

RECURSO: CASACIÓN EN EL FONDO Y EN LA FORMA

PROCEDIMIENTO: RECLAMACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 17 N°3 de la Ley 20.600.

ROL: R-202-2019

EN LO PRINCIPAL: DEDUCE CASACIÓN EN LA FORMA; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** DEDUCE CASACIÓN EN EL FONDO; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** PERSONERÍA; **EN EL TERCER OTROSÍ:** DELEGA PODER

ILUSTRE TRIBUNAL AMBIENTAL (2°)

EZIO COSTA CORDELLA abogado por los reclamantes, en autos sobre reclamación por el artículo 17 N°3 de la Ley 20.600, caratulados “Fundación Rompientes y otros/ Superintendencia del Medio Ambiente (Res.Ex. N°102 de fecha 22 de enero de 2019)”, que bajo el **Rol R-202-2019** se tramitó ante este Ilustre Tribunal, a su S.S. ilustre respetuosamente decimos:

Que, de conformidad a lo prescrito por el artículo 26 de la Ley 20.600, en relación con los artículos 764, 766, 768, 770 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, vengo en interponer recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de autos dictada por este Ilustre Tribunal Ambiental con fecha 26 de enero de 2021, solicitando a SS tenerlo por interpuesto en tiempo y forma y concederlo para ante la Excma. Corte Suprema, y ordenar que se eleven estos autos a fin de que dicho Tribunal, conociendo del recurso, lo acoja y anule la sentencia recurrida, dictando en consecuencia sentencia de reemplazo, en virtud de las razones de hecho y de derecho que se exponen a continuación, y que revelan que la sentencia ha sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica.

EL PROYECTO PUNTA PUERTECILLO Y SUS IMPACTOS

1. Antecedentes generales del proyecto Punta Puertecillo

Puertecillo y Topocalma corresponden a un sector históricamente agrícola, pescador y con un turismo de bajo impacto en sus playas y áreas naturales. Al alero de dicho sistema de vida, el ecosistema circundante ha podido mantenerse de manera adecuada, siendo el principal centro de biodiversidad de la zona, el humedal de Topocalma. En el referido humedal—reconocido por su valor por el Consejo de Ministros, quien ha aprobado recientemente declararlo como parte del santuario de la naturaleza Piedra del Viento y Topocalma¹— se alberga a un número importante de especies vegetales y animales y es, además, un sector de descanso para aves migratorias que provienen de lugares tan distantes como Norte América (gaviota de Franklin), entre otras especies.

Sin embargo, desde hace algunos años se viene gestando en la zona gran presión inmobiliaria, debido a los paisajes, ecosistemas y condiciones propicias para el desarrollo de actividades deportivas como el surf. El proyecto “Punta Puertecillo” es expresión de esto, planteándose como un balneario de alto estándar para la mantención de segundas viviendas de lujo en el sector.

En específico, el proyecto “Punta Puertecillo”, de la Inmobiliaria e Inversiones Piriguines Limitada y de la Administradora Punta Puertecillo SpA, abarca 216,84 has divididas en 307 lotes de mínimo 5000 m² cada uno, de los cuales 295 se encuentran destinados a la venta, instalándose ante los posibles compradores como un condominio que cuenta con espacios para estacionamientos, áreas verdes, restaurantes, equipamiento y zona de protección². Lo anterior, además de disponer de reglas de arquitectura para las viviendas, contemplándose una o dos por sitio, instalación de agua potable, solución individual de saneamiento, sistema de canalización y evacuación de aguas lluvias, sistema de electrificación, redes eléctricas, caminos, redes de iluminación de calles y veredas con sus respectivos postes y luminarias.

Para lograr abastecer de agua potable a las viviendas del condominio, el titular del proyecto creó, con fecha 13 de febrero de 2015, la Administradora Punta Puertecillo, cuyo objeto es la administración de un sistema de provisión de agua para dotar a los lotes que conforman el Loteo Punta Puertecillo; administrar los derechos de aguas de su propiedad, solicitar, presentar y tramitar todo tipo de solicitudes de derechos de

¹ Consejo de Ministros Para la Sustentabilidad. ACUERDO NQ 14/2020. Propone a S.E. el Presidente de la República la creación del santuario de la naturaleza Piedra del Viento y Topocalma. [en línea] https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/10/Acuerdo_No14-2020.pdf

² Información obtenida de la página web del proyecto www.puertecillo.cl, acompañada al procedimiento con fecha 16 de marzo de 2015, por “Vecinos de Puertecillo”.

agua; mantener las instalaciones de extracción, aducción, impulsión, elevación, transporte y distribución de aguas y red de incendios; mantener en buen estado el camino de acceso al Loteo Punta Puertecillo, de los caminos interiores del Loteo, respecto de los cuales tiene servidumbre de tránsito, y de los jardines que se encuentren en dichas servidumbres y sus sistemas de riego; velar por el cumplimiento por parte de los propietarios de las servidumbres y del Reglamento de Construcción; administrar un sistema de estacionamiento; mantener y operar el sistema de evacuación de aguas lluvias; prestar a los propietarios del Loteo, todo tipo de servicios relacionados con sus lotes.

Los vecinos y habitantes frecuentes del sector, al notar la existencia y construcción de este proyecto urbano en una zona no permitida y con posibilidades de afectar el Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad Humedal Topocalma, realizaron denuncias a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante SMA), solicitando fiscalizar y tomar medidas para que el proyecto ingresara a evaluación ambiental.

2. Sobre el procedimiento sancionatorio

Frente a estas denuncias, la SMA realizó labores de fiscalización, constatando en su inspección que se daban todas las condiciones para considerar que estamos frente a un proyecto urbanístico y turístico construido al margen de la institucionalidad ambiental.

Por tal motivo, formuló cargos en contra de la Inmobiliaria e Inversiones Pirgüines Limitada y la Administradora Punta Puertecillo con fecha 14 de diciembre 2017, iniciándose la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-091-2017. En particular, la SMA estableció que se configuraría una infracción de lo establecido en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, por ejecutar un proyecto de desarrollo de actividades para los que la ley exige una Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. El cargo formulado señala como hecho constitutivo de infracción:

“La ejecución, sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental, de un proyecto de desarrollo:

- Urbano, que contempla obras de urbanización con destino habitacional.
- Urbano, que contempla obras de urbanización con destino permanente de esparcimiento, deporte, comercio y servicios.
- Turístico, que contempla obras de urbanización y de equipamiento para fines turísticos”

Se señala como normas infringidas el artículo 10 letra g de la Ley N° 19.300, y artículo 3 letra g) g.1, g.1.1 y g.1.2, letras a, b, c y d, y g.2 letras a, b, c y d del DS N° 40 (en adelante indistintamente “RSEIA”), del Ministerio del Medio Ambiente.

En el considerando 4 de la formulación de cargos se expresa que el año 2014 la Inmobiliaria inició la ejecución de obras de urbanización en el predio Hijuela Puertecillo, consistentes en: construcción de caminos; obras de un sistema de canalización y evacuación de aguas lluvias; obras de un sistema de electrificación, redes eléctricas de media tensión subterráneas con sus respectivas cámaras y subestaciones eléctricas, redes eléctricas de baja tensión subterránea con sus respectivas cámaras, y redes de iluminación de calles y veredas con sus respectivos postes y luminaria. Esto se afirma nuevamente en el considerando 49, donde se advierte que en el predio se está desarrollando un proyecto que implica obras de urbanización, tales como: caminos, veredas, sistema de canalización y evacuación de aguas lluvias, servicio eléctrico, veredas, luminaria, sistema de agua potable.

Agrega que el año 2015 se inició por parte de la Inmobiliaria, la venta de lotes resultados de la subdivisión de la Hijuela Puertecillo³, y que en el año 2015, la Inmobiliaria estableció un Reglamento de Convivencia, Arquitectura y Construcción de Loteo Punta Puertecillo, el cual regula, (i) que los 294 lotes a la venta serán destinados exclusivamente a la vivienda o residencia familiar, (ii) que los inmuebles de propiedad de la Administradora Punta Puertecillo SpA, serán destinados a estacionamientos, restaurante, quiscos de bebidas y golosinas, áreas verdes, áreas deportivas, zonas de protección de playa y la instalación de infraestructura y servicios comunes, (iii) que en cuanto a las servidumbres a las que están sujetos cada lote del loteo Punta Puertecillo, estas son, de tránsito, para la formación de calles interiores del loteo, por la que pasa además una servidumbre de canalización para el paso de la red de cañerías de distribución de agua, canalizaciones y obras de aguas lluvia y de canalización de electricidad servidumbre de franja, entre otros, (iv) que se debe respetar las reglas de construcción del condominio. Adicionalmente se agrega que la Administradora se encargará de proporcionar a los propietarios de cada lote, la mantención de los caminos, calles, iluminación, sistema de extracción, elevación, conducción, regulación y distribución de aguas, el sistema de aguas lluvias, seguridad, retiro de basura, estacionamientos y áreas verdes.⁴

³ Constando aquello en las anotaciones al margen de la inscripción de propiedad del predio y según lo que la misma Inmobiliaria señala en la página web del proyecto

⁴ Levantamiento de cargos, N°9.

También se realizan consideraciones respecto del Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad “Humedal Topocalma” y de la cercanía que éste presenta con el área donde se desarrolla el Proyecto. Se indica en el considerando 47 que:

“el Proyecto está captando aguas desde un afluente que se encuentra próximo a un área de protección oficial. El punto de captación del sistema de agua potable con el cual se abastecerá a todos los lotes y equipamiento de la Hija Puertecillo, consiste en un **dren de aducción de 32,4 l/s** de aguas superficiales para los cuales la Administradora cuenta con derechos de aprovechamiento de aguas. Dicho dren se ubica a una distancia río arriba del Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad “Humedal Topocalma”, de aproximadamente 2,83 kilómetros, siguiendo el recorrido del cauce superficial, y 1.8 kilómetros en línea recta. Adicionalmente, se advierte que el año 2016 se aprobó un **sistema de agua potable particular que consideraba dos mallas de punteras de 2” en colector de 6”**, impulsión de 250 mm hasta el estanque, con volumen de 333,00 m³/3 día, para un total de 1480 personas, si bien dicho sistema habría sido modificado, en imagen Google Earth se observan actualmente dichas punteras, las cuales se ubicarían a 578 metros aproximados del Humedal” (énfasis agregado).

Añade en el considerando 48 que el humedal podría estar influenciado por la extracción de agua superficial y/o subterránea para abastecer de agua potable, siendo posible la generación de efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables— como el impacto que podría generar sobre el volumen o caudal de recursos hídricos o sobre los niveles de aguas subterráneas y superficiales—con los respectivos impactos sobre el humedal. Lo anterior luego sirve de fundamento para calificar la infracción como gravísima en virtud de la letra f) del numeral 1 del artículo 36 de la Ley 20.417 de la Superintendencia del Medio Ambiente, en relación con la constatación del efecto, característica o circunstancia señalado en el artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300.

Finalmente, se señala en el considerando 52:

“Que, se puede observar, además, que las obras de equipamiento que conforman el proyecto Punta Puertecillo, tiene fines turísticos, entre ellas, zonas de estacionamiento, zonas de protección de playas, restaurante, escuela de surf, quioscos, servicios comunes, cuyo uso se contempla tanto para los propietarios de los lotes, como para quienes visiten Punta Puertecillo”,

Advierte, además, que tanto la Inmobiliaria como la Administradora son dueñas de distintos lotes que resultaron de la subdivisión del predio Hijueta de Puertecillo, y que realizan acciones asociadas al proyecto alternativamente desde el año 2014.

En la parte Resolutiva de la Formulación de Cargos se calificó la infracción como gravísima, haciendo referencia al Artículo 11 de Ley 19.300 por la proximidad del Proyecto de Captación de Aguas para el Proyecto Punta Puertecillo, desde el Sitio Prioritario de Conservación de la Biodiversidad Humedal Topocalma, el cual señala que:

“Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan al menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: d) locación en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”.

La SMA, durante el procedimiento, requirió información a distintos organismos sectoriales, dentro de ellos al Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante SEA) para que señalara si el proyecto debía o no ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA). Este último, con fecha 27 de abril de 2018 respondió que el proyecto no cumple con ninguna de las tipologías de ingreso al SEIA y, en particular, respecto del artículo 10 letra g de la Ley N°19.300, señala que el área donde se encuentra el Proyecto está dentro de los límites regulados por el “Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero, de la Región del Libertador General Bernardo O’Higgins” en el que se le identifica como una zona “AR Área Rural”. Así, entendiendo que este sería un plan con Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA) asimilable a uno con Evaluación Ambiental Estratégica, de acuerdo con el artículo 2° transitorio del Reglamento del SEIA, consideró que el proyecto no debe evaluarse ambientalmente.

En el mismo sentido, se refirió al artículo 10 letra p) de la Ley 19.300, descartando impactos al estimar que las obras no se encuentran dentro del sitio prioritario del humedal Topocalma y que el informe presentado por el titular, realizado por el Centro de Ecología Aplicada, descartaría impactos sobre el mismo.

El pronunciamiento anterior derivó en que la SMA, finalmente, absolviera de cargos a la Inmobiliaria y Administradora Punta Puertecillo. Ello, pese a que mediante la inspección se constataron las características de núcleo urbano del proyecto en una zona rural y a lo informado por la Seremi de Vivienda y Urbanismo, la que indicó

expresamente en su ORD 1301/2018, que a través de las disposiciones del DL 3.516, se conforman núcleos urbanos al margen de la planificación territorial.

