

17 AGO 2016

SANTIAGO

000220

*Rosales  
mto*

**SECRETARIA:** Única.  
**ROL:** R-88-2015.  
**RECURSO:** Reclamación.

21:51 97.97 094

**En lo principal**, casación en la forma; **en el primer otrosí**, casación en el fondo; **y en el segundo otrosí**: patrocinio de los recursos.

INGRESADO POR BUZÓN

16 AGO 2016

TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

## ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

**Sebastián Avilés Bezanilla**, abogado, en representación de la reclamante Pampa Camarones SpA, en autos sobre reclamación al tenor de los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente y 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, caratulados "**Pampa Camarones S.A. / Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N° 1147, de fecha 02 de diciembre de 2015)**", ingreso de este Ilustre Tribunal Ambiental N° **R-88-2015**, a S.S.I. respetuosamente digo:

Estando dentro de plazo, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 20.600 en relación con lo dispuesto en el artículo 25 de dicha Ley y los artículos 768, 770 inciso primero y 772 del Código de Procedimiento Civil (en adelante "**CPC**"), deduzco recurso de casación en la forma en contra de de la sentencia definitiva pronunciada por este Ilustre Tribunal Ambiental con fecha 27 de julio de 2016, notificada a esta parte el día 28 de julio de 2016, en razón de haber sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, causal de casación contemplada en el artículo 26 de la Ley 20.600, solicitando a S.S.I. sea éste admitido a tramitación, y una vez concedido, se eleven los autos para ante la Excm. Corte Suprema de Justicia, a fin de que dicho Excmo. Tribunal, conociendo de él, lo admita a tramitación, lo acoja, y en definitiva, case e invalide dicha sentencia, y en virtud del artículo 786 inciso primero del CPC, determine el estado en que quede el proceso.

Fundo el presente recurso en las consideraciones de hecho y de derecho que siguen:

**A. DISPOSICIONES LEGALES QUE AUTORIZAN EL PRESENTE RECURSO.**

Conforme a lo prevenido en el artículo 26 inciso quinto de la Ley 20.600 en relación con el artículo 772 del CPC, cumpla en primer lugar con señalar las disposiciones que autorizan la interposición del presente recurso de casación en la forma.

El artículo 26 de la Ley 20.600 dispone que el recurso de casación en la forma se concede en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los Tribunales Ambientales, establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7) y 8) del artículo 17 de la misma Ley. Pues bien, la resolución recurrida reviste dicho carácter pues constituye la sentencia definitiva pronunciada en un procedimiento relativo a la materia establecida en el numeral 3) del artículo 17 de la Ley 20.600.

A su vez, el artículo 766 del CPC establece que el recurso de casación en la forma se concede en contra de sentencia definitiva. Pues bien, la resolución recurrida reviste dicho carácter pues constituye la sentencia definitiva dictada por este Ilustre Tribunal Ambiental.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 20.600 dispone que el recurso de casación en la forma debe fundarse precisamente en alguna de las causales establecidas en dicha norma, entre ellas, la causal invocada en este recurso, a saber, haber sido pronunciada la sentencia con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, causal de casación contemplada en el artículo 26 inciso cuarto de la Ley 20.600.

El mismo artículo 26 de la Ley 20.600 dispone que el plazo para deducir el presente recurso se ajustará a lo dispuesto en el CPC, el que, a su vez, dispone en su artículo 770 que *"El recurso de casación deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia sobre la cual se recurre..."*



decretaron algunas de las obligaciones contenidas en las medidas provisionales pre procedimentales en contra de mi representada, cuestión que incide directamente en el agravio denunciado por esta parte en su reclamación la que, de no haberse incurrido en tal vicio, debió haber sido acogida en este punto por US. Ilustre, declarando que la medida provisional pre procedimental dictada por la SMA en cuestión era, en efecto, ilegal y contraria a Derecho.

En fin US. Ilustre, el fallo incurre en vicios de casación que producen un agravio a mi representada, elemento que, en conjunto con la verificación de los demás requisitos de este medio de impugnación, habrán de llevar a la invalidación y casación de la sentencia recurrida.

### **C. ANTECEDENTES GENERALES DEL PROCESO.**

Con fecha 25 de agosto de 2015, la SMA dictó la Resolución Exenta N° 714 ("**Resolución 714**"), en virtud de la cual ordenó a mi representada adoptar las siguientes medidas provisionales ("**medidas provisionales**") a propósito de un SIAM contemplado para el funcionamiento de sus proyectos mineros "Explotación Mina Salamanqueja", aprobado mediante Resolución Exenta N° 33, de 7 de septiembre de 2011, de la Comisión de Evaluación de la Región de Arica y Parinacota ("**RCA 33/2011**"), y "Planta de Cátodos Pampa Camarones", aprobado mediante Resolución Exenta N° 29, de 6 de julio de 2012, de la Comisión de Evaluación de la Región de Arica y Parinacota ("**RCA 29/2012**");

**PRIMERO:** Adoptar por Pampa Camarones S.A., en su proyecto "Planta de Cátodos Pampa Camarones", la medida provisional de "corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño", "sellado de aparatos o equipos"; y, "Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de carga del infractor", en sus instalaciones ubicadas en la comuna de Camarones, provincia de Arica, Región de Arica y Parinacota, por un plazo de 30 días corridos contados desde la notificación de la presente

En lo referido a la medida provisional de "corrección, seguridad o control", la SMA decretó bajo el acápite de "medida de control" que el titular entregara a la autoridad la siguiente información: (i) información relacionada con el plan de construcción o el estado actual de las obras del

SIAM; y (ii) información relacionada con la construcción del SIAM en términos distintos al autorizado. Luego, decretó bajo el acápite de “medida de seguridad” que el titular dispusiera (i) medidas tendientes a evitar cualquier afectación de la especie chungungo; y (ii) la presentación de un Plan Global para la especie chungungo y su ecosistema.

