero del artículo 3° de la Ley N°18.575.

En consecuencia, no existe antecedente alguno que permita concluir que desde mayo de 2020 hasta su reanudación en noviembre de 2021 el procedimiento estaba justificada y razonablemente suspendido. Es aún menos justificable la argumentación de los sentenciadores si se tiene en cuenta que existían procedimientos administrativos en tramitación a lo largo de todo el país en diversos organismos

ambientales y sectoriales que siguieron su curso con total normalidad. Sin ir más lejos, es el caso del procedimiento en el marco del cual se tramitaron las medidas precautorias en contra del proyecto de HR que el Tribunal utiliza malamente como justificación para la suspensión del procedimiento principal.

Es del todo contradictorio utilizar como argumento para justificar una demora en la tramitación de un procedimiento, la existencia y activa tramitación de otro procedimiento –distinto a aquel cuya demora se discute– en el cual sí se ejecutaron acciones y dictaron resoluciones; para luego argumentar que a causa de la pandemia un procedimiento tramitado por la misma SMA estuvo justificadamente suspendido, demorado o inactivo. Esta argumentación lleva a concluir que entonces **la SMA no mantuvo sus procedimientos paralizados, y que la inactividad de uno mientras el otro se encontraba activo sólo puede entenderse injustificada.**

A modo de contexto, lo anterior es de hecho confirmado por la abogada de la SMA en la vista de la causa, respondiendo las preguntas de los Ministros del Ilte. Segundo Tribunal Ambiental luego de los alegatos de las partes. En particular, en el minuto 1:32:20 de la grabación de la audiencia, se verifica como se le pregunta a la SMA si hubo una suspensión en los procedimientos o a nivel de la Superintendencia respecto a la tramitación de los procesos, a lo cual la abogada de la SMA respondió: “*No S.S. Ilte. No se suspendieron propiamente tal, a diferencia por ejemplo del Servicio de Evaluación Ambiental que suspendió la evaluación mediante resoluciones. No existe un acto así en el caso de la Superintendencia del Medio Ambiente*”.⁶

4. La expiración del plazo legal, unido a la superación de todo límite de razonabilidad, deriva en la imposibilidad material para continuar el procedimiento

De acuerdo con la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, “*la superación irracional e injustificada del plazo antes indicado deriva en la imposibilidad material para continuar el*

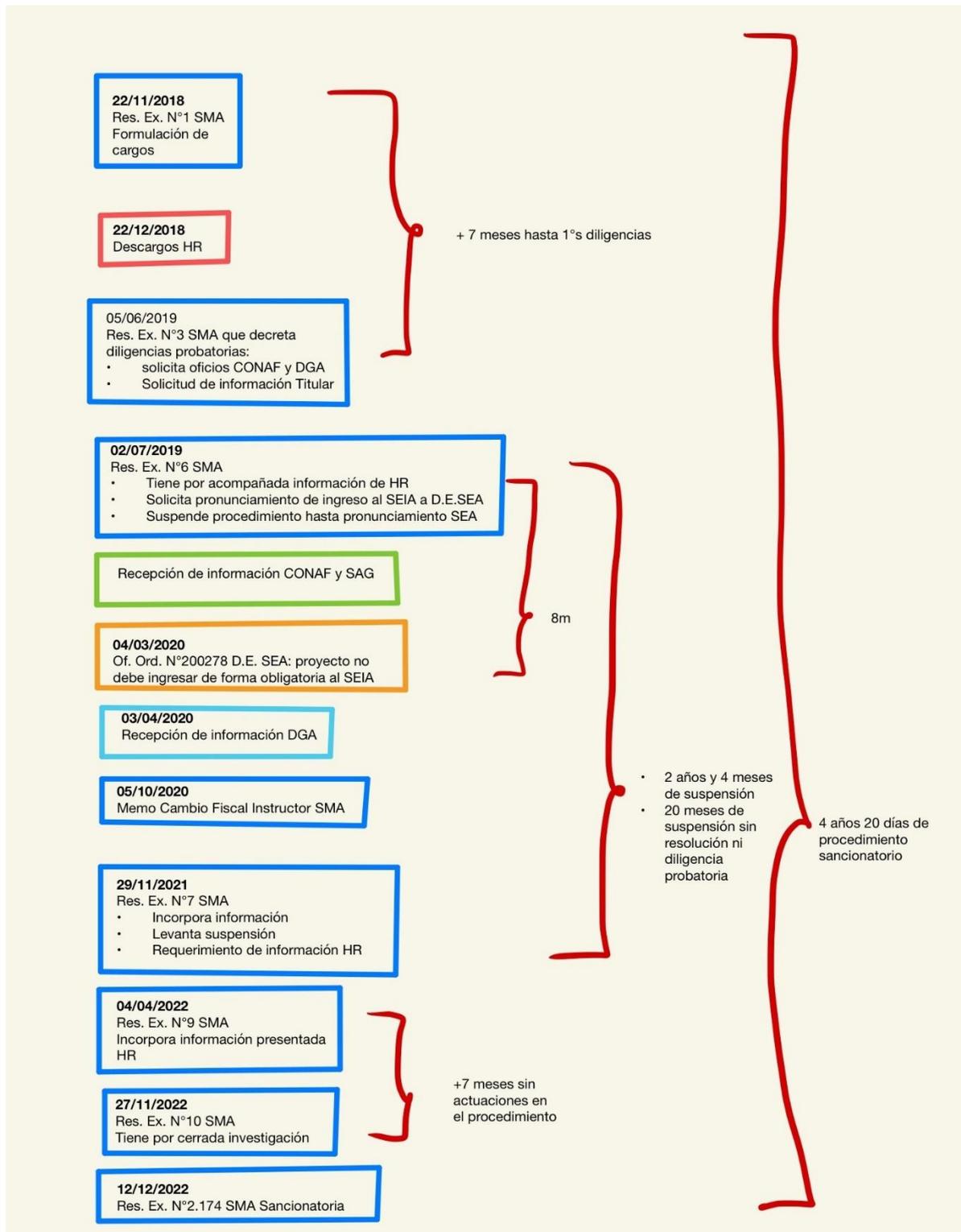
⁶ Disponible en línea <https://www.youtube.com/watch?v=vEOWvtmPSwA&t=1s&ab_channel=SegundoTribunalAmbienta-Santiago>

*procedimiento, al concurrir una causal sobreviniente consistente en, precisamente, la expiración del plazo legal, unido a **la superación de todo límite de razonabilidad.***⁷

De acuerdo con análisis que los propios sentenciadores propusieron realizar para revisar la eventual pérdida de eficacia y objeto del procedimiento –en los considerandos noveno y décimo de la Sentencia Casada–, requería revisar la justificación y razonabilidad de la demora de más de 6 meses que prescribe el artículo 27 de la Ley N°19.880. En ese sentido, **el Tribunal debió haber revisado; primero, la demora total del procedimiento** –cuyas actuaciones enumera de manera fechada en los considerandos duodécimo y décimo tercero de la Sentencia Casada – **que excede con creces todo límite de razonabilidad, y segundo, otros períodos de inactividad en el procedimiento que igualmente superan los 6 meses verificados en el período en el cual el procedimiento se encontraba activo.**

Estos períodos de inactividad también quedan en evidencia a la luz de la propia relación de los hechos del expediente realizada por el Tribunal en el considerando décimo tercero. Estas omisiones del Tribunal se observan en la siguiente Figura N°1:

⁷ Excma. Corte Suprema, Sentencia de 6 de diciembre de 2021, en causa Rol N°150.141-2020, (Cons. 7°).



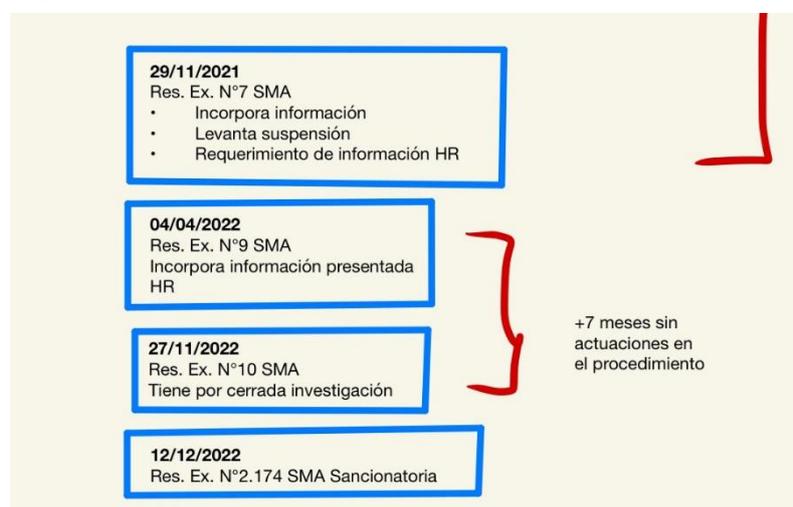
Fuente: Elaboración propia a partir del expediente sancionatorio de la SMA D-109-2018.

Así, en la siguiente Figura N°2, se observa un acercamiento de la Figura N°1, mostrando únicamente la última fase del procedimiento administrativo sancionatorio,

durante el período de 1 año y 7 meses en que se encontraba activo – todas actuaciones mencionadas en el considerando decimotercero de la Sentencia Casada – .