Cabe consignar al respecto, que dentro de las consideraciones para descartar la infracción, la SMA señaló en su resolución exenta N°102/2019 que habiéndose requerido información a la DGA y al SAG sobre la eventual vinculación entre el Estero Topocalma y el humedal Topocalma y la afectación que podría sufrir éste último a causa de la captación de aguas en los afluentes que alimentan al humedal, el SAG no remitió información alguna al respecto, pues señaló se requería tiempo para ir a inspeccionar y emitir un informe. Por su parte, señala que la DGA indicó que *“la cuenca del estero Topocalma está abierta con disponibilidad para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, al igual que los tres acuíferos más cercanos Estero Topocalma, Estero Hidango y Estero Caleta Topocalma”*. Ante ello la SMA estimó que, a su juicio, no habían antecedentes suficientes para determinar la afectación al humedal.

3. Reclamación administrativa y sentencia del Segundo Tribunal Ambiental

En contra de la resolución de la SMA que decidió absolver a la Inmobiliaria y Administradora Punta Puertecillo se decidió presentar un recurso de reclamación, el que fue conocido en los autos rol N° R-202-2019 del Segundo Tribunal Ambiental. Se buscó con ella que se dejara sin efecto la resolución y se ordenara a la Inmobiliaria e Inversiones Piriguines Limitada y a la Administradora Punta Puertecillo SpA, ingresar el proyecto Punta Puertecillo al SEIA.

Las motivaciones para ello versaron sobre (i) el cumplimiento de los requisitos para que el proyecto ingresara a evaluación por cumplirse con lo señalado en el artículo 10 letra g y p de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, a saber, tratarse de un proyecto de desarrollo urbano y turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el Párrafo 1 Bis y (ii) tratarse de un proyecto de ejecución de obras, programas o actividades en un área colocada bajo protección oficial.

Se ahondó, en este sentido, sobre las deficiencias del razonamiento de la SMA al descartar impactos sobre el humedal Topocalma, con base en una información inexistente sobre los ciclos hidrológicos y con base en un informe presentado por el titular que plantea conclusiones incoherentes y antojadizas para descartar impactos sobre el humedal.

Además, se relevó el abuso del derecho por parte del titular del proyecto, al utilizar el DL 3.516/1980 sobre División de Predios Rústicos para generar núcleos urbanos en una zona no permitida por nuestro sistema jurídico.

El Segundo Tribunal Ambiental, con fecha 26 de enero de 2016, decidió rechazar la reclamación en todas sus partes y remitir los antecedentes a la Dirección General de Aguas con el objeto de ejercer las atribuciones relativas al seguimiento y resguardo de la integridad ecológica de la unidad de cuenca a la que pertenece el humedal Topocalma, de conformidad con el artículo 299 del Código de Aguas, en relación con el artículo 23 del D.F.L N°850, de 1998, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°15.840, de 1964 y del D.F.L N° 206, de 1960 y a la Secretaria Regional de Vivienda y Urbanismo de la región del Libertador Bernardo O'Higgins una copia de la presente sentencia, con el objeto de ejercer las atribuciones que corresponda respecto del cumplimiento del Plan Regulador Intercomunal Borde Costero, aprobado mediante Resolución Afecta N°138, de 2010, del Gobierno Regional VI Región del Libertador.

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA

I. ADMISIBILIDAD

1. Resolución recurrida y norma que concede el recurso

La resolución que se recurre por el presente acto es la sentencia definitiva dictada por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en los presentes autos, la cual, según lo señalado en el inciso 3 del artículo 26 del mismo cuerpo legal, es susceptible de ser recurrida vía casación en la forma, cuando *“haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”*.

2. Legitimación activa

El artículo 771 del Código de Procedimiento Civil señala que el recurso debe ser interpuesto por la parte agraviada ante el tribunal que dictó la sentencia. Si bien, en materia procesal no hay una norma que defina quiénes son los agraviados, el artículo 464 del mismo texto normativo permite concluir que se trata que aquél a quien no se le acogido, o se ha acogido sólo parcialmente, su pretensión.

En el presente caso, tal requisito se configura toda vez que el recurso se interpone por nuestros representados, en razón de haber sido reclamantes en el procedimiento llevado adelante ante el Segundo Tribunal Ambiental, resultando agraviados por la sentencia que se impugna, al haberse rechazado la reclamación interpuesta en todas sus partes.

3. Interposición del recurso dentro de plazo

El artículo 26 de la ley 20.600, que hace procedente la interposición de recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Ambiental en el procedimiento de reclamación iniciado por el numeral 3 del artículo 17 de la misma ley, se remite al Código de Procedimiento Civil para efectos de configurar el plazo.

El artículo 770 del cuerpo legal previamente citado, señala un plazo de interposición de 15 días para recurrir de casación en el caso de las sentencias definitivas, y la presente sentencia fue notificada vía correo electrónico con fecha 27 de enero de 2021, por lo cual nos encontramos dentro de plazo.

No es procedente lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 770 del Código de Procedimiento Civil para la casación en la forma, por cuanto la sentencia definitiva del Tribunal Ambiental es de única instancia, al no proceder en su contra el recurso de apelación.

Por último, el inciso primero del ya citado artículo prescribe que, en caso de interponer contra una misma sentencia recursos de casación en la forma y en el fondo, éstos deben interponerse simultáneamente y en un mismo escrito, lo que se cumple en esta presentación.

4. Causal de interposición del recurso

El artículo 26 de la Ley 20.600, en su inciso 4 hace procedente la casación en la forma en los siguientes términos:

“Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”.

El presente recurso se funda en la infracción manifiesta en que incurre el Tribunal Ambiental de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, así como en la falta de los fundamentos técnico-ambientales presentados por esta parte y que no fueron debidamente ponderados por este Ilustre Tribunal.

El artículo 25 de la ley 20.600 señala como contenido esencial de la sentencia, además de lo dispuesto por el artículo 170 del CPC, la incorporación de *“los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia”*. Este requisito, junto con la infracción a las normas sobre apreciación de la prueba, nos lleva a definir los límites de la sana crítica, que se relacionan íntimamente con la debida fundamentación de la sentencia.

La Ley 20.600 se refiere a la sana crítica a propósito del procedimiento por daño ambiental en su artículo 35, que señala:

“El Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la

desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

Serán admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe. El Tribunal podrá reducir el número de pruebas de cada parte si estima que son manifiestamente reiteradas y podrá decretar, en cualquier estado de la causa, cuando resulte indispensable para aclarar hechos que aún parezcan oscuros y dudosos, la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe. En ningún caso se podrá rendir pruebas ante un tribunal distinto que el Tribunal Ambiental.”

La doctrina ha puntualizado las normas de la sana crítica. El célebre jurista Eduardo Couture señala:

"el juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente"⁵

Así mismo lo señala el Ministro Brito en su voto disidente de la sentencia de casación en la causa Rol N°8339-2009 cuando menciona las reglas impuestas por el sistema de sana crítica, las cuales limitan al juez para valorar la prueba:

“La primera de éstas son las llamadas "reglas de la lógica". Forman partes de ella la regla de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; la regla de la (no) contradicción, por la que se entiende que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, como ser falsa o verdadera, al mismo tiempo; la regla del tercero excluido, la cual establece que entre dos proposiciones en la cual una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera; y, la regla de la razón suficiente, por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un

⁵ Couture, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal - Tomo I Edit. Thomson Reuters Puntolex, Año 2010, p. 244.

hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente”⁶.

Mediante este conjunto de reglas se asegura formalmente la corrección del razonamiento, que partiendo de premisas verdaderas se arribe a conclusiones correctas. Se espera que este siempre tenga lugar y, por lo demás, otorga inequívoca objetividad a la labor de ponderación. El examen lógico formal de la argumentación del juez permite un control de la valoración que éste haya hecho de las pruebas presentadas en el proceso. Por ello se afirma que la exigencia de corrección en la valoración de las probanzas de acuerdo a las reglas de la lógica constituye una verdadera garantía para aquellos que están siendo juzgados.

La segunda regla, que establece como límite las "máximas de la experiencia", se refiere a "normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie"⁷.

Finalmente, la tercera regla obedece al "conocimiento científicamente afianzado". Esta hace alusión a saberes técnicos, que han sido respaldados por el mundo científico. Por su propia naturaleza este conocimiento también goza del mismo carácter objetivo que las reglas de la lógica.

A diferencia del sistema de valoración legal tasada de la prueba, la sana crítica constituye un sistema de valoración de la prueba *a posteriori*, racional y libre. Esto significa que, si bien el Tribunal tiene cierta libertad para apreciar la prueba, teniendo como guía las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, no se trata de una atribución para formar convicción de un modo subjetivamente arbitrario; más bien existen ciertos límites externos para disminuir dicho ámbito de discrecionalidad, como son la fundamentación de la sentencia y la publicidad de esta. En otras palabras, aunque el sistema de sana crítica otorga un margen amplio para su aplicación, es imposible negar que establece reglas concretas y precisas de cómo aplicarlo, y cualquier conducta ajena a estas reglas será considerada como una fallida aplicación de este método de valoración de la prueba.

⁷ COUTURE, Eduardo (1966): Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma. página 192.

II. CAUSAL DE NULIDAD DE LA SENTENCIA: LA SENTENCIA FUE PRONUNCIADA CON INFRACCIÓN MANIFIESTA DE LAS NORMAS SOBRE APRECIACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.

Como se señaló previamente, el Tribunal al resolver y ponderar la prueba debe hacerlo conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, ello no significa que esté autorizado a resolver de forma arbitraria, sino que debe ceñirse a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y al conocimiento científico afianzado. Para ello, como se explicó, el Tribunal “tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

En el presente caso una de las controversias más relevantes dice relación con la afectación del Sitio Prioritario para la Conservación Humedal Topocalma, el que tiene un ecosistema tan importante para el sector que existe incluso una resolución del Consejo de Ministros Para la Sustentabilidad para declararlo como santuario de la naturaleza⁸. En particular se hizo presente que la utilización de las aguas por la Inmobiliaria y Administradora para abastecer de agua potable al condominio generará una presión hídrica sobre el humedal que podría dañarlo.

Al respecto, en primer lugar, la sentencia del Tribunal descarta la afectación del proyecto al humedal sobre la base de dos antecedentes: i) Lo informado por la DGA y el SAG en sus Ord. N°715, de 28 de diciembre de 2018 y Ord. N°1980/2018 de fecha 28 de diciembre de 2018, respectivamente, sobre la afectación del humedal producto de la captación en el estero Topocalma y ii) de una revisión de los derechos de aguas constituidos en la zona.

Por otra parte, el Ilustre Tribunal omite absolutamente referirse a la prueba en contrario presentada por esta parte en escrito de 12 de julio de 2020 y que tuvo presente en resolución de 13 de junio de 2020, en que además de formularse alegaciones fundamentales para controvertir la prueba de la parte reclamada y su tercero coadyuvante, se acompaña el informe “Caracterización Humedal De Topocalma”, suscrito por la geógrafa y ex encargada de Santuarios de la Naturaleza del Ministerio de Medio Ambiente, Marcela Olmo.

Como revisaremos a continuación, el Ilustre Tribunal incurre en un vicio de casación de forma por una incorrecta apreciación de la prueba, pues tal apreciación se encuentra

⁸ Consejo de Ministros Para la Sustentabilidad. ACUERDO NQ 14/2020. Propone a S.E. el Presidente de la República la creación del santuario de la naturaleza Piedra del Viento y Topocalma. [en línea] https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/10/Acuerdo_No14-2020.pdf

incompleta, es contraria a las reglas de la lógica y carece de razonabilidad técnica y científica.

1. El Ord. N° 715/ 2018 de la DGA y el Ord. N°1980/2018 del SAG no entregan información útil para arribar razonablemente a la conclusión a que llega el Ilustre Tribunal.

El considerando Sexagésimo Segundo de la sentencia del Ilustre Tribunal describe la argumentación de la parte reclamada respecto a la afectación del humedal Topocalma por la captación de aguas desde el Estero Topocalma (principal abastecedor del humedal), y explica lo informado por el SAG y la DGA durante el procedimiento sancionatorio:

“Que, sobre la eventual afectación del humedal Topocalma a raíz de la captación de aguas del estero Topocalma por los titulares del proyecto, es menester señalar que consta en el expediente administrativo sancionador que la Directora Regional del Servicio Agrícola y Ganadero de la región del Libertador Bernardo O'Higgins informó, mediante Ord. N° 1980/2018, de 28 de diciembre de 2018, al tenor de lo requerido por la SMA, que **"requiere llevar a cabo actividad de terreno que permita, dentro de sus facultades y competencias, premunir de los elementos necesarios, para exponer ante la solicitud de diligencia probatoria planteada por los interesados, mediante la elaboración de un informe"**. Enseguida, figura en el expediente que la DGA indicó, mediante Ord. N° 715, de 28 de diciembre de 2018, que “respecto de la vinculación existente entre el Estero Topocalma y el Humedal Topocalma y la afectación que podría sufrir este último a causa de la captación de aguas en los afluentes que alimentan el humedal, por la instalación del proyecto "Punta Puertecillo", **cumplo con informar a Ud. Que este servicio no dispone de dichos antecedentes**, no obstante, se remite en formato digital el listado de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales constituidos sobre la cuenca del Estero Topocalma. Cabe señalar que la cuenca del estero Topocalma está abierta con disponibilidad para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, al igual que los tres acuíferos más cercados 'Estero Topocalma, Estero Hidango y Estero Caleta Topocalma". (énfasis añadido).