En lo referido a la medida provisional de “sellado de aparatos o equipos”, la SMA decretó el sellado de las tuberías de aducción de agua de mar del SIAM.

Finalmente, en lo referido a la medida provisional de “programas de monitoreo y análisis específicos”, la SMA decretó que el titular: (i) debía realizar una campaña de monitoreo del chungungo y del ecosistema aledaño; y (ii) debía realizar el monitoreo de sus efectos en las comunidades planctónicas aledañas o adyacentes a la aducción.

Dichas medidas provisionales debían mantenerse por su titular por un plazo de 30 días corridos (contados desde la notificación de la resolución), al final del cual, se debía hacer entrega de un informe dando cuenta del cumplimiento de cada una de ellas.

La SMA sustentó las referidas medidas provisionales, según da cuenta la Resolución 714, en que el SIAM de mi representada era distinto al autorizado ambientalmente en la RCA 29/2012, en circunstancias que **“...la construcción de un sistema distinto a lo autorizado importa un riesgo para el ecosistema aledaño...”**<sup>2</sup> (lo destacado es nuestro).

En concepto de la SMA *“...los peligros que se pueden producir por este tipo de obras, sin contar con las debidas medidas de protección y/o mitigación, son un posible daño a la integridad física -del chungungo- (...) como también de succión de otras especies, tales como algas marinas, las que constituyen su dieta, teniendo como consecuencia la eventual migración de estos mamíferos desde el sector “Punta Madrid”, su hábitat natural”*.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Resolución 714, Considerando 11°.

<sup>3</sup> Resolución 714, Considerando 14°.

Para ello, se basó, primero, en que durante la visita inspectiva de fecha 16 de junio de 2015 se habrían constatado modificaciones al SIAM autorizado y, luego, en lo informado por el SERNAPESCA en su Ord. N° 154855, de 1° de julio de 2015, conforme al cual dicho organismo se pronunció informando acerca de la citada visita inspectiva, concluyendo que *“considerando el punto de aducción de agua de mar existente al momento de la inspección ambiental, este Servicio considera que la ubicación de este constituye un riesgo para los ejemplares de Chungungos que habitan en el sector, en términos de la probabilidad de la migración de estos, y la probabilidad de succión e impactos para la salud física”*.<sup>4</sup>

Con fecha 7 de septiembre de 2015, mi representada interpuso recurso de reposición administrativo respecto a la Resolución 714, solicitando se dejara sin efecto, entre otros motivos, y en lo atinente a este recurso de casación, toda vez que: (i) desde un punto de vista técnico no podía generarse el riesgo o peligro de daño a la fauna del sector - chungungo-; (ii) el supuesto sobre el cual el SERNAPESCA informó los riesgos y supuestos peligros de daño en su Ord. 154855 eran errados, toda vez que no se tuvo a la vista los antecedentes solicitados a mi representada respecto del SIAM; (iii) no se verifican los requisitos legales a efectos de decretar las medidas provisionales denunciadas; y (iv) que se había incurrido en vicios graves que afectaban el derecho a un debido proceso de mi representado en su calidad de regulado.

Mediante Resolución Exenta N° 1147, de fecha 2 de diciembre de 2015 (**“Resolución 1147”**), la SMA rechazó el recurso de reposición deducido por considerar que la Resolución 714 habría sido dictada conforme a derecho y en cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 48 de la Ley Orgánica de la SMA (**“LOSMA”**) y en el artículo 32 de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (**“LBPA”**).

---

<sup>4</sup> Punto 4 del Ord. N° 154855, de 1° de julio de 2015, del SERNAPESCA.

Adicionalmente, alzó la medida provisional de sellado de tuberías y tuvo por cumplidas las demás medidas provisionales con excepción de la entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo.

Como consecuencia de dicha resolución administrativa, con fecha 24 de diciembre de 2015 mi representada ejerció el reclamo de ilegalidad previsto en el artículo 56 de la LOSMA en contra de la Resolución 1147, siendo admitida a trámite por este Ilustre Tribunal Ambiental mediante resolución de fecha 7 de enero de 2016.

Con fecha 26 de enero de 2016, al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 20.600, la SMA evacuó informe solicitando se rechazare, en todas sus partes, la reclamación interpuesta, y se declare que la resolución recurrida "es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente", con condena en costas.

Finalmente, con fecha 27 de julio de 2016, se dicta sentencia definitiva, la cual es objeto del recurso de casación de autos, en virtud de la cual se sostuvo: "(...) Rechazar en todas sus partes la reclamación de la empresa Pampa Camarones S.A. en contra de la Resolución Exenta N° 1147 dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, de 2 de diciembre de 2015".

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia resolvió no condenar en costas a mi representada por "haber tenido motivos plausibles para litigar".

#### **D. RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA.**

- a. Causa del artículo 26 inciso cuarto de la Ley 20.600. Haber sido pronunciada la sentencia con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.**

##### **i. Introducción.**

El artículo 26 inciso cuarto, párrafo 1° "Disposiciones Comunes", del Título III, establece que este Ilustre Tribunal Ambiental debe apreciar la

prueba conforme a las reglas de la sana crítica al contemplar ésta como causal de casación en la forma en caso de sentencias pronunciadas a partir de materias contempladas en el artículo 17 N° 3), esto es, *“las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente”*.

El sistema de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica es un sistema de valoración de la prueba que se ubica entre el sistema de valoración legal o tasada y el sistema de la apreciación de la prueba en conciencia.