En aquella fase, la Figura N°2 pone énfasis entre la dictación de la Res. Ex. N°9 de la SMA, de fecha 4 de abril de 2022, y la Resolución N°10 de 27 de noviembre de 2022 que tiene por cerrada la investigación en contra de Hidroeléctrica Roblería. Entre aquellas dos resoluciones no consta otra actuación que la notificación de la Res. Ex. N°9 el día 14 de abril del mismo año.

Figura N°2: Fase final del procedimiento administrativo sancionador D-109-2018 seguido por la SMA en contra de Hidroeléctrica Roblería



Fuente: Elaboración propia. Acercamiento de Figura N°1, elaborada a partir de la información contenida en el expediente sancionatorio D-109-2018 ante la SMA.

Como se ve en la Figura N°2, entre la Res. Ex. N°9 y la Res. Ex. N°10, ambas de la SMA, no consta actuación alguna en el expediente del procedimiento sancionatorio, no se recibieron tampoco antecedentes del titular ni de otros servicios públicos. Sin perjuicio de ello, **la SMA dejó transcurrir más de 7 meses antes de cerrar la investigación, para luego, unas semanas después dictar la resolución sancionatoria.**

La Sentencia Casada, a pesar de levantar la existencia de la figura de la imposibilidad material de continuación del procedimiento administrativo, luego del transcurso de 6 meses de iniciado, a partir de la cual debe cuestionarse la razonabilidad y justificación de la demora, no analiza luego la razonabilidad y justificación de distintos momentos del procedimiento de marras, circunscribiendo el análisis únicamente al período de

suspensión. No se verifica entonces, el hecho supuestamente asentado en la Sentencia Casada, según el cual la SMA habría realizado variadas gestiones destinadas a finalizar el procedimiento. Más bien dejó transcurrir más de 7 meses sin realizar ninguna hasta su conclusión.

En consecuencia, omisión del análisis de la figura de la imposibilidad material de continuar con el procedimiento, señalada por el propio Ilte. Segundo Tribunal en el caso concreto, constituye un manifiesto error por omisión en la aplicación de las normas de los artículos 27 y 40 de la Ley N°19.88, así como al principio de celeridad y el deber de agilidad en la actuación de la Administración.

En particular, esta omisión de la Sentencia Casada, al **no aplicar la sanción de ineficacia regulada en el artículo 40 por el transcurso de más de los 6 meses regulados en el artículo 27, ambos de la Ley N°19.880**, constituyen a todas luces **una infracción por errónea aplicación de aquellos artículos, así como del principio de celeridad de los procedimientos y el deber de agilidad en la actuación de la Administración.**

5. Influencia del vicio en lo dispositivo del fallo

Finalmente, la procedencia del recurso de casación en el fondo y de revocar la Sentencia Casada, dice relación con la sustancial influencia que tiene este vicio en lo dispositivo del fallo. Si bien la Sentencia Recurrída desestima la alegación de decaimiento, de haber aplicado las disposiciones del artículo 27 y 40 de la Ley N°19.880, el Tribunal Ambiental habría estimado necesariamente que no existió razonabilidad o justificación en la excesiva demora en finalizar el procedimiento. Así, habría resuelto aplicar la sanción de ineficacia por decaimiento o imposibilidad material de continuación del procedimiento por pérdida del objeto, acogiendo el reclamo de HR, sin necesidad incluso de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

IV. SEGUNDO VICIO DE CASACIÓN EN EL FONDO: LA SENTENCIA CASADA

CONFIGURA LA SUPUESTA ELUSIÓN CON INFRACCIÓN A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 11 INCISO SEGUNDO Y 41 INCISO CUARTO Y FINAL DE LA LEY 19.880 AL ACEPTAR UNA FUNDAMENTACIÓN EX POST DEL ACTO ADMINISTRATIVO, EN BASE A INFORMACIÓN ELABORADA CON UN FIN DIVERSO; Y LA FALSA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 294 DEL CÓDIGO DE AGUAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 10 LETRA A) DE LA LEY 19.300 AL APLICARLO A UNA SITUACIÓN NO CONTEMPLADA EN LA NORMA

1. Enunciación de las normas legales infringidas.

- **El inciso segundo del artículo 11 de la ley N°19.880** señala: *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”*
- **El artículo 41 inciso cuarto primera parte de la Ley N°19.880** establece el deber de fundamentación de los actos administrativos, señalando *“Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada (...).”*
- **El artículo 41 inciso final de la Ley N°19.880** establece que *“La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.”*
- **El artículo 35 letra b) de la LOSMA**, establece la infracción de elusión, tipificando como conducta punible la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades que requieren autorización ambiental sin contar con ella.
- **El artículo 10 letra a) de la LBGMA** señala que *“Los proyectos o actividades susceptibles de generar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:*
 - a) *Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de agua.”*
- **El artículo 294 del Código de Aguas** establece que *“Requerirán la aprobación del Director General de Aguas, de acuerdo al procedimiento indicado en el Título I del Libro Segundo, la construcción de las siguientes obras: (...)*

b) Los acueductos que conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo."

2. Forma en que se produce la infracción

La sentencia tiene por establecida la existencia de elusión al SEIA con infracción a lo dispuesto en el artículo 11 inciso segundo de la ley 19.880 y con infracción del artículo 10 letra a) de la ley N°19.300 en relación con lo dispuesto en el artículo 294 del Código de Aguas.

i. Hechos asentados en la Sentencia Casada

Para efectos de analizar la configuración de la infracción de ley, es necesario considerar los **hechos que se encuentran acreditados en la sentencia:**

- Existencia de dos consultas de pertinencia previas en que la Dirección Regional del SEA del Maule, por medio de Res. Ex. N°96/2015 y Res. Ex. N°12/2017 señaló que el proyecto no se encontraba obligado a ingresar al SEIA.
- Existencia del ORD. DARH N°208 del 8 de noviembre del 2018 donde se señala que el proyecto no es de aquellos que requieren la autorización del artículo 294 del Código de Aguas.
- Existencia de un tercer pronunciamiento del SEA por medio de Of. Ord. D.E. del SEA N°200278 de 4 de marzo de 2020, en el mismo sentido de los anteriores, esta vez a requerimiento de la propia SMA.
- HR cuenta con derechos de aguas por 2,36 m³/s
- El caudal de diseño del proyecto corresponde a 1.9 m³/s
- Se ejecutaron obras sin contar con autorización de la DGA.
- Las obras en construcción corresponden a una bocatoma y una tubería de 1.2 metros de diámetro.

ii. Modo en que se infringen las normas citadas

Todos estos hechos corresponden además a hechos que la SMA tuvo por acreditados en su resolución sancionatoria. Sin embargo, la sentencia considera un nuevo antecedente, citado por la SMA en su informe y que dice relación con los caudales y

velocidades del estero Nacimiento, a partir de un informe hidrológico elaborado en el marco del cumplimiento de las medidas cautelares.

- a) Improcedencia de la fundamentación ex post del acto reclamado, efectuada por la SMA en el informe remitido al Tribunal Ambiental y que éste acepta y valida

La primera infracción denunciada se produce cuando el tribunal, contrariando lo dispuesto en el artículo 11 inciso segundo de la 19.880, admite una fundamentación ex post del acto reclamado.

En efecto, la sentencia tiene por acreditado los caudales y velocidades del estero Nacimiento en base a un informe hidrológico elaborado por un privado, con un fin diverso y que, además, fue utilizado por la SMA para intentar justificar la sanción de forma ex post, a saber, recién en el informe remitido al Tribunal Ambiental en el marco del recurso de reclamación.

Al respecto, una reciente sentencia del máximo tribunal –en causa Rol N°13.842-2024–, confirmó lo resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco que se pronunció sobre la ilegalidad de justificar un acto de forma posterior. En particular, en el considerando sexto de la Sentencia de primera instancia causa Rol N°13.965-2023 se señala:

“Que, acorde al inciso segundo del artículo 13 [queriendo referir al artículo 11] de la citada ley N° 19.880 resulta inadmisibile pretender complementar en forma ex post un acto administrativo irregular por falta de motivación. En efecto, los fundamentos o motivación expresados luego de dictado el acto origina, como ocurre en el presente caso, en que ha sido consignados en el informe de la recurrida, no son idóneos para subsanar este vicio originario. Además, aceptar la posibilidad de la motivación ex post deja el interesado totalmente desamparado al ignorar vulnerando su derecho a la defensa el que desconoce, los fundamentos reales al tiempo de tener que impugnar el acto que cuestiona. En la misma idea también Cassagne, rechaza la motivación producida ex post señalando: “Si la Administración pudiera motivar el acto a

posteriori se desvirtuaría la exigencia y la consecuente garantía, además de la afectación en que se incurriría con relación al principio de eficacia” (Cassagne, J.C., El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons. Buenos Aires, 2009, p. 205). De lo anterior se desprende que, en el caso concreto, la sentencia ha incurrido en infracción de ley al admitir la fundamentación ex post por parte de la SMA.”

En segundo lugar, la sentencia tiene por establecida la elusión infringiendo los siguientes artículos:

El artículo 35 letra b) de la LOSMA, establece la infracción de elusión, tipificando como conducta punible la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades que requieren autorización ambiental sin contar con ella.