Luego, el Tribunal, en la sentencia objeto de esta casación, expone la valoración que le asigna a ambos ordinarios, señalando que a partir de lo que expone se concluye que no existen antecedentes de afectación al humedal:

Sexagésimo cuarto. Que, en virtud de lo anteriormente expuesto, se puede desprender que no existen antecedentes de afectación al Humedal Topocalma en el expediente administrativo, en tanto los derechos de agua utilizados para el abastecimiento del proyecto provienen de aguas superficiales, y no de aguas subterráneas.

Como desde ya se puede observar, entre la premisa – lo informado por DGA y el SAG – y lo concluido por el Tribunal, existe un notorio salto lógico, pues los órganos sectoriales justamente señalan que no se encuentra en conocimiento de la información necesaria para determinar el vínculo entre el estero y el humedal Topocalma, Así, el SAG señala la necesidad de realizar un estudio en terreno y la DGA que no posee información y, por tanto, no puede referirse a su posible afectación.

En otras palabras, la DGA y el SAG se reconocen incapaces de informar eficiente y fehacientemente sobre la materia que se le consulta, esto es, la relación hidrológica entre el estero Topocalma y el Humedal del mismo nombre y, derivado de tal relación, si puede determinarse una afectación del humedal producto de la captación en el estero. Ahora bien, en particular la DGA, sentada tal imposibilidad técnica para informar, de forma inconexa (por las razones que veremos luego) señala que la cuenca del estero Topocalma se encuentra abierta para la constitución de derechos de aprovechamiento.

De algún modo incomprensible, el Ilustre Tribunal en su sentencia, pondera esta imposibilidad técnica de informar sobre la posible afectación del humedal Topocalma por la captación de aguas en el estero, como una especie de presunción de falta de dicha afectación, en lugar de asumir la actitud jurídicamente correcta que es excluir la prueba por inconducente.

Los ordinarios de la DGA y el SAG no aportan información útil para el establecimiento de una premisa y, sin embargo, son utilizados para llegar a la conclusión de inexistencia de afectación, constituyendo este razonamiento claramente una falacia de evidencia incompleta, esto es “la acción de citar casos individuales o datos que parecen confirmar la verdad de una cierta posición o proposición, a la vez que se ignora una importante cantidad de evidencias de casos relacionados o información que puede contradecir la proposición”⁹.

Luego, respecto a lo informado espontáneamente por la DGA, esto es, que la cuenca se encuentra abierta para la constitución de derechos, el Tribunal utiliza esta información para refrendar su conclusión de que no hay afectación del humedal, porque la captación

⁹ KOPITOWSKI, Karin “La falacia de la evidencia incompleta o ‘cherry picking’”, Revista Evidencia Online, volumen 19, N° 2, página 35. Disponible en línea en: <https://www.fundacionmf.org.ar/files/21cd970e769e1b49d08d09825465aad0.pdf>

sería en aguas superficiales y no subterráneas. En efecto, el Segundo Tribunal Ambiental realiza un análisis de los derechos de agua constituidos en el Estero, sosteniendo que si bien hay un proceso de transferencia de derechos superficiales el trámite de inscripción en la DGA se encuentra pendiente de inscripción y que no figurarían derechos subterráneos para el proyecto. Así, concluye que como solo existen derechos superficiales no existiría posibilidad de afectar el humedal.

Nuevamente comete al menos dos errores lógicos en la formulación de este razonamiento. En primer lugar, la circunstancia de encontrarse una cuenca abierta para la constitución de derechos de aprovechamiento solo prueba la disponibilidad jurídica del recurso hídrico y, sobre todo, nunca podría probar la indemnidad ambiental de los ecosistemas que dependen del agua, pues para ello precisamente existe la metodología del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En segundo lugar, porque ni la DGA, ni el Titular, ni la SMA estudian adecuadamente la relación hidrológica de las aguas del Estero con las aguas del Humedal, por lo que el hecho de que existan derechos sobre aguas superficiales es un dato irrelevante para la conclusión a la que llega el Tribunal.

Respecto al primer error enunciado, debe responderse qué significa que la cuenca del estero Topocalma se encuentre abierta para constituir derechos de aprovechamiento. Para ello es relevante traer a colación los conceptos de “disponibilidad jurídica” de las aguas y de unidad de corriente, cuestión que el Ilustre Tribunal yerra al no incorporar en el marco teórico de su decisión.

La “disponibilidad jurídica” de las aguas, de acuerdo a la Contraloría General de la República, “se vincula a la no existencia de prohibiciones legales o derechos previos sobre el recurso, esto último acorde regla básica del art/22 del citado ordenamiento, según la cual la constitución de derechos no puede perjudicar ni menoscabar aquellos de terceros”¹⁰. En este sentido, el hecho de encontrarse “abierta” una cuenca para la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento, exclusivamente significa que dicha cuenca no ha sido objeto de limitaciones a la constitución de derechos. Tales limitaciones, a su vez, suceden solo por una declaración formal de escasez del artículo 314 del Código de Aguas; de prohibición en virtud del artículo 63 del mismo cuerpo legal; o de agotamiento, en virtud del artículo 282 de la Ley en comento.

Así, jurídicamente lo único que podría probar la constatación de que una cuenca se encuentra abierta para la constitución de derechos de aprovechamiento, es que en el lugar no está sujeto a decretos de prohibición, escasez ni agotamiento y que los derechos de aprovechamiento ya constituidos en la cuenca conviven normalmente. Sin embargo, el Tribunal estira artificiosamente el alcance probatorio de tal hecho para

¹⁰ Contraloría General de la República, Dictamen 000161N00 del 4 de enero de 2000 (vigente).

concluir, inadecuadamente, que la extracción de agua en un punto de la cuenca, no afecta las aguas de un área protegida ubicada justo aguas debajo de ese punto de captación, cuestión que carece de sentido.

A mayor abundamiento, el concepto de “unidad de corriente” de la que habla el artículo 3 del Código de Aguas, obliga a considerar como un solo cuerpo interconectado a todas las aguas pertenecientes a una misma cuenca:

“ARTICULO 3º- Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”.

El Ilustre Tribunal aplica un razonamiento que es contradictorio al desestimar – sin antecedentes técnicos reales – la afectación en el humedal, pues la captación de aguas se haría en una fuente superficial, como si esa afirmación se bastara a sí misma para descartar la conexión hidrológica entre el estero y humedal Topocalma, que la propia Ley del ramo presume, como se ve.

Respecto del segundo error—concluir que porque existen derechos superficiales de agua no existiría afectación al humedal—no existe ninguna vinculación lógica en este análisis, pues, como se adelantó, este dato no entrega antecedentes sobre la relación hidrológica de las aguas del estero con las aguas del humedal, de modo que difícilmente tiene la capacidad de descartar su afectación. Pero, más allá de eso, es un análisis que no toma en cuenta los antecedentes que constan en el expediente administrativo y judicial, sobre la existencia de sistemas de captación superficiales y subterráneos. En efecto, fue la misma SMA la que constató que el proyecto contempla drenes de aducción de agua superficial y un sistema de agua potable particular que considera dos mallas punteras de extracción de agua subterránea.

Estos antecedentes constaron ante el Ilustre Tribunal y forman parte de los antecedentes levantados por la sentencia. Por ello, no es razonable que concluya que porque no existen derechos de aguas subterráneos asociados a titular no existiría posibilidad de afectarse el humedal, pues con independencia de si existen o no derechos de agua constituidos, a la luz de los sistemas de extracción de aguas instalados por el proyecto, es claro que lo único que puede descartar impactos es un análisis hidrológico de la zona. Máxime, cuando los derechos de aguas subterráneos sí existen, pero vinculados a otra sociedad de los mismos controladores del proyecto.

En resumen, la ponderación que hace el Tribunal respecto de los ordinarios del SAG y la DGA carecen de lógica, pues no aportan (y más bien expresa la imposibilidad total de aportar) información técnica útil para descartar el vínculo hidrológico entre el estero Topocalma y el humedal del mismo nombre y, por lo tanto, es completamente inidóneo para descartar la afectación del humedal. Lo mismo sucede con la información sobre los derechos de aprovechamiento otorgados en la cuenca, que no tiene ninguna capacidad de demostrar la no afectación, por lo que el Tribunal debió descartarlo como prueba por ser evidentemente inconducente.

2. El informe presentado por esta parte y omitido por el Tribunal controvierte de forma efectiva los argumentos en que se funda la sentencia.

Durante el procedimiento sancionatorio, el titular del proyecto presentó un documento titulado “Caracterización humedal y Estero Topocalma” realizado por el Centro de Ecología Aplicada. El informe en cuestión sirvió, primero, al SEA en su pronunciamiento dentro de dicho procedimiento; y luego, a la SMA para absolver de cargos a la Inmobiliaria y Administradora a cargo del proyecto Punta Puertecillo.

Ese documento detalló las actividades de terreno realizadas el día 20 de febrero de 2018, y entregó los resultados preliminares del estudio, asociados a la medición de parámetros in situ. Conforme se señala en el Resumen Ejecutivo del documento en cuestión, dichas mediciones in situ (realizadas en un solo día), bastarían para llegar a conclusiones tan tajantes como las que reproduce el Ilustre Tribunal en su sentencia.

Si de por sí aquello difícilmente constituye una metodología adecuada, aun menos adecuado es que tanto para el SEA como para la SMA dicho documento haya sido tenido en consideración sin hacer un análisis crítico, mínimo, de sus falencias. En este sentido, es relevante destacar que la gran conclusión a la que llega ese documento es que, supuestamente, no habría una conexión hidrológica entre las aguas del Estero Topocalma y el humedal, meramente por la observación de que la composición de las aguas captadas en el estero difiere de la presente en las aguas del humedal:

“el agua del estanque de agua cruda no corresponde al agua existente en el Humedal Topocalma, pues no hay coincidencia en sus propiedades. A su vez, las propiedades del agua extraída del estanque de agua cruda coinciden con las del agua extraída del estero Topocalma”¹¹.

¹¹ Centro de Ecología Aplicada. Informe Caracterización Humedal y Estero Topocalma, elaborado en marzo del año 2018.

No obstante este informe es omitido por el Tribunal en su sentencia—fuera de mencionarlo en las partes expositivas del fallo—es relevante mencionarlo (i) por su importancia en el procedimiento sancionatorio; (ii) porque, en rigor, es la única prueba del titular en que se intenta dar una explicación acerca del vínculo hidrológico entre el Estero y el Humedal Topocalma, aunque tal explicación carezca de todo rigor científico y iii) **pues esta parte acompañó el 12 de julio de 2020 el informe “Caracterización Humedal De Topocalma”, suscrito por la geógrafa y ex encargada de Santuarios de la Naturaleza del Ministerio de Medio Ambiente, Marcela Olmo**; cuya finalidad era hacerse cargo de los argumentos formulados tanto en relación al Ord. 715 de DGA como al estudio del Centro de Ecología Aplicada. Este informe fue totalmente omitido por el Tribunal, sin que se explicitara ninguna de las causales que de acuerdo a las reglas de la sana crítica justifican la exclusión de prueba y las razones para ignorar los fundamentos técnicos que respaldan los argumentos de la parte reclamante.

Entre los varios argumentos que se pueden observar en el informe de la profesional Marcela Olmo, acompañado por esta parte, destacamos la exposición de antecedentes que permiten establecer, al contrario de lo que estima el Tribunal, un vínculo hidrológico evidente entre el estero y el humedal Topocalma y que la distinta composición de las aguas de ambos cuerpos nada tiene que ver con la falta de ese vínculo. En tal sentido, el informe de Olmo señala que:

“las mediciones realizadas in situ solo indicarían que los parámetros físico-químicos de ambas muestras no son coincidentes pero no demuestran que la extracción de agua que se realiza en la cuenca no afectará al humedal de Topocalma, puesto que estas no dan cuenta i) de la relación hidrológica existente entre la cuenca del Estero Topocalma y el humedal Topocalma ni ii) del efecto potencial que podría tener la captación aguas arriba del Estero Topocalma (TP-03) en el humedal Topocalma, localizado en la parte baja de la cuenca del estero Topocalma”¹².

En cuanto a los resultados de los parámetros físico-químicos y como expresa el Informe de Olmo, hay que resaltar que la primera razón que permite explicar la distinta composición de las aguas de los cuerpos relevantes, tiene que ver con que el humedal se compone tanto de aguas marinas como dulces y que, además, el humedal tiene más tributarios que solo el estero Topocalma (al menos los esteros Valle Hidango y El Manzano):

“sus variaciones dependen de las actividades antrópicas que impactan los cuerpos de agua y de las variaciones anuales de las variables climatológicas

¹² Olmo, Marcela. Caracterización Humedal de Topocalma, Fundación Rompientes, Mayo 2020. p .10

que afectan la cuenca”. Señala el mismo Informe que, “en los sistemas costeros y estuarinos - mezcla de agua dulce y marina – (como lo es la Laguna Costera Humedal Topocalma) el pH aumenta en la medida que aumenta la salinidad. Esto se debe al incremento de las concentraciones de sales básicas disueltas del agua de mar las cuales provocan reacciones alcalinas e incrementan el pH a los valores típicos marinos. Por otra parte, los valores de oxígeno disuelto van en directa relación con las descargas de materia orgánica que se producen en los tributarios que alimentan el humedal. En cuanto a la presencia de nitratos estos son resultado de la contaminación ocasionada por el desarrollo agrícola, industrial y urbano a que se encuentra sometida la cuenca. Es decir, la condición natural de una zona estuarina donde se mezcla el agua dulce y el agua marina es radicalmente distinta a una zona fluvial (agua dulce), por lo tanto los parámetros físico químicos son, por ende, distintos. El hecho de que presenten diferencias da cuenta solo de la condición físico-química de ambos ambientes (estuarino y fluvial) pero no demuestra que la parte baja y media de esta cuenca no estén relacionadas”¹³

Respecto de las características de la cuenca, Olmo se extiende señalando:

“Esta cuenca funciona como un único sistema integrado. El agua es un recurso unitario que se renueva a través del ciclo hidrológico o ciclo del agua, y que, considerado como recurso, no cabe distinguir entre aguas superficiales y subterráneas, debido a que ambas se encuentran íntimamente relacionadas, presentando una identidad de naturaleza y función (BENITEZ,1993)”¹⁴.