De acuerdo a la doctrina procesal más autorizada, *“la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*.<sup>5</sup>

Tradicionalmente se sostenía que dos elementos son los que conforman este sistema de valoración de la prueba: i) las reglas de la lógica, entendida como *“la disposición natural para discurrir con acierto sin auxilio de la ciencia”*<sup>6</sup>; y ii) las máximas de la experiencia, entendida como el *“conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio”*<sup>7</sup> o bien *“las definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*.<sup>8</sup> La principal diferencia entre ambas es que la lógica es invariable, en cambio las máximas de la experiencia van surgiendo del devenir histórico, y son obtenidas por el juez

---

<sup>5</sup> Definición de Eduardo Couture, Separata Facultad de Derecho Universidad de Chile “Apreciación de la prueba”, conferencia impartida por el profesor Juan Colombo, pág. 17, año 1987.

<sup>6</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

<sup>7</sup> Definición de Stein, Separata Facultad de Derecho Universidad de Chile “Apreciación de la prueba”, conferencia impartida por el profesor Juan Colombo, pág. 17, año 1987.

<sup>8</sup> Tartifo, Michele, *Consideraciones sobre las máximas de la experiencia*, en Páginas sobre Justicia Civil, Editorial Marcial Pons, Traducción Maximiliano Aramburo, Madrid, 2009, p. 440.



a través de la labor que va ejerciendo, el tiempo, y el lugar medio social en que se desenvuelve.

Sin embargo, a dichas dos reglas debe agregarse los conocimientos científicamente afianzados, elementos que fueron incorporados legalmente en el artículo 456 del Código del Trabajo, el artículo 32 de la Ley 19.968 en materia de Derecho de Familia y en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

El profesor González Castillo destaca que *"Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, "sin salto brusco", a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón".*<sup>9</sup>

Por su parte, don Manuel Miranda sostiene cómo debe efectuarse la apreciación de la prueba señalando *"como el juzgador deberá ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos necesariamente tenga la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio empleado plasmándolo en el texto de la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia. La motivación fáctica de la sentencia permite constatar que la libertad de ponderación de la prueba ha sido usada en forma correcta, adecuada y no ha degenerado en arbitrariedad".*<sup>10</sup>

Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado que *"Viene a constituir un sistema que pretende liberar al juez de las disposiciones cerradas, puesto que no siempre el seguirlas es garantía de justicia en las determinaciones jurisdiccionales, reaccionando en contra de la aplicación objetiva de la ley, impulsando al magistrado a buscar con determinación la verdad dentro del conflicto. La sana crítica está referida a la valoración y la*

<sup>9</sup> González C., Joel Castillo. "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", Revista Chilena de derecho. Vol 33 N°1, pp 93-107.

<sup>10</sup> Miranda E., Manuel, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 165.

*ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producirle en el juzgador respectivo de su validez, su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es, el mérito que puede incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que se sucedieron los hechos. En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, por ello es que son variables en el tiempo y el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular: son los aspectos que no pueden ser desatendidos<sup>11</sup> (lo destacado es nuestro).*

Finalmente, el Excmo. Tribunal ha sostenido en la materia que: *“el sentenciador, al apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, debe expresar en las motivaciones que conforman el fallo, las razones jurídicas, simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les asigne valor o desestime (...) que, es evidente que los jueces de fondo, en el caso sub iudice, han omitido analizar toda la prueba rendida y por dicha falencia no han podido efectuar un análisis acabado y comparativo de los distintos medios probatorios proporcionados por las partes en el debate y la decisión adoptada por los jueces del mérito ha sido fruto de una ponderación incompleta de las probanzas que obran en el proceso (...) De lo anterior se infiere que la sentencia impugnada ha sido dictada con un vicio en su forma<sup>12</sup> (lo destacado es nuestro).*

En conclusión, sobre la base de la doctrina y jurisprudencia antes citada, se desprende claramente que el deber del Ilustre Tribunal Ambiental es apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, implicando ello una consideración de la prueba aportada por ambas partes, procediendo a fundamentar la ponderación que haga de ellas

<sup>11</sup> Sentencia Corte Suprema de fecha 14 de julio de 2014.

<sup>12</sup> Sentencia Corte Suprema de fecha 21 de agosto de 1997, rol 3233-1996.

conforme a la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de manera tal de establecer los hechos sobre la base de una fundamentación que ha de ser racional y coherente.

**ii. Entrega de reporte informando el cumplimiento de las medidas provisionales pre procedimentales en el plazo de 30 días contados desde su notificación por la Superintendencia de Medio Ambiente.**

En el Resuelve Primero de la Resolución 714, la SMA junto con adoptar las medidas provisionales pre procedimentales a que nos hemos referido en el capítulo de antecedentes, ordenó como obligación para mi representada "...hacer entrega de un reporte informando el cumplimiento de cada una de las (...) medidas..." en el plazo de 30 días contados desde su notificación.

Al respecto, en su escrito de reclamación<sup>13</sup>, esta parte sostuvo que las medidas provisionales tienen una duración máxima de 15 días, según dispone el artículo 32 inciso segundo de la LBPA, de manera tal que al ordenarse a esta parte la entrega del referido reporte o informe en exceso de dicho plazo se incumplía la norma legal referida.

Según se explicó en la reclamación, tal ilegalidad generaba un grave agravio al titular del proyecto toda vez que carecía, como consecuencia de ella, de certeza jurídica en torno a los plazos legales aplicables para el cumplimiento de la medida consistente en la entrega del reporte o informe ordenado por la SMA. Lo anterior, era de especial relevancia, toda vez que el incumplimiento de medidas provisionales está tipificado en el artículo 35 letra I) de la LOSMA, determinando que el incumplimiento de dicha obligación determinaría un procedimiento administrativo sancionatorio en su contra.<sup>14</sup>

En el considerando Vigésimo Cuarto del fallo, US. Ilustre concede el argumento de esta parte, en el sentido de sostener que "...resulta

<sup>13</sup> Reclamación, p. 25 y ss.