El artículo 10 letra a) de la LBGMA señala que *“Los proyectos o actividades susceptibles de generar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:*

a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de agua.”

El artículo 294 del Código de Aguas establece que *“Requerirán la aprobación del Director General de Aguas, de acuerdo al procedimiento indicado en el Título I del Libro Segundo, la construcción de las siguientes obras: (...)*

b) Los acueductos que conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo.”

De las normas transcritas aparece de manifiesto que para determinar si el proyecto de mi representada se encontraba afecto a la causal de ingreso del artículo 10 letra a) resultaba absolutamente necesario establecer la real capacidad de las obras.

La SMA, en su resolución sancionatoria, pretende establecer que la real capacidad de la tubería es de 2,36 m³/s, efectuando un razonamiento **basado en supuestos y, principalmente, en el caudal asociado a los derechos de aprovechamiento de aguas**

con que cuenta el titular. Luego, conscientes de que la fundamentación de la resolución resultaba insuficiente, la Superintendencia procedió, como vimos, a efectuar una fundamentación ex post, elaborando la siguiente tabla, en base a información contenida en el documento denominado “Informe Hidráulico Quebradas Nacimiento” elaborado por la empresa consultora Civil Sur y acompañado por HR en el marco del cumplimiento de las medidas provisionales.

Tabla N°4: Caudales teóricos en captación

Caudal Río	Velocidad	Área	Caudal Captación
m3/s	m/s	m2	m3/s
4,0	2,34	1,1304	2,65
3,5	2,23	1,1304	2,52
3,0	2,11	1,1304	2,39
2,5	1,97	1,1304	2,23
2	1,9	1,1304	2,15
2,0	1,8	1,1304	2,03
1,5	1,62	1,1304	1,83
1,0	1,38	1,1304	1,56
0,5	1,06	1,1304	1,20

Así, utilizando datos de un informe que no fue elaborado con dicho fin, la SMA pretende justificar ex post el supuesto cálculo que permitiría sostener que las obras superan el umbral establecido para requerir el permiso del artículo 294 y por tanto, para ingresar al SEIA. Nótese que **esta vez la SMA sostiene que el caudal de captación sería de hasta 2,65 m³/s dependiendo del caudal del río y su velocidad.**

- b) Improcedencia de la fundamentación ex post del acto reclamado en base a un documento elaborado con fines diversos

Este cálculo efectuado por la SMA recién referido, adolece de una serie de vicios que lo vuelven inadmisibles. En primer lugar, y más evidente, se efectúa en el marco de la revisión de legalidad de la resolución sancionatoria. Es decir, se pretende subsanar la falta de fundamentación ex post, lo que, como vimos, infringe el inciso segundo del

artículo 11 de la ley 19.880. Luego, resulta evidente que **este cálculo no coincide con lo señalado por la propia SMA en la resolución sancionatoria.**

Como corolario de lo anterior, el cálculo se elabora sobre la base de un documento que siempre estuvo en conocimiento de la SMA, pero que sin embargo no fue tenido en cuenta en la resolución sancionatoria, de hecho, ni siquiera es mencionado entre los antecedentes tenidos a la vista para fundamentar la supuesta infracción. Más aun, el informe citado no fue elaborado con el fin de determinar la real capacidad de porteo de la tubería, sino que, en lo que respecta a los datos citados, decía relación con la capacidad del estero de transportar y remover material a fin de determinar si los derrumbes denunciados entorpecían el libre escurrimiento de las aguas del estero. Así lo señala el propio informe al consignar su objetivo:

“En este marco, el presente estudio analiza el comportamiento hidráulico del sector, que está compuesto por 4 quebradas de escurrimiento discontinuo, además del estero Nacimiento.

Para llevar a cabo este análisis se realizó una modelación hidráulica de las cuatro quebradas existentes, en tres escenarios distintos, considerando la situación sin proyecto, con obras temporales (situación actual de las obras, que a la fecha están paralizadas por Resolución DGA Región del Maule N°567, de 05 de octubre de 2018), y con proyecto definitivo (de acuerdo al ingresado a la Gobernación Provincial de Linares).

Adicionalmente a lo anterior, se realizó un análisis cualitativo de los efectos de los derrumbes generados durante la construcción del Proyecto sobre el estero Nacimiento con el fin de esclarecer si dichos efectos entorpecen el libre escurrimiento de las aguas o ponen en riesgo la vida, salud o bienes de la población.”

Sobre un caso similar, la Excma. Corte Suprema ha señalado⁸ que se incurre en **falta de fundamentación si el servicio basa su decisión en un informe elaborado con un fin diverso:**

“Décimo noveno: Que, en el contexto latamente descrito, efectivamente la autoridad reclamada vulneró lo establecido en el artículo 41 de la Ley N° 19.880 relativo a la debida fundamentación, toda vez que en el acto administrativo que resolvió el recurso de reconsideración no tuvo a la vista antecedentes tales como la verificación de las obras en terreno para los efectos de determinar la aptitud y suficiencia de las mismas, visita que debió quedar plasmada en la correspondiente “Ficha de Verificación de Obras”, siendo insuficiente para estos efectos el Informe Técnico de Terreno DARH N°5, el que claramente fue confeccionado para fines diversos como se consignó en la motivación décimo quinta de esta sentencia.

En este contexto, la autoridad a cargo no solo no desplegó aquellas actividades tendientes a la correcta resolución del asunto, en un actuar abiertamente opuesto a lo obrado por el mismo Órgano en casos similares, sino que además, justificó su negativa en un Informe Técnico que no fue elaborado con ese objetivo. (...)

Todas estas actuaciones, violentan no solo el deber de fundamentar que pesa sobre los Órganos de la Administración del Estado, sino que afecta además el contenido sustantivo de una garantía del debido proceso administrativo prevista en favor del administrado.” (Énfasis agregado)

En la especie, la situación es aún más grave y atentatoria contra los derechos de mi representada, toda vez que no solamente se utilizan datos contenidos en un informe cuyo objeto era diverso, sino que se pretende utilizar dicho informe de manera posterior, en la etapa de revisión de la legalidad del acto y, por otra parte, de trata de un informe elaborado por una consultora ambiental y que no constituye una fuente primaria u oficial de información. En efecto el informe se basa en datos obtenidos a partir de otro documento denominado Memoria De Cálculo “Hidrología Estero

⁸ SCS 47.709-2023

Nacimiento" doc. 127003-DOC-1-01 cuyo autor se desconoce y que no forma parte del expediente judicial.

En definitiva, ni el informe hidrológico ni el documento en cuya información se basa, gozan de la presunción de legalidad que sí habría tenido un informe elaborado por la DGA.

- c) Improcedencia de que el propio sentenciador, en base a su conocimiento personal, fundamente ex post el contenido del acto administrativo reclamado

Pero hay más. La sentencia efectúa su propio cálculo en base a una serie de supuestos: el nivel de llenado de la tubería, su índice de rugosidad de Manning en base a las presentes en el mercado, la pendiente del sector, entre otros, para arribar a un resultado **que excede con creces lo señalado en la resolución sancionatoria.**

Lo anterior, aunque pretende tener por acreditada la infracción no hace más que debilitar la fundamentación de la resolución sancionatoria pues cabe preguntarse cuál es la real capacidad de la tubería, pues tenemos 3 cálculos diversos: el contenido en la resolución sancionatoria (2,36 m³/s, en base al caudal asociado a los derechos de aprovechamiento de aguas); el aportado por la SMA en su informe (un máximo de 2,65 m³/s, en base al caudal del estero) y por último, el efectuado por el tribunal aplicando la ecuación de Manning⁹ (6,19 m³/s, en base a una serie de supuestos).

Lo cierto es que, ante la ausencia de un informe técnico que se pronunciara sobre el punto, a partir de especulaciones y la presunción de hechos que no constan en el juicio, la sentencia concluye:

"Quincuagésimo. De esta manera, estos sentenciadores concuerdan con la reclamada, en cuanto a que, en ausencia de obras aprobadas por la DGA, con sus respectivas reglas operacionales, no existe ningún antecedente que puede acreditar el porteo de solo 1,9 m³/s, y, de esa manera, contradecir la razonable inferencia realizada por la SMA, de que se está ante un acueducto que puede portar más de dicha

⁹ Lo cierto es que, aun utilizando los supuestos invocados por el tribunal, la cifra a la que arriba es incorrecta aplicando la ecuación de Manning.

cantidad, y, por ende, requiere del permiso del artículo 294 del Código de Aguas y, consecuentemente, ingresar al SEIA. Lo anterior, a juicio de esta magistratura constituye un motivo suficiente para descartar la alegación que a este respecto desarrolla el reclamante.

(...)