Con todo, pese a que estos antecedentes eran conocidos por el Ilustre Tribunal, la sentencia omite por completo referirse a ellos en su valoración de la prueba y en cambio, utiliza como único medio probatorio el Ord. 715 de la DGA y el ORD. N°1980/2018 del SAG los que, como vimos, no tienen ninguna conexión lógica con la conclusión a la que se llega.

III. LOS VICIOS HAN INFLUIDO EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO

En primer lugar, se observa que el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental ha infringido las reglas de la sana crítica por escoger de forma injustificada o al menos sin motivación conocida, cuál es la prueba en la que basa su decisión, excluyendo de este modo

¹³ Ibid.

¹⁴ Olmo, Marcela. Caracterización Humedal de Topocalma, Fundación Rompientes, Mayo 2020. p .13.

antecedentes fundamentales que demuestran la corrección de los argumentos de la parte reclamante.

En segundo lugar, le asigna un valor probatorio desmedido a un ordinario de la Dirección General de Aguas, en circunstancias que en el mismo documento el órgano expresa que no tiene información para contestar lo que se le pregunta. El Ilustre Tribunal supera este obstáculo original de lo informado sin ajuste a las reglas de la lógica otorgándole una calidad de plena prueba que en ningún caso tiene.

Por último, las circunstancias antes descritas han distorsionado de forma grave la decisión adoptada por el Tribunal, pues de haber realizado una ponderación de la prueba de forma ajustada a derecho, debió acoger la reclamación pues a través de los antecedentes técnicos ambientales que ha acompañado la parte reclamante, se ha demostrado de forma seria que sus argumentos son jurídicamente correctos.

POR TANTO, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 20.600 en su relación con el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil,

A S.S. Ilustre solicitamos, tener por interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación en la forma, en contra de la sentencia dictada con fecha 26 de enero de 2021 por el Segundo Tribunal Ambiental en la causa Rol R-202-2019, en virtud de la causal de nulidad invocada, y elevar su conocimiento a la Excelentísima Corte Suprema, para que conociendo del mismo la anule, dictando en su caso la sentencia de reemplazo que corresponda con arreglo a la Ley, acogiendo así, la reclamación interpuesta en contra de la resolución exenta N°102 de fecha 22 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO

PRIMER OTROSÍ: Que en la representación que investimos y conforme establece el artículo 26 de la Ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales, en concordancia con el artículo 770 del Código de Procedimiento Civil, venimos en interponer, dentro de plazo, recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva inapelable, dictada con fecha 26 de enero de 2021 en los autos Rol R 202-2019, solicitando tener por interpuesto este recurso y concederlo para ante la Excelentísima Corte Suprema, la que declarando admisible el recurso, lo someta a tramitación, y con su mérito lo acoja, anulando la sentencia recurrida y procediendo a dictar la sentencia de reemplazo correspondiente, que determine, en definitiva, que el proyecto Punta Puertecillo debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

I. ADMISIBILIDAD

1. Resolución recurrida y norma que concede el recurso

La resolución que se recurre por el presente acto es la sentencia definitiva dictada por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en los presentes autos, la cual, según lo señalado en el inciso 3 del artículo 26 del mismo cuerpo legal, es susceptible de ser recurrida vía casación en el fondo, conforme a lo dispuesto en el artículo 767 de Código de Procedimiento Civil, esto es cuando exista en su dictación una infracción de ley que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

2. Legitimación activa

El artículo 771 del Código de Procedimiento Civil señala que el recurso debe ser interpuesto por la parte agraviada ante el tribunal que dictó la sentencia. Si bien, en materia procesal no hay una norma que defina quiénes son los agraviados, el artículo 464 del mismo texto normativo permite concluir que se trata de aquél a quien no se le acogido, o se ha acogido sólo parcialmente su pretensión.

Conforme a lo anterior, mis representados se encuentran totalmente habilitados para presentar este recurso de casación, toda vez que fueron reclamantes en el procedimiento llevado adelante ante el Segundo Tribunal Ambiental, viendo rechazadas completamente sus reclamaciones.

3. Interposición del recurso dentro de plazo

El artículo 26 de la ley 20.600, que hace procedente la interposición de recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia definitiva dictada por el Tribunal

Ambiental en el procedimiento de reclamación, se remite al Código de Procedimiento Civil (CPC) para efectos de configurar el plazo.

El artículo 770 del CPC señala un plazo de interposición de 15 días para recurrir de casación en el caso de las sentencias definitivas, y la presente sentencia fue notificada vía correo electrónico con fecha 27 de enero de 2021, por lo que esta presentación se encuentra dentro de plazo.

4. Causal de interposición del recurso

La causal de procedencia del recurso de casación en el fondo es una *“infracción de ley que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*. Según la Excelentísima Corte Suprema, las infracciones de ley pueden producirse cuando no se aplica la disposición que corresponde, cuando se aplica mal esa disposición o cuando se aplica una disposición que no corresponde; (...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, en la casación de fondo deben expresarse determinadamente las leyes infringidas ya sea porque no se aplicó la ley correspondiente o por haber aplicado una que no es la pertinente al caso o cuando se efectúa una errónea interpretación de la ley”.¹⁵

En este caso, la sentencia definitiva ha sido dictada con infracción a los artículos 10 letra g) y 10 letra p) de la Ley 19.300; artículo 3 letra g) del Reglamento del SEIA; artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y artículo 1 del DL 3516 sobre división de los predios rústicos, además de con infracción a los principios preventivos y precautorios que informan la institucionalidad ambiental.

II. HECHOS

Se dan por reproducidos íntegramente los elementos de hecho en que se funda el recurso de casación interpuesto en lo principal de esta presentación, que son los mismos en que se funda la presentación del recurso de casación en el fondo.

III. VICIOS O DEFECTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Infracción del artículo 10 g) de la ley 19.300 y 3º g) del Reglamento del SEIA: El proyecto no se encuentra dentro de un área que haya sido objeto de evaluación ambiental estratégica.

La sentencia del Segundo Tribunal Ambiental entre sus considerandos segundo y décimo séptimo, revisa la existencia o no de elusión al SEIA del proyecto Punta

¹⁵ Corte Suprema, 14 julio 1955, Revista Derecho y Jurisprudencia, t. 52, sec. Ia, p. 177.

Puertecillo, en razón de lo establecido en el artículo 10 letra g) de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente. Es decir, si cumple o no con ser un proyecto urbano y turístico emplazado en una zona no comprendida en alguno de los planes evaluados por medio de Evaluación Ambiental Estratégica. Su análisis, conforme a lo sostenido por la SMA en el procedimiento, es que no se cumpliría este requisito pues en la zona existiría un Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero que estaría bajo las hipótesis de exclusión de la norma.

Sin embargo, en el presente caso se infringe la norma porque (i) estamos frente a un proyecto que cumple con las características de ser urbano y turístico (ii) estamos frente a un proyecto que se instala en un área rural que no fue realmente alcanzada por el Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero aludida.

i) El proyecto cumple con los requisitos del artículo 10 de la Ley 19.300 y 3 letra g) del Reglamento del SEIA para ser considerado un complejo inmobiliario

El artículo 10 letra g) de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente señala que deben ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental los *“Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el Párrafo 1 Bis”*, agregando el último que *“Se entenderá por planes a los instrumentos de planificación territorial”*.

Por su parte, el artículo 3 del Reglamento del SEIA especifica qué debemos entender por desarrollo urbano, indicando al respecto que se tratará de *“aquellos que contemplen obras de edificación y/o urbanización cuyo destino sea habitacional, industrial y/o de equipamiento, de acuerdo a las siguientes especificaciones:*

“g.1.1. Conjuntos habitacionales con una cantidad igual o superior a ochenta (80) viviendas o, tratándose de vivienda social, vivienda progresiva o infraestructura sanitaria, a ciento sesenta (160) viviendas.

g.1.2. Proyectos de equipamiento que correspondan a predios y/o edificios destinados en forma permanente a salud, educación, seguridad, culto, deporte, esparcimiento, cultura, comercio, servicios, fines científicos o sociales y que contemplen al menos una de las siguientes características:

a) superficie **construida igual o mayor a cinco mil metros cuadrados (5.000 m²);**

b) superficie predial igual o mayor a veinte mil metros cuadrados (20.000 m²);

c) capacidad de atención, afluencia o permanencia simultánea igual o mayor a ochocientas (800) personas;

d) doscientos (200) o más sitios para el estacionamiento de vehículos.

Agrega el mismo artículo en su letra g.2 que se entenderá por proyectos de desarrollo turístico:

“aquellos que contemplen obras de edificación y urbanización destinados en forma permanente al hospedaje y/o equipamiento para fines turísticos, tales como centros para alojamiento turístico; campamentos de turismo o campings; sitios que se habiliten en forma permanente para atracar y/o guardar naves especiales empleadas para recreación; centros y/o canchas de esquí, playas, centros de aguas termales u otros, que contemplen al menos una de las siguientes características:

a) superficie construida igual o mayor a cinco mil metros cuadrados (5.000 m²);

b) superficie predial igual o mayor a quince mil metros cuadrados (15.000 m²);

c) capacidad de atención, afluencia o permanencia simultánea igual o mayor a trescientas (300) personas;

d) cien (100) o más sitios para el estacionamiento de vehículos;

e) capacidad igual o superior a cien (100) camas;

f) doscientos (200) o más sitios para acampar; o

g) capacidad para un número igual o superior a cincuenta (50) naves.”

En el caso del proyecto Punta Puertecillo se cumplen ambos criterios. Se trata de un proyecto que, como se señaló en los hechos de esta presentación, contempla 216,84 has divididas en 307 lotes de mínimo 5000 m² cada uno, de los cuales 295 se encuentran destinados a la venta. Es un proyecto que se ha publicitado a los compradores como un condominio exclusivo que cuenta con espacios para estacionamientos, áreas verdes, restaurantes, equipamiento y zona de protección¹⁶.

Además, se trata de un proyecto que, como quedó consignado en el expediente administrativo y en la formulación de cargos, contempla la instalación de agua potable, solución individual de saneamiento, sistema de canalización y evacuación de aguas lluvias, sistema de electrificación, redes eléctricas, caminos, redes de iluminación de calles y veredas con sus respectivos postes y luminarias.

Es decir, estamos frente a un proyecto que (i) cumple con la proyección de una construcción de un conjunto de más de 80 viviendas (al menos 295, pudiendo ser más en los lotes en que se permite la construcción de dos viviendas); (ii) con una superficie predial que supera por mucho la construcción de 20.000 m², dado que se trata de

¹⁶ Información obtenida de la página web del proyecto www.puertecillo.cl, acompañada al procedimiento con fecha 16 de marzo de 2015, por “Vecinos de Puertecillo”.

216,84 has; y (iii) que contempla 4 sectores de estacionamiento, sin especificar el número.

Por su parte, el proyecto también cumple con lo señalado en la letra g.2 del artículo 3 del Reglamento SEIA, dado que **uno de sus mayores atractivos** es la cercanía a la playa, otorgando facilidades para la realización de actividades relacionadas con el surf y el equipamiento necesario para ello (12 has destinadas, 4 sectores de estacionamiento, restaurants, y equipamiento).

Además, se debe considerar que ha sido el mismo titular el que reconoce el carácter urbanizador y turístico de su proyecto. En efecto:

1) La Inmobiliaria se refiere al Proyecto como un: “Proyecto Inmobiliario, LOTEO Punta Puertecillo, Proyecto Turístico”, lo que no es baladí si se considera que la OGUC ha definido loteo como el “proceso de división del suelo, cualquiera sea el número de predios resultantes, **cuyo proyecto contempla la apertura de nuevas vías públicas, y su correspondiente urbanización**”¹⁷. Así, la expresión Loteo haría referencia no solo a un proceso de división predial, sino que también a un proceso de urbanización del suelo con un propósito definido ya sea habitacional, turístico o de servicios.

2) Las condiciones para la construcción han sido otorgadas y garantizadas por la Inmobiliaria Pirgüines Limitada y la Administradora Punta Puertecillo SpA, a través de las obligaciones de los compradores de cumplir el Reglamento de Convivencia, Arquitectura y Construcción de Loteo Punta Puertecillo, en el que se les indica expresamente la obligación de construir sus viviendas y cómo hacerlo.

3) Los precios de los terrenos se elevan por sobre las 6.500 UF¹⁸ cuestión que no dice ninguna relación con lo que cuesta un predio efectivamente agrícola en la zona. En efecto, si uno revisa los precios de los predios agrícolas de la zona, tienen valores en que el “desde” apenas roza el 10% que el valor base de una parcela en el proyecto Punta Puertecillo.¹⁹

Un ejercicio de economía real y teoría de precios básica nos indicará que sin dudas lo que se está vendiendo con los terrenos de Punta Puertecillo no es la

¹⁷ Artículo 1.1.2, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

¹⁸ Imagen de la Revista “Vivienda y Decoración” del Diario El Mercurio, de fecha 2 de febrero de 2019.