<sup>14</sup> Reclamación, p. 27.

indubitado que el plazo máximo de duración de las medidas provisionales contempladas en el artículo 48 de la LOSMA, decretadas pre-procedimentalmente, no puede exceder de 15 días hábiles, contados desde su adopción (...) Que en este contexto, es un hecho de la causa, que la SMA decretó medidas provisionales en carácter de pre-procedimentales, excediendo el plazo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 19.880, con relación al artículo 48 de la LOSMA" (lo destacado es nuestro).

Sin perjuicio de ello, en el considerando Vigésimo Sexto, el fallo previene que para que "...un vicio de procedimiento -como el citado- determine la nulidad del acto, debe configurarse un vicio de trascendencia, y generar "perjuicio" al interesado".

Así, continuando su análisis, el fallo, en el considerando Vigésimo Séptimo estableció que "lo importante es dilucidar si efectivamente existió un agravio o perjuicio para el reclamante consistente en la falta de certeza respecto de los plazos aplicables para el cumplimiento de las obligaciones impuestas en las medidas provisionales".

Finalmente, en el considerando Trigésimo del fallo se rechaza la reclamación en este punto de mi representada, por considerar que "al no configurarse la falta de certeza en los plazos que la reclamante pretende, a juicio del Tribunal, no se aprecia agravio o perjuicio alguno al interesado, requisito que sería necesario en el caso que se estimara que concurre un vicio de procedimiento o de forma que pueda afectar la validez del acto...".

Lo anterior llama profundamente la atención, toda vez que mi representada señaló en autos expresamente que "el incumplimiento del plazo de duración de las medidas generó una indefensión para mi representada, ya que ésta no contó con plazos claros y precisos para dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en las medidas provisionales. Un ejemplo de lo anterior, es que la principal obligación de las medidas provisionales consistía en entregar un reporte final de cumplimiento una vez concluido el plazo de 30 días corridos por el cual éstas se adoptaron, conforme se estipuló en el Resuelto Primero de la Resolución Exenta N° 714. Por tanto, a juicio de la SMA, si el único efecto del plazo es que las medidas

no prosperan, nos preguntamos ¿Cómo el administrado debe dar cumplimiento a éstas? ¿Cuál es el plazo para entregar el reporte de cumplimiento? ¿Bastaría que éste modificara unilateralmente el acto administrativo y entregara la información solicitada en el plazo que estime pertinente? A nuestro entender, el plazo es un requisito esencial para poder dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en las citadas medidas, y por ende, este Ilustre Tribunal debe ratificar la ilegalidad de la Resolución Reclamada, por cuanto se debió acoger el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 714”.

**iii. Forma en la cual el fallo incurre en infracción de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.**

Sucede US. que a efectos de rechazar la reclamación de mi representada, el fallo parte de una base fáctica errónea a propósito de una incorrecta ponderación –revisión- de un documento sustancial al proceso, como era la Resolución 714.

En efecto, en su considerando Vigésimo Octavo y Trigésimo Segundo, el fallo establece que de la revisión de las medidas provisionales contenidas en la Resolución 714 se aprecia que su cumplimiento estaría asociado a plazos claramente establecidos, y en cualquier caso, plazos que no exceden de 15 días, de manera tal que la falta de certeza o el “perjuicio” requerido a efectos de viciar el procedimiento no habría concurrido en la especie.

Para la mayor claridad de US. Ilustre, a continuación citamos los considerandos en comento:

**“Vigésimo octavo.** Que, si se revisa la Resolución Exenta N° 714, en virtud de la cual se adoptaron las medidas provisionales, se constata que se establece un conjunto de obligaciones que se encuentran asociadas a plazos claramente establecidos. En efecto, la resolución exenta en comento, establece las siguientes obligaciones y plazos asociados a ellas; **a)** en relación a la medida de sellado de aparatos o equipos, consistente en el sellado de tuberías, ejecución inmediata; **b)** en relación a la medida de

corrección, seguridad o control, consistente en: i) entrega de información relativa al plan de construcción o estado actual de las obras del SIAM, 10 días hábiles contados desde la notificación de la resolución; y ii) información relacionada con la construcción del SIAM, 10 días hábiles contados desde la notificación de la resolución; c) en relación a la medida de seguridad asociada a la protección del ecosistema marino y de la zona de Punta de Madrid: i) implementación de medida de ahuyentamiento acústico, ejecución inmediata; y ii) informar si ha existido accidente o muerte de ejemplares de chungungo, 10 días hábiles contados desde la notificación de la resolución; d) entrega del Plan de Protección Global del Chungungo, 10 días hábiles contados desde la notificación de la resolución; e) realizar una campaña de monitoreo del chungungo y del ecosistema aledaño, así como de las comunidades planctónicas, entregando un informe de ejecución en el plazo de 10 días hábiles, terminada la campaña en terreno; f) finalmente, en función de los resultados que entreguen los monitoreos detallados, efectuar las modificaciones y actualizaciones que necesite el Plan, entregando una versión definitiva a SERNAPESCA, dentro del plazo de 15 días a contar del término de la campaña de monitoreo.

**Trigésimo segundo.** Que, en definitiva, y por todo lo razonado, el hecho de que se hayan decretado medidas provisionales más allá del término legal de 15 días, en el caso de autos no constituye un vicio que se encuentre sancionado con la nulidad, atendido que la ley prevé como sanción específica, la caducidad de las medidas, circunstancia en la que concuerdan reclamantes y reclamada\*.