*Quincuagésimo sexto. Que, en definitiva, a juicio del Tribunal, los fundamentos esgrimidos por la SMA en la resolución reclamada para dar por configurado la causal del ingreso regulada en el artículo 10 letra a) de la Ley N° 19.300 y 3° letra a) del Reglamento del SEIA, son correctos, pues **de los antecedentes que obran en el proceso, ponderados de conformidad con los criterios de la sana crítica, es dable suponer -como lo hace la SMA- que el acueducto transportará más de 2 m³/s, lo que hace exigible la autorización del artículo 294 del Código de Aguas.**" (El destacado es propio).*

- d) El Tribunal, pese a las ilegalidades en que incurre, no logra arribar a una conclusión sobre la materia que debe decidir, manteniendo su decisión a nivel congetural

Como es posible apreciar, la sentencia incurre en una infracción de los artículos 294 del Código de Aguas y 10 letra a) de la ley N°19.300 por la vía de la falsa aplicación, al extender el alcance de dichas normas a un supuesto diferente al contemplado en ellas. **El permiso del 294 es exigido para aquellas obras que conduzcan más de 2 metros cúbicos por segundo y no de aquellas que sea dable suponer, presumir o inferir que vayan a transportar más de dicho caudal.**

En otras palabras, no resulta aceptable suponer que la capacidad del acueducto que utilizará un titular determinado vaya a ser equivalente o coincidente con el caudal asociado a sus derechos de aprovechamiento de aguas. En este caso, por tanto, se ha vulnerado el artículo 294 del Código de Aguas, en el entendido de que dicha norma únicamente se aplica respecto de los acueductos que efectivamente conduzcan más de 2 metros cúbicos por segundo, resultando –en consecuencia– indiferente cuál es el caudal nominal asociado a los derechos de aprovechamiento

de aguas de que sea titular. En consecuencia, no hay inconveniente alguno de que, aun teniendo el acueducto la **aptitud teórica** de portear un caudal superior a 2 metros cúbicos por segundo, y que el derecho de aprovechamiento tenga asociado un caudal aún superior, si es su titular quien en definitiva define el caudal de diseño y operación que tendrá el proyecto. Así las cosas, la hipótesis que regula el citado artículo 294, y que determine su aplicabilidad, se determina por el caudal que materialmente vaya a conducir. En este caso, como quedó suficientemente acreditado y formalizado mediante las pertinencias ambientales mencionadas anteriormente, el caudal de operación definido para el proyecto quedó fijado en **1,9 m³/s.**

Además de violarse el tenor literal del artículo 294 del Código de Aguas, se vulneran los principios de juridicidad, el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia.

A lo largo de la resolución sancionatoria, que luego se reitera y agrava en la sentencia, no se estableció con certeza que la tubería excedía los límites señalados en la norma. Sencillamente, a partir de los hechos acreditados o de la falta de prueba en contrario se efectúan suposiciones que permitirían “inferir razonablemente” o “suponer” la existencia de la infracción.

De esta forma, el no contar con un permiso de la DGA para la ejecución de obras (hecho acreditado) no significa que a partir de aquello deba presumirse la existencia de una infracción de elusión, pues el artículo 51 de la LOSMA dispone que “Los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán **acreditarse** mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”.

Es decir, la infracción debe acreditarse y no inferirse, o suponerse. Menos aún, puede tenerse por acreditada ante la falta de prueba del supuesto infractor. Es el órgano que sanciona quien debe acreditar todos y cada uno de los supuestos facticos

que permiten configurar la infracción. En este sentido se ha pronunciado la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema¹⁰:

*“Relacionado con lo anterior es dable consignar, en segundo término, que, **atendida la naturaleza, características y fines propios del Derecho Administrativo Sancionador, recae sobre la autoridad que investiga y acusa, esto es, sobre el órgano fiscalizador, el peso de demostrar la ocurrencia de los hechos que configuran la infracción respectiva.***

*En efecto, entre los principios que rigen la potestad sancionatoria de la Administración en nuestro derecho es preciso subrayar aquel, de origen constitucional, en cuya virtud **el procedimiento de esta clase debe ser racional y justo, al tenor de lo establecido en el inciso 6° del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental.***

*Dicho principio importa una serie de garantías, entre las que se incluye la **presunción de inocencia**, que implica, a su vez, que el imputado debe ser tratado como inocente mientras una decisión ejecutoriada no establezca lo contrario. Semejante afirmación exige, en consecuencia, que **‘sea la Administración quien rinda prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia y con ello poder castigar [...] ‘pues la carga de la prueba corresponde a la Administración Pública que acusa, la que deberá versar sobre el hecho constitutivo de infracción administrativa, el resultado que haya ocasionado, la causalidad existente entre ambos y la participación del acusado’** (Rebollo et al, 2005, página 44, citado por Eduardo Cordero Quinzacara en “Derecho Administrativo Sancionador”. Legal Publishing Chile. Primera edición, mayo de 2014, página 405).” (Énfasis agregado).*

Lo anterior se ve agravado al tener en cuenta que no solamente se tiene por acreditada la infracción en base a especulaciones, sino que también se pasan por alto todos los pronunciamientos previos de órganos especializados que se pronunciaron

¹⁰ SCS Rol 19.058-2017, considerando Quinto.

sobre la necesidad de ingresar al SEIA señalado que el titular no estaba obligado a ingresar el proyecto, como vimos en acápites anteriores.

Esta confirmación de una infracción que, como se ha argumentado a lo largo de esta presentación es realizada en base a meras especulaciones, no cumple con el estándar suficiente para controvertir la presunción de legalidad y autoejecutabilidad de los actos administrativos de acuerdo al artículo 3° de la Ley N°19.880. En consecuencia, la decisión del 2TA comete una infracción a los principios de legalidad y juridicidad que rigen la actuación de la Administración del Estado, por una errónea aplicación de las normas sobre competencia de los distintos servicios públicos con competencia, las que son desatendidas en función de una inversión de la carga probatoria sin sustento legal.

3. Influencia del vicio en lo dispositivo del fallo

Los vicios señalados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En efecto, de haber aplicado correctamente las normas cuya vulneración se denuncia, la sentencia habría arribado a la conclusión forzosa de que la resolución sancionatoria de la SMA adolecía de ilegalidad, por haber incurrido en una serie de infracciones al configurar la supuesta elusión y, principalmente por admitir la fundamentación ex post del acto reclamado, en base a documentos preparados para fines diversos, y por concluir en base a meras especulaciones la existencia de una elusión, sin tener realmente por acreditados los hechos que la configuran.

V. **TERCER VICIO DE CASACIÓN EN EL FONDO: INFRACCIÓN POR ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 INCISO SEGUNDO DE LA LEY N°20.600, EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 10 LETRA A) DE LA LBGMA, 294 DEL CÓDIGO DE AGUAS Y 35 LETRA B) DE LA LOSMA. EL 2TA SUSTITUYE A LAS AUTORIDADES COMPETENTES EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES, IMPONIENDO EL CONTENIDO DISCRECIONAL DE UN ACTO ADMINISTRATIVO**

1. **Enunciación de las normas legales infringidas**

- **Artículo 30 inciso segundo de la Ley N°20.600** que crea los Tribunales Ambientales establece un límite al control que éstos ejecutan, señalando que *“En el ejercicio de esta atribución [dictación de sentencia] el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, **así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados.**”*
- **Artículo 10 letra a) de la LBGMA** que establece como causal de ingreso al SEIA *“Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;”*.
- **Artículo 294 del Código de Aguas en su letra b)** que establece *“Requerirán la aprobación del Director General de Aguas, de acuerdo al procedimiento indicado en el Título I del Libro Segundo, la construcción de las siguientes obras: b) Los acueductos que conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo;”*.
- **El artículo 35 de la LOSMA** entrega a la SMA **de manera exclusiva el ejercicio de la potestad sancionadora** respecto de ciertas infracciones, entre ellas la de la 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°.”*

- **Artículo 10 de la Ley N°19.880** que establece el principio de contradictoriedad en los procedimientos administrativos, señalando en su inciso primero que “*Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.” Luego, en su inciso final señala que “el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.”*

El Ilte. Segundo Tribunal Ambiental, en el momento de dictación de la Sentencia Casada, **excede su competencia fijada en el artículo 30 de la Ley N°20.600**, y en particular en el inciso segundo, por cuanto **su decisión sustituyó a las autoridades ambientales -SEA, DGA y SMA— en el ejercicio de sus facultades, imponiendo el contenido discrecional de la resolución reclamada.**

2. Forma en que la cual se produce la infracción

a) Hechos asentados en la sentencia

- Existencia de 2 consultas de pertinencia resueltas por la Dirección Regional del SEA del Maule por medio de Res. Ex. N°96/2015 y Res. Ex. N°12/2017 que se pronunciaron sobre las modificaciones al Proyecto de HR, descartando la necesidad de ingresar al SEIA.
- Existencia del Ordinario DARH N°208 donde se señala que el proyecto no es de aquellos que requieren la autorización del artículo 254 del Código de Aguas.
- Existencia de un tercer pronunciamiento del SEA en el marco del procedimiento sancionatorio la SMA por medio de Of. Ord. D.E. del SEA N°200278 de 4 de marzo de 2020. Este concluye que la modificación al proyecto no debe ingresar de forma obligatoria al SEIA pues no se configuran los literales g.1. y g.3. del artículo 2 del RSEIA, puesto que no requiere de la autorización de obra mayor del art. 294 del Código de Aguas.
- Existencia de la Res. Ex. N°2.174 de la Superintendencia del Medio Ambiente, de 12 de diciembre de 2022 por medio de la cual la SMA sanciona a HR por elusión al SEIA.