¹⁹ http://www.realproperty.cl/venta-parcela-litueche-parcelas-a-minutos-de-puertecillo-y-topocalma-35852.html?trv_cid=a72600698d7a88f848e5cdc6a66794229a62e025&utm_source=Trovit&utm_medium=CPC&utm_campaign=premium

tierra y su potencial agrícola. Tampoco la ubicación. Se está vendiendo la pertenencia a un proyecto con determinadas características.

4) La Inmobiliaria ha usado instrumentos económicos para incentivar la construcción de las casas (de manera de consolidar el proyecto). De eso da cuenta la noticia del diario El Mercurio del año 2014 que se acompañó al expediente sancionatorio, donde se señala que la Inmobiliaria respetará un 15% de descuento en los precios a las personas que se encuentren en “la lista”, si es que comienzan la construcción de las viviendas en un periodo de dos años.

Es decir, si se revisan los antecedentes del proyecto a la luz de lo que la Ley 19.300 y el reglamento del SEIA consideran como proyecto urbanístico y de turismo, es claro que estamos ante un proyecto que cumple con los requisitos, pese a que se insista en la apariencia de tratarse solo de una subdivisión predial.

ii) Del ingreso de los proyectos que se ubican en zonas no comprendidas en los planes sometidos a Evaluación Ambiental Estratégica.

Como se señaló previamente, el artículo 10 letra g) de la Ley 19.300, establece como requisito para el ingreso de los proyectos urbanísticos o turísticos al SEIA que se desarrollen en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el Párrafo 1 Bis, el que hace referencia a la Evaluación Ambiental Estratégica de los instrumentos de planificación territorial. Esta, de acuerdo a lo señalado por Fernández y Holmes:

“Es el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales de desarrollo sustentable, al proceso de formulación de políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y su plan, y sus modificaciones sustanciales”²⁰.

En el presente caso no hay discusión sobre la inexistencia de un Plan que cuente con Evaluación Ambiental Estratégica, sin embargo, la discusión durante el procedimiento sancionatorio y ante el Ilustre Tribunal, ha estado determinada por la aplicación del artículo 2° transitorio del Reglamento del SEIA, el que establece que:

“Para efectos de lo establecido en la letra g) del artículo 3 y en el inciso 2° del artículo 15 del presente Reglamento, se considerarán evaluados

²⁰ FERNANDEZ, José y HOLMES, Felipe. *Derecho Urbanístico Chileno*. Editorial jurídica. Santiago de Chile 2012. Pág. 143.

estratégicamente, de conformidad a lo establecido en el párrafo 1º bis, del Título II de la Ley, los planes calificados mediante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de manera previa a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417, así como los planes que se encuentren vigentes desde antes de la dictación de la Ley N° 19.300.”

Conforme a esta norma, la sentencia del Segundo Tribunal, siguiendo lo sostenido por la SMA que, a su vez, seguía el pronunciamiento emitido por el SEA en el procedimiento sancionatorio, sostiene que el proyecto— aunque sea una urbanización y un proyecto turístico que a ojos de todos vulnera la legislación ambiental— no debe ingresar al SEIA ya que estaría comprendido en un área regulada por el Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero, de la Región del Libertador General Bernardo O’Higgins, el que obtuvo calificación ambiental favorable mediante la R.E. N°10, de fecha 17 de enero de 2006, de la Comisión Región del Medio Ambiente de la VI Región y que caería dentro de la ficción de contar con Evaluación Ambiental Estratégica. En específico, la sentencia recurrida sostiene en su considerando Decimosexto que:

“**Decimosexto.** Que, conforme a lo expuesto precedentemente, este Tribunal ha podido determinar que el proyecto "Punta Puertecillo" se ubica dentro de los límites de una superficie regulada por el PRIBC de la región del Libertador de Bernardo O'Higgins; que, específicamente, corresponde a un área rural; y que el referido PRIBC cuenta con RCA favorable. En consecuencia, se cumplen todos los presupuestos normativos para dar aplicación al artículo 2º transitorio del RSEIA. De este modo, la resolución impugnada no comete ilegalidad ni arbitrariedad alguna al fundamentar la absolucón del cargo previamente formulado en virtud de la aplicación de dicho precepto reglamentario y del principio de legalidad al que deben sujetarse las actuaciones de los órganos del Estado”.

Este razonamiento tiene un problema que lleva a aplicar de manera errada lo sostenido por el artículo 10 letra g) de la Ley 19.300. El Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero, de la Región del Libertador General Bernardo O’Higgins al que se alude, no fue evaluado ambientalmente en cuanto a sus efectos sobre el área donde se encuentra el proyecto y, además, no establece ninguna regulación particular sobre el área. En efecto, la zona era un área rural antes de la existencia del plan y siguió siéndolo con posterioridad a su existencia.

En el año 2000, un proyecto inmobiliario prácticamente idéntico al proyecto Punta Puertecillo pero de mayor extensión, que buscaba instalarse también en la Hacienda Topocalma, presentó un Estudio de Impacto Ambiental, el que fue evaluado por la COREMA de la Región de O’Higgins y aprobado mediante RCA N°165 de 16 de

noviembre de 2001. A propósito de la RCA de este proyecto el Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero en comento, en su artículo 47, otorgó a la zona la categoría de “Zona de Desarrollo Urbano Condicionado”, señalando expresamente que ello se hacía en reconocimiento de la RCA otorgada. La norma señalaba:

“Una zona de Desarrollo Urbano Condicionado especial la constituye el área de Topocalma, donde se encuentra vigente un proyecto que posee Resolución de Calificación Ambiental aprobada, esta situación se reconoce por el Plan y se incorpora como área planificada.”²¹.

Vale decir, expresamente se vinculó la evaluación del plan a la existencia de la RCA del proyecto. El Plan llevado adelante por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo VI Región obtuvo una RCA favorable (Resolución Exenta N°10/2006), sin embargo, la Contraloría objetó una serie de artículos del Plan en su dictamen N°60.061/2006, dentro de las que se encontraba, precisamente, el artículo 47 mencionado. Señaló específicamente en su punto 16 que:

“16.- Artículos 45 al 52, las zonas de expansión urbana en las que se fijan normas urbanísticas para diferentes usos de suelo de escalas intercomunales y comunales, deben limitarse sólo a las materias que permite la OGUC: se citan a modo ejemplar la altura de 5 pisos, en los casos de equipamiento mediano, en la zona ZE-1; los usos de suelo permitidos y prohibidos en diferentes zonas, entre ellos los dispuestos en la zona ZEQ-C que indica equipamiento científico y residencial del Centro Científico; en la ZDUC-1, se admiten loteos residenciales que se emplazan a 5 Km desde los límites urbanos y de extensión urbana, vale decir, en áreas rurales, a lo que se agrega la zona ZDUC-2, en la cual se definen las normas que afectan a un proyecto específico aprobado por la COREMA Regional por resolución exenta N° 165, de 2001, y en las zonas denominadas ZUPE” (énfasis agregado).

Además, agregó que:

“17.- Artículo 53, regula las áreas rurales, situación que, como ya se indicó, sólo procede cuando se acredita que ellas forman una sola unidad urbana. También resulta improcedente establecer normas urbanísticas en áreas y materias fuera de la competencia de un plan intercomunal” (énfasis agregado).

²¹ Resolución Exenta N° 10/2006, Califica Ambientalmente Proyecto "Califica Ambientalmente favorable el proyecto "MODIFICACIÓN PLAN REGULADOR INTERCOMUNAL BORDE COSTERO"

Es decir, la Contraloría le señaló a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo VI Región que no podía regular el área rural de manera que finalmente generara núcleos urbanos. Esta objeción significó que el Plan Regulador, finalmente aprobado en el año 2010, no contempló regulación alguna sobre el área que comprende la Hacienda Topocalma. El área simplemente mantuvo su categoría de rural y no fue regulada de modo que, sin ser alcanzada por la regulación del Plan, los proyectos urbanísticos o turísticos que quieran realizarse en el área debiesen ingresar al SEIA.

En este sentido Fernández y Holmes señalan, refiriéndose al artículo 10 letra g), que:

“Las zonas no comprendidas en los planes evaluados según lo dispuesto en el párrafo 1 bis, son todas aquellas zonas que se encuentran fuera de los planes reguladores, es decir el área rural.

Por tanto, los proyectos de desarrollo urbano o turístico que se pretendan hacer en el área rural, de acuerdo a lo que establece el artículo 55 de la LGUC, deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental”²².

De acuerdo revisan los autores, lo que cabe precisamente dentro de los casos que deben evaluarse conforme señala el artículo 10 letra g) son aquellos proyectos urbanísticos y turísticos que se emplazan en las áreas rurales. Ello es coincidente con lo establecido por el artículo 52 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones el que señala que:

“se entenderá por límite urbano, para los efectos de la presente ley y de la Ley Orgánica de Municipalidades, la línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal”.

El resto del área comunal es precisamente el área rural, de modo que todo lo que no se encuentra regulado cae en la categoría de rural. Así, podríamos sostener que la calificación por defecto de un territorio es ser considerado como área rural y, conforme con ello, que el PRIBC de la Región de O’Higgins señale que existe un área rural no da cuenta de una regulación, menos aún si esta supuesta regulación se limita a señalar que se aplicará el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y el DL 3.516/1980 sobre división de predios rústicos, pues estos se aplican a toda área rural, con independencia de si existe un plan regulador o no.

A mayor abundamiento, si consideramos sólo lo señalado por la RCA aprobada del Plan, aunque no haya sido lo que finalmente se aprobó, también llegaríamos a la conclusión

²² FERNANDEZ, José y HOLMES, Felipe. *Derecho Urbanístico Chileno*. Editorial jurídica. Santiago de Chile 2012. 145

de que el área no ha sido regulada. En efecto, el mismo artículo 47 antes citado señalaba que la Zona de Desarrollo Urbano Condicionado:

“Corresponde a aquellas zonas actualmente ubicadas en el Área Rural, aisladas de los centros urbanos en las cuales, dadas sus cualidades paisajísticas y su potencial inmobiliario, se propone el desarrollo de Zonas Urbanas Condicionadas en el que las externalidades generadas por un proyecto determinado, sean absorbidas por los propios responsables de estas agrupaciones urbanas o núcleos donde es posible emplazar las siguientes actividades: Residencial, Equipamiento, Espacio Público y Área verde de acuerdo con el artículo 2.1.24. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Estas Zonas corresponden a verdaderas ciudades satélites autosuficientes, que no deben generar mayores gastos al gobierno central o municipal.”

Atención hay que poner al hecho de que el Plan consideraba que “las externalidades generadas por un proyecto determinado sean absorbidas por los propios responsables de estas agrupaciones urbanas”. Eso puede suceder cuando se evalúa ambientalmente un proyecto y en el caso de este plan, sucedía porque existía una RCA de un proyecto particular que se hacía cargo de esos impactos.

Entonces, el Plan que nunca vio la luz, delegaba la regulación del área y la absorción de los impactos en la existencia de la RCA de un proyecto particular que cubría ese espacio territorial. Es ese proyecto el que podía desarrollarse en ese espacio, pues el Plan Regulador descansó sobre la Evaluación Ambiental de ese proyecto, el que consideraba medidas de mitigación, compensación y reparación. Pero el SEA, con fecha 16 de noviembre de 2016, declaró la caducidad de la RCA del proyecto en cuestión, pues nunca se concretó, de modo que el área nuevamente quedó desregulada.

En otras palabras, tanto si se analiza desde el punto de vista del Plan Regulador del Borde Costero aprobado como desde el que se pretendía aprobar, es evidente que el área que comprende la hacienda Topocalma no se encuentra regulada por el PRI de Borde Costero, de modo que de conformidad con lo señalado en el artículo 10 letra g) debe ingresar a evaluación ambiental pues no se encuentra dentro de la excepción de ser un área regulada por un plan regulador evaluación estratégicamente ni directamente ni por convalidación.

2. Infracción al artículo 55º de la ley general de urbanismo y construcciones y el artículo 1º del DL 3516 de 1980: El proyecto genera un núcleo urbano de manera desregulada.

Relacionado con lo anterior, y a la luz del artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y del DL 3.516 de división de predios rústicos, la sentencia infringe la prohibición de generar nuevos núcleos urbanos fuera del límite urbano. Al respecto, se centra para el análisis en la determinación de si existe o no abuso del derecho, descartando la existencia de este abuso por considerar que se cumple con la normativa y no existe un derecho ajeno afectado, cuestión que es un error.

El DL 3.516/1980 del Ministerio de Agricultura, sobre división de predios rústicos tiene su origen en la necesidad de facilitar las labores de la agricultura, permite que los predios rústicos, esto es, los inmuebles de aptitud agrícola, ganadera o forestal ubicados fuera de los límites urbanos sean divididos libremente por sus propietarios siempre que los lotes resultantes tengan una superficie no inferior a 0,5 hectáreas físicas. Con ello, siempre que la extensión del loteo respete el mínimo de 0,5 hectáreas se podrá subdividir en zonas rurales.