Sin embargo US. Ilustre, de la sola lectura del Resuelvo Primero de la Resolución 714, se aprecia que se ordenó la entrega de un reporte dando cuenta de los cumplimientos para un plazo en exceso de los 15 días legales, de manera tal que el raciocinio del fallo a efectos de rechazar el reclamo de mi representada por no concurrir un supuesto "perjuicio" o "agravio" parte de una base fáctica errónea.

**PRIMERO:** Adóptese por Pampa Camarones S.A., en su proyecto "Planta de Cátodos Pampa Camarones", la medida provisional de "corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño"; "sellado de aparatos o equipos"; y, "Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor", en sus instalaciones ubicadas en la comuna de Camarones, provincia de Arica, Región de Arica y Parinacota, por un plazo de 30 días corridos contados desde la notificación de la presente resolución, al final del cuál, deberá hacer entrega de un reporte informando el cumplimiento de cada una de las siguientes medidas, de conformidad a lo dispuesto en la letra a), b) y f) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Dicho error configura una infracción a las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, toda vez que una correcta revisión y lectura de la Resolución 714, en tanto documento acompañado al proceso, permitía establecer, en tanto raciocinio basado en las máximas de la experiencia y la lógica, que la SMA ordenó el cumplimiento de una obligación –entrega de reporte– en un plazo en exceso de los 15 días legales.

Es a partir de dicho error o vicio que el Tribunal de US. Ilustre descarta la reclamación en este punto de mi representada, por estimar la inexistencia de un perjuicio asociado a la falta de certeza en el cumplimiento de una obligación asociada a las medidas provisionales adoptadas.

Así, los motivos a partir de los cuales se rechaza la reclamación de mi representada se generan a partir de un hecho establecido erróneamente por el Tribunal de US. Ilustre, incurriendo en infracción de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, como es que mi representado no habría sufrido "perjuicio" o "agravio" por entender que el cumplimiento de las medidas no se habría ordenado en los hechos en plazos en exceso de los 15 días legales.

**iv. Modo en que dicho error de derecho ha influido en lo dispositivo de la sentencia**

La sentencia recurrida, al establecer como hecho de la causa el que la Resolución 714 dispone el cumplimiento de medidas provisionales pre procedimentales en plazos claramente establecidos, y en cualquier caso,

que no exceden de 15 días hábiles, incurre en infracción de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, ya citadas, a partir de las cuales debiera haberse arribado a la conclusión de que la Resolución 714 efectivamente disponía cumplimientos u obligaciones que excedían del plazo legal de 15 días, en particular, la entrega de un reporte en el plazo de 30 días.

Dicho error, resulta sustancial e influye en lo dispositivo del fallo, toda vez que de haberse establecido según las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica como hecho el que la Resolución 714 efectivamente disponía cumplimientos u obligaciones que excedían del plazo legal de 15 días, en particular, la entrega de un reporte en el plazo de 30 días, se verificaba la falta de certeza alegada por esta parte en su reclamación, derivando en que la misma, en dicho punto, debió haberse acogido, sentenciando que la Resolución 714 de la SMA resultaba viciada e ineficaz.

Lo anterior, especialmente, cuando se aprecia que habiéndose establecido en la Resolución 714 una obligación cuyo cumplimiento se exigía en exceso de los 15 días legales, mi representada carecía de la certeza en torno a que si cumplía entre los días 15 y 30 contados desde la dictación de las medidas provisionales estaría sujeta o no a un procedimiento sancionatorio administrativo.

En este sentido, dado que la Resolución 714 de dicha Suprintendencia resultaba estar viciada y ser ilegal, generando un agravio o perjuicio trascendente a mi representada, el Tribunal de US. Ilustre debió haber acogido la reclamación promovida por esta parte, y no de contrario conforme se hizo.

**POR TANTO**, en virtud de lo expuesto, lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 20.600, en los artículos 770 inciso primero y 772 del CPC, normas legales citadas, y demás normas aplicables en la especie,

**RUEGO A US. ILUSTRE**, tener por deducido recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva pronunciada por este Tribunal Ambiental con fecha 27 de julio de 2016, notificada a esta parte el día 28



de julio de 2016, solicitando a S.S. Ilustre lo admita a tramitación y declarándolo admisible, eleve los autos al conocimiento de la Excma. Corte Suprema de Justicia, a fin de que dicho Excmo. Tribunal conociendo de él, lo admita a tramitación, lo acoja, y en definitiva, case e invalide dicha sentencia por haber sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, causal de casación contemplada en el artículo 26 de la Ley 20.600, y conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 786 del CPC, determine el estado en que quede el proceso, remitiéndolo para su conocimiento al tribunal correspondiente.

**PRIMER OTROSI:** Que, estando dentro de plazo, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 inciso tercero y quinto de la Ley 20.600 en relación con el artículo 770 inciso primero y el artículo 772 inciso primero del Código de Procedimiento Civil ("CPC"), deduzco recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva pronunciada por este Ilustre Tribunal Ambiental con fecha 27 de julio de 2016, notificada a esta parte el día 28 de julio de 2016, en razón de haber sido dada ella con infracción de ley influyendo la misma sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, en los términos que a continuación se explicarán, solicitando a S.S. Ilustre sea éste admitido a tramitación, y una vez concedido, se eleven los autos para ante la Excma. Corte Suprema, a fin de que dicho Excmo. Tribunal, conociendo de él, lo admita a tramitación, lo acoja, y en definitiva case invalidando dicha sentencia, dictando en acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, una nueva sentencia con estricto apego a Ley y al mérito de los hechos.