Estos hechos, asentados en la Sentencia Casada, establecen la existencia de actos administrativos de contenido discrecional, que son sin embargo luego pasados por alto por los sentenciadores. Ello, en tanto el Tribunal, sin contar con una potestad discrecional entregada por ley sobre la materia discutida en la causa, sino más bien con una prohibición de dictar actos de dicho carácter, realiza un análisis propio de elusión al SEIA, desatiende los pronunciamientos del SEA y DGA que descartaban la elusión, y reemplaza a la SMA en su facultad exclusiva de determinar la existencia de una infracción por elusión de acuerdo con el artículo 35 letra b) de la LOSMA.

b) Forma en la cual se produce la infracción a las normas citadas

El contenido del artículo 30 de la Ley N°20.600 contiene un límite al control o facultad revisora de los Tribunales Ambientales. De acuerdo con aquel límite, la facultad revisora de los Tribunales ambientales, si bien es plena al poder acudir a la totalidad del expediente administrativo y judicial, encuentra ciertos límites de contenido.

“El remedio modificadorio tiene por objeto que el juez ordene a la Administración que modifique el contenido del acto impugnado, otorgándole al órgano administrativo directrices o un programa al cual deba ajustar su actuación futura. De esta forma, no se trata de casos en que el juez modifica por sí mismo el acto impugnado, sino que más bien orienta a la Administración, cuando esta deba volver a resolver sobre la petición del particular. Asimismo, tampoco se trata de indicarle al órgano todo el contenido o detalle del acto impugnado, pues eso sería sustituir a la Administración en su actuación. Por consiguiente, las órdenes modificatorias no imponen un cierto resultado concreto, sino más bien regulan la actuación de la Administración, por lo que el nuevo acto que se dicte deberá tener en cuenta lo resuelto por el juez en la sentencia.”¹¹

¹¹ RUFFAT NÚÑEZ, Cristófer, *Remedios Judiciales en el Contencioso Administrativo Ambiental*, Santiago: Editorial Hammurabi (2022). P. 42. Citando a Huergo: *Las pretensiones de condena*, P. 268 y 296, y a Valdivia: *Contenido y efectos de las sentencias*. P. 269.

De la revisión del proyecto de Ley N°20.600 enviado al Congreso, es posible observar que inicialmente se entregaba a los Tribunales Ambientales un estándar de revisión plena, con poder de sustitución de la Administración en los actos revisados. Sin embargo, aquel estándar de revisión plena con facultades de sustitución o reemplazo no fue recogido en la Ley N°20.600 finalmente dictada, acotando los estándares de revisión y acotándolo a ámbitos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, excluyendo una revisión plena.¹²

Se ha señalado que “la intención de la norma [art. 30 LTA] fue la de acotar los poderes del control jurisdiccional. Dicho límite trae como consecuencia que la tutela judicial efectiva se pueda ver afectada, con lo que debe ser interpretado de forma estricta. Lo que impide la norma es que el juez pueda determinar el contenido de un acto administrativo discrecional pero no impide que puedan ser controlados todos los elementos formulados para el control de la discrecionalidad”.¹³ **En cualquier caso, se trata de control de la actividad de la Administración, no de sustitución en sus potestades.**

Esta limitación a las facultades y/o competencias materiales de los Tribunales Ambientales ha sido también recogida por la Jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema y Cortes de Apelaciones. Como ejemplo de lo anterior, la **sentencia causa Rol N°100.805**, en cuyo considerando cuadragésimo tercero señala que “**concuerta esta Corte con las reflexiones de las partes, en orden a que el Tribunal Ambiental no puede suplir la labor del órgano administrativo en las facultades que le son propias.**”

Así también lo ha remarcado la Illma. **Corte de Apelaciones de Valdivia**, en sentencia de primero de abril de 2024 pronunciada en **causa Rol N°9-2023** cuando, acogiendo el recurso de apelación presentado por la Superintendencia del Medio Ambiente en

¹² PLUMER BODIN, Marie Claudie: *Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la Institucionalidad Ambiental*. En: Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales. Pp. 297-315.

¹³ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Segunda Edición, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso (2012). Pp. 545-546.

contra de la Sentencia del Ilte. Tercer Tribunal Ambiental, que acogió reclamación de Nova Austral, revisando una resolución sancionatoria de la SMA señaló:

“Por otro lado, es claro que la competencia del Tribunal Ambiental está circunscrita a los aspectos legales o jurídicos de la resolución reclamada, sin que corresponda por esta vía analizar el mérito del asunto, sea asociado a la prueba, descargos y demás antecedentes sobrevinientes que pudieren surgir en el curso del proceso, y como consecuencia del derecho de defensa que en la especie efectivamente se ejerció, ni resulte pertinente, como efecto de paradoja, retrucar actos anteriores como corolario de elementos o evidencias posteriores, lo que importaría una revisión indebida, inoportuna y por cierto inadecuada que excede el ámbito de sus atribuciones y por cierto, so pretexto de la reclamación, **intervenir en el análisis de fondo o del mérito del asunto controvertido**, como se dijo, **invadiendo el objeto de las indagaciones y atribuciones propias y privativas de la Superintendencia.**”¹⁴ (El destacado es propio).

No obstante estos límites al ejercicio de la competencia revisora de los Tribunales Ambientales, la Sentencia Casada los sobrepasa, infringiendo la disposición del artículo 30 inciso segundo de la Ley N°20.600. Estas extralimitaciones del Tribunal se observan en dos actuaciones concretas de la Sentencia Casada que se revisarán a continuación.

Como se observará a continuación, el Tribunal Ambiental, en la Sentencia Recurrída no se limitó a confirmar la decisión de la SMA y descartar la reclamación de HR, sino que en su **decisión se llevó a cabo un análisis de concurrencia de la infracción de elusión, distinto a aquel realizado por la SMA y el SEA, y en base a antecedentes ajenos a los expedientes administrativo y judicial. En otros términos, abandonó su**

¹⁴ Ilتما. Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de primero de abril de 2024, causa Rol N°9-2023, (Cons. 13°).

función de tribunal de control de legalidad, se transformó en administrador y por sí y ante sí decidió en base a antecedentes ajenos a la litis.

Dentro de los hechos de la causa, establecidos y asentados por la propia Sentencia Casada, se encuentra que la SMA, en la resolución sancionadora reclamada ante el 2TA, pretende establecer que la capacidad real del acueducto es de 2,36 m³/s, lo que supone en base al caudal asociado a los derechos de aprovechamiento de aguas con que cuenta HR.

Luego, como consta en el expediente –y al parecer dándose cuenta de que la fundamentación de la resolución sancionatoria era insuficiente– en el informe evacuado por la SMA con fecha 7 de marzo de 2023 ante el 2TA se entregó una nueva fundamentación, ex post a la sanción, en base a la Tabla que la sentencia cita en el considerando cuadragésimo séptimo de la Sentencia Recurrída, elaborado en base a la información contenida en el documento “Informe Hidráulico Quebradas Nacimiento” acompañado por HR en el marco de las medidas provisionales. **Es sabido que un acto administrativo no puede complementar ex post la fundamentación que necesariamente debe consignarse en el mismo y, por sabido es obvio, que mucho menos puede el tribunal complementar ex post esa fundamentación.**

Además de los reparos a esta justificación ex post realizada por la SMA que se desarrollaron en los títulos previos, los sentenciadores no basan su decisión ni en las razones entregadas por la SMA en la resolución sancionatoria, ni tampoco únicamente en aquella prueba agregada ex post en sede de reclamación. **Como se observa entre los considerandos quincuagésimo primero a quincuagésimo séptimo, el 2TA estima que “corresponde determinar si la capacidad real de transporte del ducto permite confirmar o no que la obra es de aquellas que requieren del permiso del artículo 294 del Código de Aguas”¹⁵.**

En aquel análisis realizado por el 2TA, no sólo está pasando por alto las competencias sectoriales de la DGA respecto de la autorización del artículo 294 del Código de

¹⁵ Ilte. Segundo Tribunal Ambiental, Sentencia de 8 de abril de 2024, Rol N°R-385-2023, (Cons. 51°).

Aguas, del SEA sobre la pertinencia de ingreso al SEIA y de la SMA sobre la existencia de una infracción por elusión del artículo 35 letra b) de la LOSMA, sino que además, como explicita en el considerando quincuagésimo segundo, realiza un cálculo de la capacidad de transporte del ducto de forma distinta a la utilizada a la SMA.

Así, realiza un cálculo utilizando la “fórmula de Manning para el cálculo de caudal en canal abierto o una tubería de transporte gravitacional” -cálculo distinto al realizado por la SMA—lo que en la práctica ya no significa un análisis de la adecuación o razonabilidad de la determinación de la SMA, SEA y DGA en sus distintos pronunciamientos previos, sino **que la realización de un análisis propio para reforzar la fundamentación sobre el contenido discrecional del acto administrativo reclamado.**

Luego de ello, nutre esta fórmula de información que es ajena al expediente administrativo y judicial, como por ejemplo la información sobre rugosidad de la tubería, obtenida desde una página de internet citada en el considerando quincuagésimo tercero.

La utilización de información y fórmulas que no estuvieron contenidas en los expedientes administrativo y judicial, y que además, son distintas a las realizadas por el órgano a cargo de la resolución sancionatoria constituye una extralimitación a la competencia de los Tribunales Ambientales de acuerdo al artículo 30 inciso segundo de la Ley N°20.600, ya que de acuerdo a un proceso lógico y técnico propio termina entregando contenido a un acto de carácter discrecional de la administración.