Sin embargo, el mismo artículo 1º de este cuertpo normativo señala que: “Los **predios resultantes de una subdivisión quedarán sujetos a la prohibición de cambiar su destino en los términos que establecen los artículos 55º y 56º de la Ley General de Urbanismo y Construcciones**”, mientras que las referidas normas señalan expresamente que:

“Fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores **no será permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones**” (énfasis agregado).

salvo ciertas excepciones establecidas, y que:

“Corresponderá a la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo respectiva cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, **no originen nuevos núcleos urbanos al margen de la Planificación urbana intercomunal**”. (énfasis agregado)

Es decir, pese a la posibilidad de subdividir, la norma ha establecido que la primacía sigue estando en el artículo 55 de la LGUC, añadiendo que los lotes subdivididos quedan restringidos en cuanto al cambio de destino, para luego añadir en su artículo 2º que:

“Quienes infringieren lo dispuesto en el presente decreto ley, aun bajo la forma de comunidades, condominios, arrendamientos o cualquier otro cuyo resultado sea la destinación a fines urbanos o habitacionales de los predios señalados en el artículo primero, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal, equivalente al 200% del avalúo del predio dividido, vigente al momento de pagarse la multa. Las multas serán aplicables de acuerdo con las normas del Capítulo IV del Título I de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.”

En el presente caso el titular ha sostenido que el proyecto “Punta Puertecillo” no se trataría de un proyecto de urbanización pues la única labor de la Inmobiliaria y Administradora habría sido dividir las parcelas de conformidad a lo establecido en el D.L 3516/1980 previamente citado. Así, el destino de los predios continuaría siendo agrícola una vez vendidas las diversas parcelas.

Sin embargo, tal como se aprecia en los hechos de esta presentación, se hizo presente ante el Segundo Tribunal Ambiental y consta en los antecedentes levantados por la misma SMA, el titular no busca vender las parcelas con un objetivo agrícola. En efecto, promociona su proyecto como un condominio de segundas viviendas de lujo, entregando todas las condiciones de urbanización y sanitarias necesarias para la edificación de una o dos viviendas por predio y estableciendo un Reglamento que determina las condiciones que deben cumplir las viviendas que se construyan por quienes compran los lotes.

En otras palabras, la Inmobiliaria y Administradora del proyecto Punta Puertecillo, no cumple con la prohibición establecida en el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, pues está generando un núcleo urbano fuera del límite establecido para ello.

Al respecto, es especialmente útil atender a la reciente sentencia dictada en la causa rol 62.948-2020 de esta Excelentísima Corte Suprema, que confirmó la sentencia dictada en autos rol N°789 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia. En esta causa se discutió sobre un proyecto de condominio llamado “Bahía Panguipulli” en que la inmobiliaria Inversiones Panguipulli SpA. subdividió, de conformidad con el artículo 1° del DL 3516/1980, un predio ubicado en un área rural, con el objetivo de vender los terrenos para la construcción de viviendas.

En tal caso, la Excelentísima Corte Suprema rechazó el recurso de protección presentado por la Inmobiliaria en contra del Dictamen N° 203 de 15 de enero de 2020 de la Contraloría de la Región de Los Ríos, que pretendía evitar la exigencia establecida por esta última de cambiar el uso de suelo y contar con los respectivos informes del SAG

y de la SEREMI de Vivienda, de forma previa a obtener los permisos de edificación necesarios para construir las viviendas, toda vez que los permisos de edificación se encontraban asociados a un único proyecto: “Bahía Panguipulli”. Con ello, la Excelentísima Corte Suprema además de confirmar la necesidad de cumplir con tales requisitos, evidenció la importancia de dar cumplimiento al artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y, con ello, de respetar la prohibición de generar núcleos urbanos en zonas rurales.

El caso del proyecto Punta Puertecillo es muy similar al de Bahía Panguipulli. Estamos también ante un caso en que se ha subdividido en numerosos lotes con el fin de lograr la creación de un condominio habitacional. La Municipalidad de Litueche, en efecto, ha otorgado 35 permisos de edificación al año 2018²³, con el fin de construir “viviendas en predio agrícola para su propietario” saltando así cualquier requisito adicional que demuestre el cambio de uso de suelo necesario. En todo este escenario, existe una apariencia de que su actividad se ajusta a la Ley, toda vez que se ha preocupado de no solicitar directamente los permisos de edificación correspondientes a cada terreno. Así, es responsabilidad de cada propietario perteneciente al condominio solicitar los permisos correspondientes, sin perjuicio de que todos ellos son parte de un mismo proyecto: Punta Puertecillo.

Esta parte sostuvo en su reclamación que estamos frente a una situación de abuso del derecho. Al respecto, BARROS BOURIE sostiene que “el ejercicio de un derecho puede ser ilícito, aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento normativo”²⁴. Lo anterior porque:

“por mucho que el ejercicio de un derecho se enmarque en los límites externos que le fije la ley o el contrato, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, que debe ser limitado por el derecho objetivo”²⁵.

En el presente caso es efectivo que existe un derecho para el titular, propietario de un predio, de subdividirlo conforme indica el DL. 3516/1980. Sin embargo, el otorgamiento de tal derecho no puede significar torcer el fin buscado por la legislación y las prohibiciones que ella misma establece, por más que el actuar se enmarque dentro

²³ Según consta en la Resolución N°3293 de fecha 24 de julio de 2019, de la Contraloría General de la República.

²⁴ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial jurídica, Santiago de Chile. 2010. p, 621

²⁵ *Ibíd.* p, 626

de los límites establecidos por la norma, pues, en tal caso, estaremos dentro de las esferas del abuso del derecho y del fraude a la ley, dos situaciones jurídicas que, como señala RUIZ LUJÁN se relacionan estrechamente: "en todo abuso del derecho hay un fraude a la ley que lo establece y garantiza y en toda violación indirecta de la ley hay un abuso del derecho respectivo"²⁶.

El titular sostuvo durante el procedimiento sancionatorio y ante el Segundo Tribunal Ambiental, que se trataría solo de una subdivisión de predios rústicos y no un proyecto urbanístico y que ellos solo venden los predios subdivididos, pero no construyen nada en su interior, de modo que los propietarios son libres de realizar cualquier actividad sea habitacional o no. Sin embargo, estas afirmaciones son contradictorias con la forma en que se publicitan los lotes (como un condominio con condiciones urbanas y turísticas), con la creación de reglamentos que determinan la construcción de las viviendas y con la existencia, incluso, de incentivos a aquellos que comiencen a construir sus viviendas lo antes posible.

Ello solo puede dar cuenta de una situación en que, amparados en un uso incorrecto de lo establecido en la Ley, se está evadiendo el cumplimiento de la normativa ambiental y urbanística y, con ello, burlando el espíritu de la Ley (en este caso del D.L 3516 y el artículo 55 de la LGUC) para lograr un objetivo que ella pretendía evitar²⁷, perjudicando los derechos subjetivos de quienes puedan verse afectados directamente y los colectivos involucrados en la protección del medio ambiente. En este sentido, contrario a lo sostenido por la sentencia, es claro que existen derechos ajenos perjudicados, pero estos son de carácter colectivo y dicen relación con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber de protección de la naturaleza que recae sobre el Estado, toda vez que el abuso del derecho y el fraude a la ley permiten la generación de este núcleo urbano que pone en riesgo un área colocada bajo protección oficial.

Se debe consignar que ha sido la misma SEREMI de Vivienda y Urbanismo la que ha dado cuenta de que se está utilizando de forma abusiva y fraudulenta el DL 3.516/1980 para generar núcleos urbanos en áreas en que la planificación territorial lo ha prohibido. Así, en el ORD 1301/2018 de fecha 6 de agosto de 2018, presentando en el

²⁶ RUIZ LUJÁN, citado en: MARTINEZ, Rafael. **El error, la simulación, el fraude a la ley y el abuso de un derecho en el derecho tributario chileno**. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2007) p. 364.

²⁷ En este sentido se pronunció la Excelentísima Corte Suprema en la causa Rol N° 5.615-2015, en que manifestó que "Fuera de los casos en que se infringe directa y evidentemente una ley prohibitiva o imperativa, se encuentran los actos ejecutados en fraude a la ley, situación que se produce cuando el acto aparentemente está acorde con ésta, pero en el fondo se burla su espíritu y se logra un objetivo que la misma pretendía evitar. La sanción para estos actos al constituir también una contravención es la nulidad, pero en la medida que puedan incluirse en el campo de una prohibición legal".

procedimiento sancionatorio en contra Inmobiliaria Piriguines y Administradora Punta Puertecillo señaló “En opinión de esta SEREMI, y no solo para el presente caso, a través de las disposiciones del Decreto Ley 3.516 se conforman núcleos urbanos al margen de la planificación territorial, lo que amerita una modificación urgente a dicho cuerpo legal”.

Finalmente, conforme con lo previamente desarrollado, es evidente que el Ilustre Tribunal ha resuelto con infracción al artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y el artículo 1 del D.L 3516/1980, basándose en un análisis superficial de este último decreto ley.

2. Infracción al artículo 10º letra p) de la ley 19.300 y a los principios preventivo y precautorio: El proyecto implica una clara afectación de un área puesta bajo protección oficial.

2.1. Sobre el deber de ingreso por la letra 10 letra p)

En segundo lugar, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental infringe el artículo 10 letra p) de la Ley 19.300 al considerar que no existiría deber alguno para el titular del proyecto Punta Puertecillo de ingresar al SEIA pese a sus impactos sobre el Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad Humedal Topocalma.

La sentencia del Segundo Tribunal Ambiental señala que:

Quincuagésimo octavo. Que, es un hecho no controvertido por las partes que el proyecto "Punta Puertecillo" no se emplaza al interior Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad "Humedal Topocalma", sino que próximo a éste. Por lo tanto, no se le aplica lo dispuesto por el artículo 10 letra p) de la Ley N° 19.300.

Quincuagésimo noveno. Que, en cuanto al abastecimiento de aguas del proyecto, tampoco es un hecho controvertido por las partes que éste capta aguas desde un afluente que se encuentra cercano al Sitio Prioritario para la Conservación "Humedal Topocalma". Por una parte, se advierte que la infraestructura del dren de captación se ubica fuera de los límites de dicho sitio. En efecto, la SMA, al momento de formular cargos, advirtió que *"el proyecto 'Punta Puertecillo' capta agua desde un afluente que se encuentra próximo al referido Humedal [Topocalma]. Así, el punto de captación del sistema de agua potable con el cual se abastecerá a todos los lotes y obras de equipamiento de la Higuera Puertecillo consiste en un dren de aducción (mediante cañería HPDE de 180 mm) con volumen de 333 m³/día para un total de 1,480 personas y estanque de almacenamiento de 500 m³. Dicho dren*

se ubica a una distancia río arriba del Humedal de aproximadamente 2,83 kilómetros, siguiendo el recorrido del cauce superficial, y de 1,8 kilómetros en línea recta. Adicionalmente, se advirtió que el año 2016 se aprobó [por la Seremi de Salud de la región del Libertador Bernardo O'Higgins] un sistema de agua potable particular que consideraba dos mallas de 10 punteras de 2" en colector de 6", impulsión de 250 mm hasta el estanque, con volumen de 333,00 m³/día, para un total de 1.480 personas. Luego, al momento de formular cargos en el presente procedimiento, en imagen Google Earth se observó la existencia de las referidas punteras, las cuales se ubicarían a 578 m aproximados del Humedal." Por otra parte, de acuerdo con la información proporcionada por la SMA, las obras de conducción de las aguas (tuberías) dirigidas a la planta de agua potable del proyecto tampoco se emplazan dentro del referido Humedal Topocalma. Por consiguiente, y considerando el valor ambiental del Humedal Topocalma, **no existen antecedentes ni en el procedimiento administrativo respectivo, ni en esta sede respecto de que el abastecimiento de aguas al proyecto pueda afectar al Humedal Topocalma, así como tampoco se ha acreditado que el proyecto implique obras, programas o actividades que se ubiquen dentro de un área colocada bajo protección oficial a propósito del uso de aguas, de modo que no se aplica lo dispuesto por el artículo 10 letra p) de la Ley N° 19.300.**

Sexagésimo. Que, por lo que respecta a la aplicación del **principio preventivo al caso de marras**, es necesario señalar que éste se ha caracterizado por la doctrina como uno de los cánones más relevantes de derecho ambiental en lo concerniente al riesgo, que *"exige adoptar medidas anticipadas para evitar que se concreten riesgos de daños ciertos y previsibles"* (BANFI DEL RÍO, Cristián. "Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil y ambiental". *Revista chilena de derecho*. 2019, vol. 46, núm. 3, p. 646). Cabe precisar, enseguida que la evaluación de impacto ambiental constituye **una de las expresiones más significativas de dicho principio en el derecho ambiental a nivel comparado, cuestión recogida por nuestra legislación**, *"como un instrumento preventivo de control sobre proyectos determinados"* (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Op. cit.*, p. 263). En efecto, el artículo 8 de la Ley N° 19.300, al señalar que *"los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 solo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley"* ordena someter a evaluación de impacto ambiental solamente a aquellos proyectos listados en el referido artículo 10 de la Ley N° 19.300. Por otro lado, el artículo 11 de la Ley N° 19.300 se aplica a los proyectos o

actividades que ya se encuentran en alguna de las tipologías que el artículo 10 de la Ley N° 19.300 señala, y que, dados sus efectos, características o circunstancias, requerirán un estudio de impacto ambiental. En este sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema en las sentencias correspondientes a los Rol N° 97792-2016, de 6 de noviembre de 2017, cc. 26 y 27, y Rol N° 34349-2017, de 21 de agosto de 2018, c. 18. **Asi pues, si el proyecto Punta Puertecillo no se encuentra en ninguna de las tipologías que el artículo 10 de la Ley N° 19.300, específicamente aquella que prevé su letra p), entonces no debe someterse a evaluación ambiental, no verificándose contravención al principio preventivo por ello.**

Luego, la sentencia se refiere al análisis de antecedentes existentes en el expediente, conforme a los que, sin perjuicio de concluir que no existe información suficiente, descarta impactos en el Humedal Topocalma.