Fundo el presente recurso en las consideraciones de hecho y de derecho que siguen:

**A. DISPOSICIONES LEGALES QUE AUTORIZAN EL PRESENTE RECURSO.**

Conforme a lo prevenido en el artículo 26 inciso quinto de la Ley 20.600 en relación con el artículo 772 del CPC, cumplo en primer lugar con señalar las disposiciones que autorizan la interposición del presente recurso de casación en el fondo.

En primer lugar, cumplo con señalar que el artículo 26 inciso tercero de la Ley 20.600 dispone que *"En contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los Tribunales Ambientales, establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7) y 8) del artículo 17, procederá sólo el recurso de casación en el fondo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil"*. Pues bien, la resolución recurrida reviste dicho carácter pues constituye la sentencia definitiva pronunciada en un procedimiento relativo a la materia establecida en el numeral 3) del artículo 17 de la Ley 20.600.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 20.600 dispone que el recurso de casación en el fondo procederá en conformidad al artículo 767 del CPC, el que a su vez dispone que este recurso procederá en caso de haberse dictado sentencia definitiva -en los términos antes referidos- con infracción de Ley y que dicha infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Como se desarrollará en detalle más adelante, la sentencia recurrida ha sido pronunciada con infracción de ley, que ha influido en lo dispositivo del fallo, respecto de las siguientes materias:

1.- Contravención formal del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente (**"LOSMA"**), en relación a los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (**"LBPA"**), al haberse validado medidas provisionales que adolecían de manifiesta falta de motivación.

2.- Contravención formal de los artículos 40 y 48 de la LOSMA al haberse validado medidas provisionales que adolecían de manifiesta falta de proporcionalidad.

3.- Falsa interpretación del artículo 48 de la LOSMA, en relación al artículo 32 de la LBPA y los artículos 19 y 22 del Código Civil, al haberse validado medidas provisionales a partir de criterios distintos de

aquellos contemplados en la norma legal en materia de urgencia de las medidas provisionales pre procedimentales.

4.- Contravención formal de los artículos 17 y 18 de la LBPA al haberse permitido el ocultamiento de actos trámites durante la instrucción de un procedimiento administrativo generando indefensión al regulado.

El mismo artículo 26 de la Ley 20.600 dispone que el plazo para deducir el presente recurso se ajustará a lo dispuesto en el CPC, el que, a su vez, dispone en su artículo 770 que *"El recurso de casación deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia sobre la cual se recurre..."*

En este sentido, y teniendo en consideración que la notificación de la sentencia de este Ilustre Tribunal Ambiental se produjo el día 28 de julio de 2016, mediante correo electrónico, según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 20.600, se concluye que la interposición de este recurso se ha realizado dentro de plazo.

Por último, el abogado que patrocina este recurso se encuentra habilitado para el ejercicio de la profesión.

#### **B. AGRAVIO DE LA PARTE RECURRENTE A PARTIR DE LAS INFRACCIONES DE LEY DENUNCIADAS.**

Como bien sabe US. Ilustre, el recurso de casación en el fondo constituye un mecanismo de impugnación que se materializa a través de un acto procesal que realiza la parte agraviada por determinadas resoluciones judiciales enunciadas por el legislador y que tiene por objeto que la Excm. Corte Suprema, invalide dicha resolución por haber sido dictada con infracción a la Ley.<sup>15</sup>

Según veremos en los párrafos que siguen, en el caso de marras se ha dictado una sentencia que ha generado un agravio a mi representada, desde el momento que, a partir de un fallo que contiene vicios de casación,

<sup>15</sup> Bordall S., Andrés, Cortez M., Gonzalo y Palomo V., Diego, *Proceso Civil: Los Recursos y otros medios de impugnación*, Ed. La Ley, Santiago 2016, p. 301.

se termina por validar un acto administrativo dictado por la Superintendencia de Medio Ambiente ("SMA") en total incumplimiento de los requisitos legales establecidos para la adopción de medidas provisionales.

Según revisaremos a lo largo de este recurso de casación, se ha dictado un fallo en contravención formal de los artículos 11, 17 letra f), 18, 32 y 41 de la LBPA y 35, 40 y 48 de LOSMA, por cuanto: i) se ha refrendado la posición sostenida por la SMA, en orden a imposibilitar a mi representada para aportar documentos y formular alegaciones en la fase de instrucción de un procedimiento administrativo; y ii) se han desconocido los requisitos legales de procedencia de las medidas provisionales pre-procedimentales.

Lo anterior, ha resultado en que Pampa Camarones SpA ha quedado en una situación de indefensión y expuesta a ser sancionada y multada por la SMA de acuerdo a la LOSMA, en función de un supuesto doble incumplimiento, que recaería sobre: i) las obligaciones contenidas en las medidas provisionales dictadas por la SMA; y ii) la inobservancia de una supuesta obligación de ingreso del SIAM del proyecto minero al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA").

En fin US. Ilustre, el fallo incurre en vicios de casación que producen un agravio a mi representada, elemento que, en conjunto con la verificación de los demás requisitos de este medio de impugnación, habrán de llevar a la invalidación y casación de la sentencia recurrida.

### **C. ANTECEDENTES GENERALES DEL PROCESO.**

En este punto, por razones de estricta economía procesal y a efectos de no sobreabundar nos remitimos, entendiéndolos por reproducidos, a los argumentos contenidos en el acápite "C. Antecedentes Generales" del recurso de casación en la forma deducido en lo principal de esta presentación.