Como es sabido, *“la discrecionalidad sólo puede ser considerada hoy en día como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma. Al igual que la propia potestad, ella debe ser atribuida previamente por el ordenamiento jurídico.”*¹⁶ (El destacado es propio). En este escenario, no encontramos en ninguna disposición legal la atribución de una facultad discrecional a los Tribunales Ambientales para decidir, por ejemplo, sobre la

¹⁶TAWIL, Guido, *Administración y Justicia*, Alcance del Control Judicial. Buenos Aires: Ediciones Depalma (1993). P. 375.

existencia de infracciones en base a la información técnica y científica disponible. Por el contrario, el inciso segundo del artículo 30 citado limita justamente aquello.

Además de una extralimitación y con ello, infracción al artículo 30, esta incorporación de antecedentes nuevos al expediente vulnera las garantías de un debido proceso a las partes y al principio de contradictoriedad del artículo 10 de la Ley N°19.880. Esto por cuanto la decisión se nutre de información que las partes no pudieron conocer, opinar, para finalmente resolver en base a un ejercicio puramente propio y despegado a los antecedentes del procedimiento.

Finalmente, la utilización de esta información nueva y ajena al procedimiento para la determinación de que supuestamente procedía la autorización del artículo 294 del CAg, el ingreso al SEIA por la causal del artículo 10 letra a) de la LBGMA y en consecuencia la sanción por elusión, extralimita también las facultades de los Tribunales Ambientales por inmiscuirse en aquellas que la Ley ha entregado por disposición expresa a la DGA, el SEA y la SMA.

Sin perjuicio de que en estricto rigor los pronunciamientos sectoriales no son vinculantes, y que la existencia de tres pronunciamientos en un sentido distinto del SEA y la DGA, en sus propias palabras, “exige[n] de parte de la SMA una fundamentación mayor a efectos de considerar por qué no serán considerados”.¹⁷ No existe sin embargo, una justificación mayor del SEA, sino que una justificación por parte del propio Tribunal Ambiental, que no está legalmente investido para decidir sobre el contenido discrecional de una infracción y/o sanción.

Por otro lado, una mayor justificación para desatender los pronunciamientos pasados de la DGA y el SEA debió al menos haber permitido que todas las partes en el procedimiento tomaran conocimiento y se manifestaran sobre los nuevos antecedentes que estaban llevando a fundamentar la decisión de rechazo de la decisión.

¹⁷ 17 Ilte. Segundo Tribunal Ambiental, Sentencia de 8 de abril de 2024, Rol N°R-385-2023, (Cons. 51°7°).

La infracción de ley deriva de una contradicción directa al contenido del inciso segundo del artículo 30, que prohíbe determinar el contenido discrecional del acto reclamado. A su vez, con esta infracción está omitiendo las facultades de los organismos públicos con competencia en la materia y así dejando de aplicar las normas que atribuyen aquellas facultades discrecionales en particular, como los artículos 10 letra a) de la LBGMA, el artículo 294 del CAg y el artículo 35 b) de la LOSMA.

En consecuencia, no cabe sino acoger el presente recurso de casación, en tanto han existido graves y evidentes extralimitaciones a la competencia del Segundo Tribunal Ambiental según el límite establecido en el artículo 30 inciso segundo de la Ley N°20.600, el que es evidentemente infringido. Como se revisó, esta infracción se verifica por medio de una contradicción con el contenido del artículo 30 inciso segundo, y una errónea aplicación de las normas sobre las facultades de la DGA, SEA y SMA para decidir sobre la infracción de elusión y, así, sobre la resolución sancionatoria reclamada.

3. Influencia del vicio en lo dispositivo del fallo

De haber seguido los límites al control y revisión de los Tribunales Ambientales de acuerdo con inciso segundo del artículo 30 de la Ley N°20.600, el Ilte. Segundo Tribunal Ambiental no habría realizado un análisis de la capacidad de caudal del acueducto propio y distinto a los ya existentes en el expediente. En consecuencia, habría resuelto la falta de fundamentación técnica de la decisión de la SMA, la que no cuenta con fundamentación suficiente para pasar por alto los tres pronunciamientos del SEA y aquel de la DGA que insisten en la inexistencia de una causal de ingreso al SEIA. Tal es así que, como se revisó al fundamentar el segundo vicio de casación, la SMA se vio obligada a entregar una fundamentación ex post, la que, ilegalmente, fue validada por los sentenciadores.

Así, de seguir la deferencia que exige el artículo 30 inciso segundo sobre el contenido discrecional de los actos administrativos, el Tribunal debió haber establecido al menos **una falta de fundamentación de la resolución sancionatoria**, que únicamente funda

la infracción de elusión por suponer una mayor capacidad de porteo del acueducto en base a los derechos de aprovechamiento de aguas con los que cuenta el Titular. Al no haber realizado lo anterior y, en cambio, aceptar una mayor fundamentación ex post de la SMA, y además de ello, confirmar la infracción en base a cálculos propios del Tribunal, elaborados con antecedentes externos a los expedientes, **está determinando el contenido discrecional del acto administrativo reclamado.**

Por otro lado, de haber reconocido la falta de fundamentación de la resolución sancionatoria, habría establecido la necesidad respetar la competencia de los organismos competentes consultados, y de atender el contenido de los pronunciamientos del SEA Regional así como su Dirección Ejecutiva, y de la DGA que establecían la inexistencia de una elusión al SEIA. Así, **habría respetado el pronunciamiento de la D.E. del SEA que concluye que las modificaciones del proyecto no constituyen cambios de consideración de acuerdo con los artículos g.1) y g.3) del artículo 2° del Reglamento del SEIA,** entregándole una fuerza vinculante que corresponde en atención a sus facultades sobre la materia,

En consecuencia, la influencia de la infracción en lo dispositivo de la sentencia inevitablemente habría llevado a acoger esta por una falta de fundamentos de la SMA, lo que cambiaría considerablemente las perniciosas consecuencias que genera la Sentencia Casada en el patrimonio de mi representada.

VI. CUARTO VICIO DE CASACIÓN EN EL FONDO: INFRACCIÓN POR ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 INCISO SEGUNDO DE LA LEY N°20.600, EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 2 INC. 2°, 3° Y 35 LETRA B) DE LA LEY N°20.417 ORGÁNICA DE LA SMA (“LOSMA”), A LOS ARTÍCULOS 8 INC. FINAL Y 10 LETRA A) DE LA LBGMA, EL ARTÍCULO 294 DEL CÓDIGO DE AGUAS, LOS ARTÍCULOS 3° INCISO FINAL Y 37 DE LA LEY N°19.880 Y LOS ARTÍCULOS 2°, 3° Y 5° DE LA LEY N°18.575, LO QUE INFRINGE ADEMÁS LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURIDICIDAD Y COORDINACIÓN QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

1. Enunciación de las normas legales infringidas

- **El artículo 37 bis de la Ley N°19.880** regula la actuación coordinada de los órganos de la Administración del Estado. Para ello señala *“Cuando un órgano de la Administración del Estado deba evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación.”*
- **El artículo 30 de la Ley N°20.600** regula las sentencias de los Tribunales Ambientales, en cuyo inciso segundo se regulan los límites de revisión o control a los cuales estarán sujetos sus decisiones, estableciendo que *“En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, **así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados.**”*(El destacado es propio).
- **El artículo 2° de la LOSMA** establece las funciones de la SMA, en cuyo inciso segundo se señala *“Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias o instrumentos que no sean competencia de la Superintendencia.”*

- **El artículo 3° de la LOSMA** enlista las funciones y atribuciones de la SMA. En sus letras i), j) y k) se enumeran las facultades para requerir de ingreso y obligar a este.
- **El artículo 35 de la LOSMA** entrega a la SMA **de manera exclusiva el ejercicio de la potestad sancionadora** respecto de ciertas infracciones, entre ellas la de la 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°”*.
- **El artículo 8 de la Ley N°19.300 LBGMA**, en su inciso final, dispone que *“Corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental, la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental, así como la coordinación de los organismos del Estado involucrados en el mismo, para los efectos de obtener los permisos o pronunciamientos a que se refiere el inciso anterior.”*
- **Artículo 10 letra a) de la LBGMA** que establece como causal de ingreso al SEIA *“Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;”*.
- **Artículo 294 del Código de Aguas en su letra b)** que establece *“Requerirán la aprobación del Director General de Aguas, de acuerdo al procedimiento indicado en el Título I del Libro Segundo, la construcción de las siguientes obras: b) Los acueductos que conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo;”*.
- **El inciso final del artículo 3° de la Ley N°19.880** inviste de presunción de legalidad y autoejecutabilidad de los actos administrativos, disponiendo: *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.”*
- **Artículo 2° del DFL 1 de 2001 de Ministerio Secretaría General de la Presidencia que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración**

del Estado que establece el principio de juridicidad, la necesidad de someter su acción a la Constitución y las leyes, y de actuar dentro de su competencia. *“No tendrán más atribuciones que las que expresamente le haya conferido el ordenamiento jurídico”.*

- **Inciso final del artículo 3° de la Ley N°18.575** que entrega el deber a la Administración del Estado de observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, **coordinación**, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad, control, probidad, entre otros. *“La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.*

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes.”