Recordemos que, como quedó claro en el expediente sancionatorio a través del informe presentado por el Titular, elaborado por la consultora ECCOS, el proyecto cuenta con un dren de aducción aguas superficiales y con un sistema de punteras de aguas subterráneas ubicados en un afluente del Humedal y a una distancia de menos de 200 metros desde el buffer de conservación del Sitio Prioritario de Conservación de la Biodiversidad Humedal Topocalma²⁸.

Al respecto, no hay discusión sobre que el artículo 10 letra p) de la Ley 19.300 señala que deben someterse al SEIA la ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en **cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial**, en los casos en que la legislación respectiva lo permita. Y que, como reconoció la Contraloría mediante su dictamen 48.164/2016, **los humedales declarados como sitios prioritarios**, en virtud de la dictación de la ley N° 20.283—sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, que fue publicada el 11 de julio de 2008—, son áreas colocadas bajo protección oficial, de modo que su afectación da lugar al deber de ingreso al SEIA.

La Sentencia reconoce que el Humedal Topocalma, como ya se mencionó previamente, cumple con el requisito de ser parte de un Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad y, por lo tanto, es considerado un área colocada bajo protección oficial.

²⁸ Tal como queda en evidencia en el Informe presentado por el Titular del proyecto en el expediente sancionatorio, denominado “Análisis de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental Proyecto Parcelación Punta Puertecillo”.

Sin embargo, donde yerra es en considerar que no existiría un deber del proyecto de ingresar al SEIA por la letra p) con base en la interpretación del vocablo “en”.

El Ilustre Tribunal cita doctrina y jurisprudencia que, a su juicio, demostraría que estamos frente a un proyecto que no debe ingresar al SEIA porque el vocablo “en” reflejaría que el artículo 10 letra p) hace referencia a proyectos que se encuentren “dentro de” un área colocada bajo protección oficial y no próximos a él. No obstante, al revisar las citas realizadas, es posible notar que hacen referencia a un conflicto distinto. Tanto la doctrina –como la de Jorge Bermúdez Soto— como la jurisprudencia de la Corte Suprema, están resolviendo sobre el deber de presentar o no un Estudio de Impacto Ambiental cuando existen proyectos dentro de un área protegida, discutiéndose así sobre la aplicación del artículo 11 letra d) de la Ley 19.300.

En especial, el fallo de esta Exma. Corte que se cita por parte del Ilustre Tribunal, se refiere a la discusión sobre la frase “en los casos que la legislación respectiva lo permita” y no a la discusión sobre el vocablo “en”.

En el presente caso no discutimos ni esa frase ni sobre el artículo 11 de la Ley 19.300, sin perjuicio de que mirar su texto es útil para realizar una interpretación que de cuenta de la efectiva aplicación del principio preventivo que informa el SEIA. Atender al texto del artículo 11 nos permite interpretar de manera sistemática y coherente la normativa de la Ley 19.300.

Como S.S. Excelentísima conoce, la Ley 19.300 establece en su artículo 10 un listado de proyectos que deben ingresar al SEIA. Todos estos, en principio, deben ingresar mediante Declaración de Impacto Ambiental. Luego, la misma Ley 19.300 establece, en su artículo 11, que aquellos proyectos que provoquen ciertos impactos considerandos especialmente graves deben hacerlo por Estudio de Impacto Ambiental.

La distinción que establece el artículo 10 y el artículo 11 es importante, dentro de otras cosas, porque las obligaciones para aquellos proyectos que producen los impactos del artículo 11 se incrementan considerablemente. Mientras en la Declaración de Impacto Ambiental los titulares de proyectos realizan una declaración de que se ajustan a la normativa y de que no producen los impactos del artículo 11, es decir, que se proponen realizar un proyecto que no generará mayores impactos ambientales, en los Estudios de Impacto Ambiental los titulares reconocen que producirán los impactos del artículo 11, considerados graves por nuestra sociedad y sistema jurídico, debiendo proponer medidas adecuadas para mitigarlos, compensarlos o repararlos. En este sentido,

cuando estamos revisando el artículo 11 nos enfrentamos a situaciones de mayor gravedad que cuando se trata del artículo 10.

La aplicación del artículo 10 y 11 es concatenada. Es imposible analizar el ingreso de un proyecto al SEIA sin atender a ambos preceptos, por lo que en su aplicación se hace particularmente importante realizar un análisis sistemático y coherente. Ello toma especial importancia cuando hablamos del artículo 10 letra p) y 11 letra d). Ambos artículos se refieren a las áreas protegidas o colocadas bajo protección oficial, pero mientras el artículo 10 letra p) lo hace para determinar el ingreso al SEIA, el artículo 11 letra d) para determinar que los proyectos deben ingresar mediante Estudio, es decir, que la afectación de un área protegida es una situación de especial gravedad para nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, el artículo 10 letra p) dice que los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental que signifiquen **“Ejecución de obras, programas o actividades en** parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas, humedales urbanos o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”. Por su parte el artículo 11 letra d) indica que deberán ingresar mediante Estudio de Impacto Ambiental aquellos proyectos que tengan como característica la **“Localización en o próxima a** poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”.

Ante esta diferencia de vocablos la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental señala que solo deberán ingresar al SEIA los proyectos que se ejecuten dentro de un área colocada bajo protección oficial, quedando fuera de esta obligación aquellos proyectos que se localicen próximos a estas. Sin embargo, el análisis sistemático y coherente no resiste esta interpretación. Carece de toda lógica interna entender que la Ley considera especialmente atendible para efectos de exigir un Estudio de Impacto Ambiental que un proyecto se instale próximo a un área protegida, pero que esto sea irrelevante para evaluar la susceptibilidad de afectación y el deber de ingresar al SEIA.

Es precisamente en este sentido que ha razonado la Excelentísima Corte Suprema en un reciente fallo, en el que analizó, precisamente, la situación del artículo 10 letra p) para determinar el deber de ingreso de un proyecto al SEIA. En su sentencia en la causa

rol 10.477-2019, de fecha 5 de junio de 2019, caratulada "Fundación Yarur Bascuñan/ Sociedad Urbanizadora Reñaca Concón S.A." señaló que:

Quinto: Que, en cuanto al motivo de ilegalidad denunciado en el recurso, cabe consignar que el artículo 10 literal p) de la Ley N°19.300 expresa: "Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita".

A su turno, el artículo 11 literal d) de aquella ley prescribe: "Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar".

Sexto: Que, de la interpretación armónica de las dos reglas transcritas en el motivo anterior, es posible afirmar, en abstracto, que toda obra, programa o actividad próxima a un área protegida susceptible de ser afectada por ésta, debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través del instrumento de revisión más intenso contemplado en la legislación vigente, consistente en el Estudio de Impacto Ambiental.

En efecto, si bien el artículo 10 literal p) de la Ley N° 19.300 indica expresamente que la susceptibilidad de causar impacto ambiental se restringe a los proyectos emplazados "en" áreas de protección oficial (entre otras), **ciertamente el literal d) del artículo 11 amplía el espectro de aplicabilidad de la norma al abordar una situación específica y especial consistente en la ubicación de obras, programas o actividades ubicadas "en" o "próximas" a áreas protegidas**, exigiendo para la imposición de la obligación de ingreso que dichos proyectos puedan afectar, potencialmente, a aquellas zonas.

Séptimo: Que, en el caso concreto, asentado como está que el proyecto de loteo y urbanización desarrollado por RECONSA no se encuentra "en" un

área protegida sino a 73,3 metros del Santuario de la Naturaleza "Campo Dunar de la Punta de Concón", la adecuada resolución del asunto controvertido, en aquella parte que ha sido sometida a conocimiento de esta Corte por vía de apelación, **pasa por determinar si tal área protegida es "susceptible de ser afectada" por aquella obra** (énfasis agregado).

En este caso, en que también se estaba evaluando la situación de un proyecto de loteo y urbanización a instalarse en las cercanías de un Santuario de la Naturaleza, la Excelentísima Corte Suprema estimó que el artículo 10 letra p) y 11 letra d) deben ser analizados de forma armónica, lo que nos lleva a concluir que el artículo 11 letra d) amplía los márgenes del artículo 10 letra p), siendo lo importante, entonces, entonces, determinar si es que existe susceptibilidad de afectación cuando un proyecto se encuentra próximo a un área protegida.

A continuación, la misma sentencia establece que el artículo 8 del Reglamento del SEIA entrega pautas para estimar cuando un proyecto es susceptible de afectar áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación y humedales protegidos (entre otros) al señalar que para ello "se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar".

La interpretación anterior, además, es armónica, lógica y sistemática con el concepto de área de influencia, el que es vital para predecir y descartar impactos en el contexto del SEIA. Este concepto es definido en el artículo 2 letra a) del Reglamento del SEIA como:

"el área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias."

El área de influencia no necesariamente hace referencia a los límites territoriales de un proyecto, sino que se trata de todo lugar que puede sufrir los impactos ambientales este, ya sea el entorno, terrestre, acuático, aéreo, etc. Así, no corresponde, para efectos de letra p) del artículo 10 en comento, señalar que el proyecto no se encuentra dentro del área declarado Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad, toda vez que lo relevante es que el sitio se encuentre dentro del área de influencia del proyecto. En este caso ocurre que el humedal Topocalma sí se encuentra dentro del área de influencia del proyecto, cuestión que fue reconocida por la SMA en el considerando 48 de la formulación de cargos.

Por lo demás, la interpretación que hace el Ilustre Tribunal es extremadamente reduccionista, pues consideraría que los proyectos existen sólo donde están sus obras físicas, cuestión que es imposible de conciliar con la lógica ambiental. Un proyecto cuyas obras se ubican fuera de un área protegida pero que utiliza los recursos que están dentro de dicha área protegida, evidentemente es un proyecto que está dentro de dicha área. Es el caso de autos, donde si bien el proyecto inmobiliario está colindante al sitio prioritario, usa el valor paisajístico del mismo para venderse y las aguas de él para abastecerse, siendo claramente un proyecto que está también dentro del Sitio Prioritario, aunque no construya nada directamente en él.

Conforme a lo anterior, atendiendo al principio preventivo que informa el SEIA y el deber de protección de la naturaleza, la proximidad del proyecto al Humedal Topocalma y el uso de aguas del Estero que alimenta el Humedal, son antecedentes relevantes para determinar que el proyecto debió ingresar al SEIA.

2.2. Sobre el deber de observar el principio preventivo al analizar la normativa ambiental

La sentencia impugnada, además, cuando analiza los impactos del proyecto sobre el Sitio Prioritario Para la Conservación Humedal Topocalma, atenta contra el principio preventivo que informa la institucionalidad ambiental.

En específico, se refiere a este tema en los considerandos sexagésimo y sexagésimo primero, descartando la existencia de una vulneración al principio pues *“si el proyecto Punta Puertecillo no se encuentra en ninguna de las tipologías que el artículo 10 de la Ley N°19.300, específicamente aquella que prevé su letra p), entonces no debe someterse a evaluación ambiental, no verificándose contravención al principio preventivo por ello”*. Sin embargo, la afectación del principio preventivo no solo se observa en tal afirmación, sino también en la manera en que descarta los impactos sobre el humedal.

En primer lugar, si bien es cierto que el SEIA es expresión del principio preventivo, ello no obsta al deber que recae sobre los organismos con competencia ambiental de observar el principio y aplicarlo al momento de tomar decisiones que puedan incidir en materia ambiental. Ello pues los principios no son normas, son directrices que nos permiten guiar el actuar y la aplicación de las normas en un sentido específico.

En este sentido, al momento aplicar la normativa correspondiente a cada caso, se debe tener en cuenta que uno de los objetivos de la institucionalidad ambiental es prevenir la generación de impactos, siendo a la luz de esta premisa que corresponde interpretar la normativa.

Es un grave error del Segundo Tribunal considerar que no le empecen los principios del derecho ambiental en sus sentencias, cuestión que no sólo se encuentra enfrentada con la lógica de los principios del derecho en general y ambiental en particular, sino que además es abiertamente contraria a la lógica del Poder Judicial chileno y de esta Excelentísima Corte, que por ejemplo en su publicación “Principios Jurídicos Medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable”, se refiere de manera reiterada y expresa a la necesidad de que los tribunales apliquen los principios del derecho ambiental.

En ese sentido, el documento en cuestión expresa, por ejemplo:

“En efecto, se espera que a través de su lectura, sea posible encontrar un amplio reconocimiento de los principios que ilustran o fundamentan esta materia, cuyo desarrollo permitirá vislumbrar nuevas directrices interpretativas que profundicen las bases necesarias sobre las cuales se estructurará el análisis y reflexión de la problemática ambiental, y se espera que se sustenten las decisiones de las instituciones públicas, especialmente de quienes ejercen funciones jurisdiccionales.”²⁹

En el presente caso, como ya se adelantó, no se consideró la aplicación del principio preventivo al momento de interpretar el artículo 10 letra p), tanto por el Servicio de Evaluación Ambiental como por la Superintendencia del Medio Ambiente, motivo que contribuyó a que se tomará una decisión que se aleja del espíritu preventivo de la institucionalidad ambiental, pese a estar frente a un proyecto que pone en riesgo un Sitio Prioritario para la Conservación que alberga un ecosistema altamente vulnerable como lo es un humedal con características de estuario.