D. RECURSO DE CASACION EN EL FONDO.

- i. Primer cuerpo de normas legales infringidas: contravención formal del artículo 48 de la LOSMA en relación con los artículos 11 y 41 de la LBPA, por falta de debida fundamentación o motivación que permita sostener inminencia de daño como sustento para la adopción de medidas provisionales pre procedimentales.

a. Introducción.

Una máxima en nuestro derecho administrativo se encuentra contenida en artículo 11 de la LBPA, el cual prescribe que: "**Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos**" (lo destacado es nuestro).

En este mismo sentido, el artículo 41 de la LBPA dispone: "**Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada**" (lo destacado es nuestro).

Precisamente a propósito de la motivación de los actos administrativos, resulta pertinente citar a ARÓSTICA, quien indica que "Es un principio básico de la Justicia Natural el que los actos jurídicos unilaterales que afectan las situaciones de terceros deben bastarse a sí mismos, de tal modo que contengan todos los antecedentes o circunstancias de hecho y de derecho que los justifican, no siendo permitido fundamentarlos recién en la instancia judicial en que pudieren ser impugnados".<sup>10</sup> Lo anterior, a fin de poder descartar, desde el mismo instante de su aparición, que sea un acto irreflexivo, ilegal y/o arbitrario.

<sup>10</sup> ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN. "La Motivación de los Actos administrativos en el Derecho Chileno", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 10, Valparaíso, 1986, p. 499.

Al respecto, FERNANDOIS y BARAONA sintetizan señalando que "(...) en un Estado de Derecho como el nuestro, regido por el principio de la Interdicción de la Arbitrariedad (artículo 19 N°2, inciso 2° de la CPR), resulta del más elemental sentido común que cada vez que la autoridad entregue una decisión, emita un acto administrativo o adopte una resolución, proceda a motivar tal acto o resolución. Para Aróstica, los motivos "son las circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo". Para Vergara, citando al español José María Boquera, la motivación es "la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo". Otras definiciones de "motivación" en la Doctrina extranjera es la que da el emérito Profesor argentino Don Miguel Marienhoff: "es la expresión de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del Acto". El francés M. Waline entiende por motivación a la explicación de los motivos de lo resuelto, es decir, el acto está justificado por una cierta situación de hecho existente en el momento en que es tomada una decisión". El español García de Enterría nos da una definición mucho más amplia. Él dice que motivar un acto significa fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto"<sup>17</sup>.

En dicho entendido, se cita el Dictamen N° 33.006, de 1984, de la Contraloría General de la República ("CGR"), que ha hecho imperativa la fundamentación del acto, que respalda y exige la motivación de los actos administrativos, indicando: "el ejercicio de las facultades administrativas que compete a los Jefes Superiores de los organismos públicos se materializa a través de la dictación de actos administrativos o resoluciones que se encuentran sujetos a un procedimiento preestablecido que permite que el acto se baste a sí mismo y cuyo cumplimiento es esencial para la validez de dicho instrumento, tales como indicación en su texto de las normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, las consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada...".

---

<sup>17</sup> FERNANDOIS VÖRINGER, ARTURO Y BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, *La inexistencia de los hechos que fundamentan un Acto Administrativo, ¿Constituye un vicio de nulidad?*, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año VII, N° 7, Santiago, 2003, pp. 14-15.

En consecuencia, ha de buscarse la interdicción de la arbitrariedad, porque si el acto administrativo se fundó en hechos que son inexistentes o no verídicos, por definición habrá una falta de adecuación entre los medios empleados y el fin que el legislador previó. Al respecto dice Alarcón Jaña: *"siguiendo a un autor extranjero, podemos decir que un funcionario ha adoptado una decisión irrazonable (es decir carente de razonabilidad) fundamentalmente cuando:*

- a. No dé los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o*
- b. No tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios*
- c. Se funde en hechos o pruebas inexistentes".*

*Es así como la mayor discrecionalidad no hace desaparecer la necesidad de que los supuestos de hecho de un acto efectivamente existan. Es evidente: la mayor autonomía de la autoridad para ejercer su potestad no la autoriza para actuar arbitrariamente o sentirse excluida del control jurisdiccional"*

*El juez deberá precisamente indagar en la razonabilidad del actuar administrativo, pues, reiteramos, nuestro sistema rechaza toda actuación arbitraria de la administración"*<sup>18</sup> (lo destacado es nuestro).

Así, la doctrina del Derecho Público considera a los motivos de hecho o supuestos fácticos como la causa de un acto administrativo y, por tanto, elementos integrantes de él, no en vano, los motivos de hecho permiten evaluar la fundamentación y la razonabilidad del acto administrativo bajo los parámetros del principio constitucional de Interdicción de la Arbitrariedad.

En Chile han abordado el tema Silva Cimma, Fiamma, Soto Kloss, Aróstica y otros; en el extranjero, Gordillo, Sayagués, Zanobini y Real, entre muchos. Todos ellos respaldan la exigencia esencial de los motivos de hecho como elemento del acto administrativo y proponen el vicio de nulidad para aquel en que faltan los motivos de hecho **o resultan falsos en parte determinante.**

---

<sup>18</sup> FERNANDOIS VÖRINGER, ARTURO Y BARAONA GONZALEZ, JORGE. *Op. Cit.*, p. 98.

La Contraloría General de la República, a contar del Dictamen 33.006 ya citado, viene imponiendo la exigencia a todos los actos administrativos de incluir la fundamentación de hecho que los motiva o justifica. La jurisprudencia ha fallado en armonía con esta exigencia, invalidando actos administrativos que la desconocen. La sanción a un acto a que faltan los motivos (o que ellos son falsos) es siempre la nulidad, en conformidad con el artículo 7° de la Constitución Política de la República ("CPR"), ya sea por carecer de un presupuesto para la eficacia del acto o bien por ser impugnado por arbitrariedad del mismo.