- **Artículo 5° de la Ley N°18.575** que procura el debido cumplimiento de la función pública, y en cuyo inciso final establece el deber de cumplir sus cometidos coordinadamente, propendiendo a la unidad de acción. Establece que *“Las autoridades funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.*
Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.”

2. Modo en el cual la sentencia infringe las normas citadas

La Sentencia Casada infringe las normas citadas y los principios de juridicidad, legalidad y de coordinación de la actuación de la administración al extralimitar su competencia de revisión regulada en el artículo 30 inciso segundo de la Ley N°20.600

y aplicar de manera errada la normativa sobre facultades de la SMA, el SEA y la DGA.

i. Hechos acreditados en la Sentencia Casada

Al momento de analizar la elusión del SEIA, la Sentencia tiene por acreditados los siguientes hechos:

- Existencia de 2 consultas de pertinencia resueltas por la Dirección Regional del SEA del Maule por medio de Res. Ex. N°96/2015 y Res. Ex. N°12/2017 que se pronunciaron sobre las modificaciones al Proyecto de HR, **descartando la necesidad de ingresar al SEIA.**
- Existencia del Ordinario DARH N°208 donde se señala que el proyecto no es de aquellos que requieren la autorización del artículo 294 del Código de Aguas.
- Existencia de un tercer pronunciamiento del SEA en el marco del procedimiento sancionatorio la SMA por medio de Of. Ord. D.E. del SEA N°200278 de 4 de marzo de 2020. Este concluye que la modificación al proyecto no debe ingresar de forma obligatoria al SEIA pues no se configuran los literales g.1. y g.3. del artículo 2 del RSEIA, puesto que no requiere de la autorización de obra mayor del artículo 294 del Código de Aguas.

Como se verá en lo sucesivo, la Sentencia Casada realiza una incorrecta aplicación de las normas citadas a los hechos acreditados.

ii. Modo en que se infringen las normas enunciadas

*“El límite general a los poderes del Tribunal Ambiental viene dado por lo dispuesto en el art. 30 inc. 2° LTTAA “En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en situación de que los anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, **así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados.**” Para poder determinar el alcance de la*

*disposición en primer lugar deberá tenerse en cuenta que la intención de la norma fue la de acotar los poderes de control jurisdiccional. (...)*¹⁸ (El destacado es propio).

Este límite a los poderes de revisión de las decisiones entregado a los Tribunales Ambientales ha sido sobrepasado en la Sentencia Casada, infringiendo así la norma contenida en el inciso segundo del artículo 30 de la Ley N°20.600. Esta infracción se verifica al determinar el contenido discrecional de los actos revisados, en particular al entregar un análisis sobre la pertinencia de ingreso al SEIA de las modificaciones al proyecto Generación Eléctrica Roblería en contradicción a las normas que establecen las competencias discrecionales del SEA sobre la materia y la DGA sobre la causal de ingreso en particular.

Como ha asentado la Contraloría General de la República, *“el referido principio [de legalidad y juridicidad] exige e impone a los órganos estatales que todas sus actuaciones se ciñan estrictamente a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, los reglamentos, los decretos supremos, los decretos con fuerza de ley, las normas técnicas y toda instrucción, circular u otro acto administrativo, dictado conforme al ordenamiento jurídico”*.¹⁹

En consecuencia, **un desapego a las facultades legalmente establecidas para cada organismo de la administración**, de la forma en la cual se ha evidenciado tanto en la resolución sancionatoria, como en la sentencia del Ilte. Segundo Tribunal Ambiental, **genera una infracción directa al principio de juridicidad, así como al deber de coordinación de los órganos de la Administración del Estado, regulados en los artículos 2° 3° y 5 de la Ley N°18.575.**

Como se revisará, la Sentencia Casada infringe estos principios al interpretar de manera errada, sustituyendo las facultades de los órganos de la Administración del Estado que se pronunciaron en el marco de la consulta de pertinencia, solicitud de permisos y del procedimiento sancionatorio del Proyecto de Hidroeléctrica Roblería. **En su decisión confirma la resolución de la SMA, por medio de la cual actúa en directa contradicción con el imperativo de coordinación,** y, escudándose en sus

¹⁸ BERMÚDEZ, S. Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2° Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 545.

¹⁹ Contraloría General de la República, Dictamen N°28.268 de 1966.

facultades de requerir de ingreso, se pronuncia sobre la necesidad o no de ingresar el proyecto en cuestión al SEIA –materia que, en atención a las disposiciones del artículo 8° y 10° de la LBGMA le corresponde únicamente al SEA –.

Entre los considerandos cuadragésimo tercero y septuagésimo de la Sentencia Recurrída, esta confirma la existencia de la infracción de elusión al SEIA, estableciendo que en la modificación del Proyecto Generadora Eléctrica Roblería debía ingresar al SEIA por constituir en sí mismo la causal de ingreso regulada en el artículo 10 letra a) de la LBGMA, así como por modificar sustantivamente la extensión, magnitud o duración de sus impactos ambientales.

La infracción de ley en esta decisión se deriva de los hechos relatados al inicio de esta presentación, ya que, como ya se ha señalado, previo al procedimiento sancionatorio, la modificación del proyecto fue sometida a dos consultas de pertinencia ante la Dirección Regional del SEA. Este organismo regional, en ambas ocasiones, y de acuerdo a sus facultades de los artículos 8 y 10 de la LBGMA, estableció que las modificaciones consultadas no requerían ingresar al SEIA de manera obligatoria previo a su ejecución.

De manera paralela, y en el marco de la tramitación de los permisos para la construcción de la bocatoma ante la DGA, el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas se pronunció para efectos de determinar si las obras a ejecutar requerían de la autorización del artículo 294 del Código de Aguas.

Por medio de ORD. DARH N°208 de 8 de noviembre de 2018, una vez analizados los antecedentes de diseño del Proyecto señaló que *“al considerar que la aducción proyectada en el estero Nacimiento responde a un caudal de diseño de 1,9 m³/s, el acueducto no podrá conducir en condición normal de operación, un caudal superior y, por lo tanto, no se daría la condición de porteo estipulada para una obra de la letra b) del artículo 294 del Código de Aguas.”*

De dichos pronunciamientos, no se puede determinar alguna irregularidad o negligencia en la actuación de HR, por el contrario, impulsó la ejecución de un proyecto de acuerdo a la confianza legítima fundada en los pronunciamientos de los organismos sectoriales competentes en la materia.

Luego del inicio del procedimiento sancionatorio, la SMA volvió a oficiar, ahora a la Dirección Ejecutiva del SEA (“D.E. del SEA”), para que esta se pronunciara sobre la pertinencia de ingreso del proyecto al SEIA, y así, decidir en base su opinión técnica la eventual infracción de elusión por la cual había formulado cargos a HR.

En esta nueva oportunidad, la D.E. del SEA contó con todos los hechos, así como la documentación recopilada hasta el momento. Como consta al inicio del Of. Ord. D.E. N°200278 de 4 de marzo de 2020, para llegar a su conclusión, la D.E. del SEA tuvo a la vista la denuncia, informe técnico de fiscalización de la SMA, los antecedentes del procedimiento sancionatorio, pronunciamientos de la DGA, las consultas de pertinencia previas y la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa R-198-2017. De dicha revisión informó:

“Al respecto, cumplo con informar a usted que esta Dirección Ejecutiva estima que las obras denunciadas no se encuentran sujetas a la obligación de ingresar al SEIA, por no configurarse el literal g.1) y g.3) del artículo 2° y por no constituir un proyecto o actividad susceptible de generar impactos ambientales, según lo establecido en el literal a) del artículo 3, ambos del RSEIA.” (El destacado es propio).

Llama la atención que este Of. Ord. D.E. N°200278 de la D.E. del SEA por un lado se plantea ser de tal relevancia que justifica una suspensión del procedimiento, pero sin embargo luego su contenido es desatendido por la SMA y el Ilte. Segundo Tribunal Ambiental en la Sentencia Casada

En este Ord. la D.E. del SEA, primero, despeja dudas sobre la necesidad de ingresar las modificaciones de acuerdo con la causal de la letra g.1. del artículo 2 del

Reglamento del SEIA, cuando las obras o acciones constituyen una actividad listada en el artículo 3 del mismo Reglamento.

En aquel contexto, señala que, es importante considerar:

- La Res. Ex. N°12/2017 de la **Dirección Regional del SEA del Maule resolvió el no ingreso al SEIA** de la modificación al proyecto Generación Eléctrica Roblería.
- El Ord. DARH N°208 de 8 de noviembre de 2018 de la DGA se pronuncia sobre el permiso sectorial de construcción de bocatoma, señalando que la cifra de 2,3 m³/s **corresponde a los derechos de aguas del Titular y no al caudal de diseño del acueducto introducido por las modificaciones al proyecto.** *“Agrega a continuación que no se trataría de una obra mayor por lo que no requiere de una obra mayor por lo que no requiere de los permisos del art. 294 del Código de Aguas y, por lo tanto, no requiere ingresar al SEIA en virtud del artículo 10 letra a) de la Ley 19.300. (...)*

En consecuencia, la sola presentación de los títulos de dominio de derecho de aprovechamiento de aguas superior a los 2m³/s para algunos meses del año, en el contexto de un procedimiento administrativo de solicitud de construcción de bocatoma, no constituye base para determinar que existe una infracción al artículo 294 del Código e Aguas. Por lo tanto no existe antecedente alguno que permita establecer que el acueducto considerado en las modificaciones del proyecto conducirían un caudal mayor a 2m³/s.” (El destacado es propio).