A ello se suma que el Ilustre Tribunal descarta la producción de impactos sobre el Humedal Topocalma de una manera que en nada honra este principio vital del derecho ambiental. En efecto, tal como se señaló en lo principal de esta presentación, la sentencia impugnada entre los considerandos sexagésimo segundo y sexagésimo cuarto, descarta que el proyecto pueda afectar el humedal por la actividad de captación de aguas desde el Estero, con base en lo informado por la DGA y el SAG ante el requerimiento de la SMA de informar sobre los posibles impactos ambientales del proyecto y con base en un análisis sobre los derechos de aguas superficiales y subterráneos constituidos que dificultosamente podrían descartar los impactos.

²⁹ <https://servicios.pjud.cl/ManosLibro/files/assets/common/downloads/publication.pdf> p.11

En particular, como consta en la misma sentencia, los ordinarios del SAG y la DGA no permiten descartar impactos. En efecto, el Ord. N°1980/2018, de 28 del SAG aludido, señala que:

"requiere llevar a cabo actividad de terreno que permita, dentro de sus facultades y competencias, premunir de los elementos necesarios, para exponer ante la solicitud de diligencia probatoria planteada por los interesados, mediante la elaboración de un informe"

Luego, la DGA indicó, mediante Ord. N° 715, de 28 de diciembre de 2018, que:

"respecto de la vinculación existente entre el Estero Topocalma y el Humedal Topocalma y la afectación que podría sufrir este último a causa de la captación de aguas en los afluentes que alimentan el humedal, por la instalación del proyecto "Punta Puertecillo", **cumpro con informar a Ud. Que este servicio no dispone de dichos antecedentes**, no obstante, se remite en formato digital el listado de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales constituidos sobre la cuenca del Estero Topocalma. Cabe señalar que la cuenca del estero Topocalma está abierta con disponibilidad para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, al igual que los tres acuíferos más cercados 'Estero Topocalma, Estero Hidango y Estero Caleta Topocalma"

El Ilustre Tribunal concluye con base en estos informes que como no existe información, entonces, no puede acreditar afectación del humedal, mostrando un razonamiento del todo carente de la observancia del principio preventivo, que obliga a tener presente que el objetivo de la institucionalidad ambiental es adelantarse a los impactos ambientales, siendo imposible descartar un impacto sobre la base de la inexistencia de la información.

Luego, el Segundo Tribunal Ambiental realiza un análisis de los derechos de agua constituidos en el Estero sosteniendo que si bien hay un proceso de transferencia de derechos superficiales el trámite de inscripción en la DGA se encuentra pendiente de inscripción y que no figurarían derechos subterráneos para el proyecto. Así, concluye que como solo existen derechos superficiales no existiría posibilidad de afectar el humedal.

Tal como se mencionó a raíz de la casación en la forma, no existe ninguna vinculación lógica en este análisis, pero más allá de eso, es un análisis que no toma en cuenta los antecedentes de la causa. Fue la misma SMA la que constató que el proyecto contempla drenes de aducción de agua superficial y un sistema de agua potable particular que

considera dos mallas punteras de extracción de agua subterránea. En específico la formulación de cargos del procedimiento sancionatorio indicó:

“el Proyecto está captando aguas desde un afluente que se encuentra próximo a un área de protección oficial. El punto de captación del sistema de agua potable con el cual se abastecerá a todos los lotes y equipamiento de la Hijuera Puertecillo, consiste en un **dren de aducción de 32,4 l/s** de aguas superficiales para los cuales la Administradora cuenta con derechos de aprovechamiento de aguas. Dicho dren se ubica a una distancia río arriba del Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad “Humedal Topocalma”, de aproximadamente 2,83 kilómetros, siguiendo el recorrido del cauce superficial, y 1.8 kilómetros en línea recta. Adicionalmente, se advierte que el año 2016 se aprobó un sistema de agua potable particular que consideraba dos mallas de punteras de 2” en colector de 6”, impulsión de 250 mm hasta el estanque, con volumen de 333,00 m³/día, para un total de 1480 personas, **si bien dicho sistema habría sido modificado**, (resaltado nuestro), en imagen Google Earth se observan actualmente dichas punteras, las cuales se ubicarían a 578 metros aproximados del Humedal. En la imagen más abajo “Imagen: Humedal Topocalma y Proyecto Punta Puertecillo”, se observan los sistemas de explotación de agua particular (dren de aducción y malla de punteras) y la tubería de conducción de aguas para la planta de agua potable (línea de color naranja). Cabe hacer presente, que el agua superficial captada por el dren de aducción necesariamente pasa por el sistema de impulsión que se encuentra en el mismo sitio donde se encuentran las punteras para la extracción de agua subterránea”.

Estos antecedentes constaron ante el Ilustre Tribunal y forman parte de los mismos antecedentes levantados por la sentencia. Con base en el principio preventivo lo que el Tribunal debió considerar para determinar la posible afectación es que, en los hechos, existen ambos sistemas de extracción de agua con independencia de si existen o no derechos de agua constituidos pues, a la luz de los sistemas de extracción de aguas identificados, ello es relevante para efectos de determinar que no se esté llevando a cabo un delito de usurpación de aguas pero no para determinar los impactos sobre el humedal.

A mayor abundamiento, si se hubiese observado el principio preventivo, el Ilustre Tribunal se habría visto obligado a incorporar en su análisis el informe “CARACTERIZACIÓN HUMEDAL DE TOPOCALMA”, suscrito por la geógrafa y encargada de Santuarios de la Naturaleza del Ministerio de Medio Ambiente, Marcela Olmo, cuya finalidad era hacerse cargo de los argumentos formulados tanto en relación

al Ord. 715 de DGA como al estudio presentado por el titular del proyecto, elaborado por el Centro de Ecología Aplicada. Este informe fue totalmente omitido por el Tribunal, pese a que entregó antecedentes importantes sobre el funcionamiento ecosistémico del humedal.

Entre los varios argumentos que se pueden observar en el informe de Marcela Olmo, destacamos la exposición de antecedentes que permiten establecer, al contrario de lo que estima el Tribunal, un vínculo hidrológico evidente entre el estero y el humedal Topocalma y una explicación necesaria sobre su comportamiento. Así, el informe señala:

“El humedal Laguna Topocalma corresponde a un humedal estuarino o marisma, es decir, pantanos salobres que se forman en las riberas de los estuarios de los ríos, donde se mezcla agua salada marina y dulceacuícola del río. Son bióticos extremos, dominados por halófitos subarborescentes y herbáceos, que sirven de hábitat a una variada fauna de invertebrados.

La laguna Topocalma, definida como un “cuerpo de agua parcialmente encerrado que se forma cuando las aguas dulces provenientes de ríos y quebradas fluyen hacia el océano y se mezclan con el agua salada del mar” (Altamar, 2004), da lugar a una dinámica y estructura altamente singular, que en tiempos de crecida rompe la barra que la separa del mar y se abre permitiendo el contacto directo con el agua salada. Esta condición gobernada por régimen de mareas origina que en épocas de fuertes lluvias se vean sobrepasados los límites normales de confinamiento de la laguna, afectando extensas zonas de la llanura de inundación”³⁰.

Respecto de las características de la cuenca, Olmo se extiende señalando:

“Esta cuenca funciona como un único sistema integrado. El agua es un recurso unitario que se renueva a través del ciclo hidrológico o ciclo del agua, y que, considerado como recurso, no cabe distinguir entre aguas superficiales y subterráneas, debido a que ambas se encuentran íntimamente relacionadas, presentando una identidad de naturaleza y función (BENITEZ, 1993)”³¹.

El informe, luego de caracterizar el humedal y revisar los riesgos territoriales y las oportunidades de la planificación, concluye sobre el humedal que:

Desde el punto de vista hidrológico, los antecedentes proporcionados demuestran que el Estero Topocalma constituye en cuenca hidrográfica

³⁰ Olmo, Marcela. Caracterización Humedal de Topocalma, Fundación Rompientes, Mayo 2020. p. 3

³¹ Olmo, Marcela. Caracterización Humedal de Topocalma, Fundación Rompientes, Mayo 2020. p. 13.

conformada por tributarios y efluentes que sostiene un sistema hídrico – superficial y subterráneo – interdependiente desde el punto de vista hidrológico y ecosistémico. Dado que el humedal de Topocalma es dependiente de tributarios localizados aguas arriba de la cuenca del Estero Topocalma y que, por lo tanto, cualquier intervención en los ríos, esteros y quebradas que la conforman, podrían afectar la integridad del humedal se hace necesario demostrar que las captaciones de agua que realiza la APP no afectarán al Humedal Estero de Topocalma.

(...)

El aumento de la demanda de agua derivado del desarrollo del loteo Punta Puertecillo y la construcción inmobiliaria proyectada (Anexo 9), impone la necesidad de tener un mayor conocimiento de la hidrogeología de esta cuenca costera con el propósito de conocer la disponibilidad real de las aguas superficiales y subterráneas, asegurando que los derechos de aprovechamiento se realicen de manera sustentable.

Tomando en cuenta los factores anteriores y considerando que existen numerosos proyectos inmobiliarios desarrollados a lo largo de los últimos años y otros tantos proyectados, con el consecuente aumento en la demanda hídrica en el área en estudio que afectará a la cuenca se hace necesario contar con balances hídricos precisos de la Cuenca del Estero Topocalma.

El balance hídrico de una cuenca es fundamental para el conocimiento del afluente y su capacidad de abastecimiento a las poblaciones que se verán beneficiadas con el recurso. El balance hídrico brindará información acerca de la capacidad de la cuenca, de los meses del año en el cual el afluente aumenta su caudal o por el contrario lo disminuye, como también pondrá permitir realizar predicciones hidrológicas.

Lo anterior requerirá conocer los volúmenes de agua almacenados y disponibles, la definición del funcionamiento hidráulico de la cuenca, la definición geométrica de los acuíferos, balance hídrico la determinación de disponibilidad y uso del agua y la determinación del funcionamiento hidrogeológico del sistema en su conjunto, sirviendo ésta para conocer la disponibilidad hídrica del acuífero y cuenca involucrados”³².

El Ilustre Tribunal no considera ninguno de estos antecedentes, y, sin embargo, descarta los impactos en el humedal Topocalma con base i) en dos ordinarios que solo confirman que no existe información para descartar los impactos y ii) en un análisis sobre los derechos de aguas subterráneos existentes que lejos de entregar antecedentes

³² Olmo, Marcela. Caracterización Humedal de Topocalma, Fundación Rompientes, Mayo 2020. p, 33

relevantes para la determinación de la afectación del humedal confunden al no tener un objetivo claro sobre su mención.

Si se hubiese observado el principio preventivo, primero, habría considerado la falta existente por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente al no exigir y otorgar tiempo al SAG para realizar el informe que señaló en su ordinario y que le habría permitido determinar los impactos del proyecto y, segundo, habría considerado el informe presentado por esta parte para determinar los impactos sobre el humedal.

Con todo, pese a que estos antecedentes eran conocidos por el Ilustre Tribunal, la sentencia omite por completo referirse a ellos en su valoración de la prueba y en cambio, utiliza como único medio probatorio el Ord. 715 de la DGA que, como vimos, no tiene ninguna conexión lógica con la conclusión a la que se llega.

IV. FORMA EN QUE LAS INFRACCIONES DE LEY HAN INFLUIDO SUBSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO

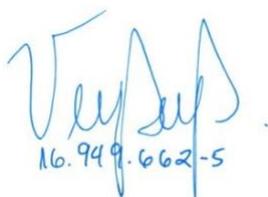
Las infracciones esgrimidas son de suma relevancia, e influyen substancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que de haber sido consideradas como corresponden las normas esgrimidas, a saber, el artículo 10 letra g) y letra p) de la Ley 19.300, el artículo 3 letra g) del Reglamento del SEIA, el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, el artículo 1 del D.L 3516/1980 del Ministerio de Agricultura y el principio preventivo que informa la institucionalidad ambiental, la decisión a tomar por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental habría sido totalmente distinta. Así las cosas, se habría determinado que sí estamos frente a una situación de elusión al SEIA, ordenando que el proyecto debe ingresar a evaluación ambiental para determinar los impactos específicos que este proyecto puede generar en su entorno, especialmente en el Sitio Prioritario para la Conservación Humedal Topocalma.

POR TANTO,

SOLICITO A S.S. ILUSTRE tener por interpuesto el presente recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de fecha 26 de enero de 2021, en autos Rol R-202-2019, que rechazó la reclamación interpuesta por esta parte, acogerlo a tramitación y previa declaración de admisibilidad, concederlo para ante la Excelentísima Corte Suprema, a objeto de que esta conociendo del recurso, haga lugar a él y anule la sentencia recurrida, dictando si es que correspondiese la sentencia de reemplazo por la que acoja la pretensión de esta parte, ordenando que el proyecto Punta Puertecillo debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y realizar todas las medidas que sean necesarias para detener una actividad que genera núcleos urbanos y afecta un humedal protegido, al margen de la institucionalidad urbana y ambiental.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a S.S. Ilustre tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio de estos recursos, todo ello, conforme dispone el inciso final del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil.

TERCER OTROSÍ: Solicito a S.S. Ilustre tener presente que delego poder en la abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, doña Victoria Belemmi Baeza, cédula de identidad N°16.949.662-5, domiciliada en Mosquito 491, oficina 312, correo electrónico v.belemmi@ofrec.com



16.949.662-5



15.384.461-5