- *“Aclarado que el Ord. DARH N°208/2018 establece que **la obra de conducción que considera como caudal de diseño el valor de 1,9 m³/s, por lo que no requiere del permiso del artículo 294 del Código de Aguas, cabe hacer presente que el órgano competente para pronunciarse sobre la concurrencia de requisitos del art. 294 del Código de Aguas es la DGA Nivel Central, específicamente el Departamento de Administración de Recursos Hídricos y no las direcciones Regionales de la DGA** (...).*

En consecuencia, señala que debe entenderse que el único Ordinario válido es el Ord. DARH N°208/2019 y cualquier otro existente debe no considerarse como vinculante

pues carecería de competencia. En este sentido, el Ord. DGA Maule N°1.612/2017, donde se señala que el acueducto conduciría un caudal superior a 2m³/s, sólo podría considerarse como una comunicación interna de la instancia regional de la DGA a la DARH para que se pronuncie respecto a la posibilidad de que el acueducto corresponde a aquellas obras del artículo 294 del Código de Agua.” (El destacado es propio).

- *Que, conociendo del recurso de reclamación en contra de la Res. Ex. N°1.486/2018 de la SMA, en causa R-198-2018, “el 2TA hace un análisis de la normativa ambiental, señalando que “(...) conforme a artículo 8° de la Ley N°19.300 y el artículo 26 del Reglamento del SEIA, la autoridad competente para determinar si un proyecto o actividad o su modificación requiere ingresar al SEIA es el Director Regional del SEA o su Director Ejecutivo, según corresponda, Esta conclusión se refuerza precisamente en el artículo 3° de la LOSMA ya citado, en que el Superintendente del medio Ambiente se encuentra facultado para requerir de ingreso de un proyecto o actividad del SEIA únicamente previo informe del SEA, éste es el órgano de la Administración facultado legalmente para ficha determinación.” En consecuencia, dado que existen dos pronunciamientos del órgano competente (Res. Ex. N°96/2915 y Res. Ex. N°12/2017) señalando explícitamente que el proyecto de modificación no ingresa al SEIA, la apariencia de haberse cometido una infracción no existe. En otras palabras, para el 2TA la elusión no se configura, sin perjuicio de lo que pueda decidir la SMA posteriormente.” (El destacado es propio).*

En consecuencia, concluye que no se configura el literal g.1.) del artículo 2 del RSEIA como tampoco la tipología de ingreso del artículo 3 letra a) del RSEIA ni 10 letra a) de la LBGMA.

A continuación, el Ord. de la D.E. del SEA descarta la necesidad de ingresar de acuerdo con la tipología del artículo 2 letra g.3) del Reglamento del SEIA. Ello, primero en función de la decisión previa del SEA de la Región del Maule que había descartado previamente modificación a la extensión, magnitud o duración de los impactos. Luego, en base a una revisión de las modificaciones al proyecto, en particular de acuerdo con los criterios del Anexo N°1 del Ord. N°131.456/2013 de la D.E. del SEA

que imparte instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso de proyectos o actividades al SEIA²⁰.

De ello, concluye que *“no constan elementos suficientes que permitan establecer que la construcción de un canal de 1,9 m³/s, para entregar agua por 5 meses para la generación eléctrica de la Mini Central de paso se enmarca en alguno de los presupuestos señalados en el instructivo referido, y que en consecuencia genera modificaciones sustantivas en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad evaluados en el proceso de calificación ambiental del Proyecto “Generadora Eléctrica Roblería” aprobado mediante Res. Ex. N°187/2010.”*

Con ello, **no solo la Dirección Regional, sino que también la Dirección Ejecutiva del SEA, de acuerdo con sus facultades del artículo 8 de la LBGMA y al informe requerido de acuerdo con las facultades del artículo 3° de la SMA, estableció, sin lugar a dudas, que las modificaciones al proyecto Generadora Eléctrica Roblería no requerían ingresar al SEIA.** Todos los organismos con competencia en la materia habían descartado la concurrencia de los requisitos de una infracción de elusión al SEIA. Sin perjuicio de lo anterior, tanto la SMA como el Ilte. Segundo Tribunal Ambiental en la Sentencia Casada **hicieron caso omiso de tales pronunciamientos, confirmando la infracción, sancionando a HR por ella.**

iii. Límite a las facultades de control de los Tribunales Ambientales

El control pleno del Tribunal Ambiental en relación con los actos del expediente que puede revisar al conocer de una reclamación se encuentra limitado en el propio

²⁰ Anexo N°1 Criterios para decidir sobre la pertinencia de someter al SEIA la introducción de cambios a un proyecto o actividad, Punto N°1 letra c) *“[l]as obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad”* Luego, sostiene que para efectos de determinar si se han modificado de manera “sustantiva” los impactos ambientales del proyecto o actividad deberá considerarse, entre otros aspectos, la posible generación de impactos a consecuencia de:

- La ubicación de las obras o acciones del proyecto o actividad.
- La liberación al ecosistema de contaminantes generados directa o indirectamente por el proyecto o actividad.
- La extracción y uso de recursos naturales renovables, incluidos agua y suelo.
- El manejo de residuos, productos químicos, organismos genéticamente modificados y otras sustancias que puedan afectar el medio ambiente.” (Of. Ord. D.E. N°200278 de la D.E. del SEA, P. 9).

artículo 30 de la LTA, que impone al Tribunal ciertos parámetros en relación con su control de actos administrativos. Si bien **puede conocer de todos los antecedentes del expediente**, este control **no puede significar un control de mérito de la decisión o que reemplace las facultades discrecionales de la administración.**

En consecuencia, cuando en el considerando quincuagésimo séptimo la Sentencia Casada, establece que los pronunciamientos del SEA y la DGA no son vinculantes para la SMA y que, en cambio, la modificación sí debe ingresar por la causal del artículo 10 a) de la LBGMA, y al establecer cálculos en base a información obtenida desde fuera del expediente administrativo, está sobrepasando su competencia de revisión establecida en el artículo 30 de la LTA, **está reemplazando a los órganos de la Administración del Estado en la decisión respecto de materias que son parte esencial de su competencia.**

Así, la Sentencia Casada, al validar la decisión de la SMA, **aplicó de manera errada las normas sobre competencias de la DGA, el SEA y la SMA pasando por alto las competencias de los organismos técnicos para pronunciarse sobre la necesidad de solicitar la autorización del artículo 294 del CAg, así como para ingresar a evaluación ambiental la modificación consultada de acuerdo con el artículo 10 de LBGMA.**

Esta errónea aplicación de normas lleva que los sentenciadores reemplacen las facultades discrecionales del SEA y DGA establecidas en múltiples pronunciamientos previos, en evidente infracción a la disposición del artículo 30 de la LTA y en consecuencia, a los principios de juridicidad y coordinación que rige la actuación de la Administración del Estado en la tramitación de sus procedimientos.

3. Influencia del vicio en lo dispositivo del fallo

Los vicios señalados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo por cuanto el Tribunal, al exceder sus facultades de revisión pasando por alto los pronunciamientos de los órganos competentes, analiza y concluye la existencia de una elusión. En efecto, de haber aplicado correctamente las normas cuya vulneración se denuncia, la sentencia habría arribado a la conclusión forzosa de que la resolución sancionatoria

de la SMA adolecía de ilegalidad, ya que, como señaló en reiteradas oportunidades el SEA, las modificaciones del proyecto no requerían ingresar al SEIA.

POR TANTO:

A S.S. ILUSTRE RESPETUOSAMENTE SOLICITAMOS, tener por interpuesto recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de fecha 8 de abril de 2024, notificada a esta parte por correo electrónico el 9 de abril de 2024, solicitando a S.S. Ilustre que, declarándolo admisible, lo conceda para ante la Excelentísima Corte Suprema, a fin de que dicho Tribunal Superior invalide la resolución que, con infracción de ley con influencia en lo dispositivo de la sentencia, rechazó el recurso de reclamación deducido por mi representada; y seguidamente dicte sentencia de reemplazo que, en su lugar, acoja la reclamación deducida. Con costas.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Ilte. tener por acompañada copia de escritura pública de mandato judicial en el cual consta nuestra personería para representar a **Hidroeléctrica Roblería SpA**, otorgado por el Notario Titular de Las Condes Álvaro David González Salinas con fecha 26 de abril de 2024, Repertorio N°10811-2024.

POR TANTO;

A S.S. ILTE. RESPETUOSAMENTE SOLICITAMOS: tenerlo por acompañado.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Ilte. Tener presente que en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumimos personalmente el patrocinio y poder otorgado en la escritura pública de mandato judicial que se acompaña en el Primer Otrosí, en el recurso de casación en el fondo que se interpone en esta presentación.

POR TANTO;

A S.S. ILTE. RESPETUOSAMENTE SOLICITAMOS: tenerlo presente para todos los efectos legales.