En dicha línea, en la sentencia de fecha 19 de mayo de 1991, del caso Luis Ángel Rozas Díaz y Otros con Toro Iturra, Horacio Director de Investigaciones, conocido por el llamado a retiro de ciertos detectives que hizo el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, acto que fue impugnado por la vía del recurso de protección por parte de los afectados, y que en definitiva la Excmo. Corte Suprema acogió, se resolvió que "(...) **Por lo dicho anteriormente es que la Administración está obligada a aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifiquen**" (Considerando 9°, lo destacado es nuestro).

Ahora bien, sobre el estándar respecto de la debida fundamentación o motivación de los actos administrativos, en sentencia causa Rol N° R-06-2013, este Ilustre Tribunal Ambiental se refirió de forma pormenorizada al grado de fundamentación que es dable exigir a los actos administrativos, señalando que "**se debe tener presente que los motivos constituyen el elemento causal del acto administrativo y la motivación es la expresión formal de los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de fundamento.** (...) De esta forma, la motivación suficiente del acto administrativo ilustra sobre los fundamentos de hecho y de derecho que lo justifican, permitiendo conocer las razones de su adecuación a la finalidad que lo justifica y, en el caso de ejercicio de potestades discrecionales, las circunstancias que aconsejan la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles" (lo destacado es nuestro).



Las consecuencias del incumplimiento de dicho estándar se indican a continuación: *“el vicio en la fundamentación es precisamente la arbitrariedad, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (no suficiente ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (...) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7° incisos 1° y 2°) y la ley (v.gr. 19.880)”*<sup>19</sup>.

Sobre este requisito, a propósito de las medidas provisionales, la propia SMA señaló en causa R-48-2014 que *“Los incumplimientos de obligaciones ambientales no bastarían por sí solos para justificar la adopción de este tipo de medidas, sino que para ello se deben acompañar antecedentes adicionales que den cuenta de un riesgo o daño inminente para el medio ambiente o la salud de las personas, que podría hacerse efectivo en un breve plazo de no adoptarse la medida”* [lo destacado es nuestro]. Siendo dicha argumentación ratificada en el considerando decimotercero de la sentencia en dichos autos.

A mayor abundamiento, la Resolución Exenta N° 541, de 6 de julio de 2015, de la SMA señala expresamente que la solicitud de medidas *“debe ser fundada, es decir, deberá venir acreditado el riesgo inminente de daño al medio ambiente”*.

Finalmente, respecto a este punto, este Ilustre Tribunal Ambiental ha sido consistente al exigir que se acredite la inminencia del daño para autorizar medidas provisionales, rechazándolas en caso contrario, tal como se señala en la causa S-8-2014: *“(…) ya que siempre se requerirá acompañar los antecedentes idóneos para evaluar si existe o no un riesgo de daño inminente al medio ambiente o a la de la población en el caso concreto (...)”*.

---

<sup>19</sup> SOTO KLOSS, EDUARDO, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Legal PubliPerrot, Santiago, 2009, p. 353

**b. Motivación respecto de la inminencia del daño al medio ambiente en tanto sustento de las medidas provisionales.**

Sucede US. Ilustre, que la inminencia del daño, según se indica en la Resolución 714 se derivaría del hecho de haberse modificado el SIAM, o bien de estarse construyendo un SIAM distinto de aquél originalmente aprobado, que consideraba la captación a través de bombas en el fondo marino, en lugar de la piscina excavada que se aprobó ambientalmente en la RCA 29/2012.

Pues bien, a efectos de determinar la inminencia de tal daño, interesa al jurista y es necesario apreciar si el SIAM actualizado presentaba un diseño o funcionamiento tal que, en efecto, sustentara tal hipótesis de inminencia de daño, lo que a su vez sustentaría la dictación de las medidas provisionales. Es más, lo que corresponde determinar, es si las modificaciones implementadas, generan un riesgo de daño adicional al de las instalaciones evaluadas y aprobadas ambientalmente mediante la RCA 29/2012.

Ahora bien, desde ya debemos despejar que en caso alguno el sólo hecho de haberse modificado el SIAM, o bien haberse estado construyendo uno distinto al aprobado ambientalmente, pueda dotar de motivación al acto administrativo en análisis. En efecto, en propias palabras de este Ilustre Tribunal Ambiental "*[...] el sólo hecho de que las mencionadas obras o actividades no hayan ingresado al SEIA, no es sí mismo un motivo suficiente para autorizar el tipo de medidas provisionales como las solicitadas por el Superintendente, ya que siempre se requerirá acompañar los antecedentes suficientes e idóneos para evaluar si existe o no un riesgo de daño inminente al medio ambiente o la salud de la población, según lo establecido en el inciso primero del artículo 48 de la LOSMA*" (lo destacado es nuestro)<sup>20</sup>.

En otras palabras, el riesgo no puede ser solo apreciado en abstracto, bastando la mera construcción de un SIAM distinto al

---

<sup>20</sup> Resolución solicitud S-6-2013, Segundo Tribunal Ambiental.

autorizado por la RCA para tenerlo por configurado, según lo ha establecido este Ilustre Tribunal Ambiental en la causa Rol N° R-15-2015, indicando en el considerando Nonagésimo sexto que si bien puede considerarse que una hipótesis de elusión acarrea peligro en abstracto, lo que corresponde es apreciar el peligro concreto de acuerdo a las circunstancias particulares.

Por lo tanto, siguiendo los criterios establecidos por la jurisprudencia de este Ilustre Tribunal Ambiental, se debe atender si existió o no un riesgo de daño al medio ambiente, debidamente acreditado mediante antecedentes técnicos suficientes e idóneos.

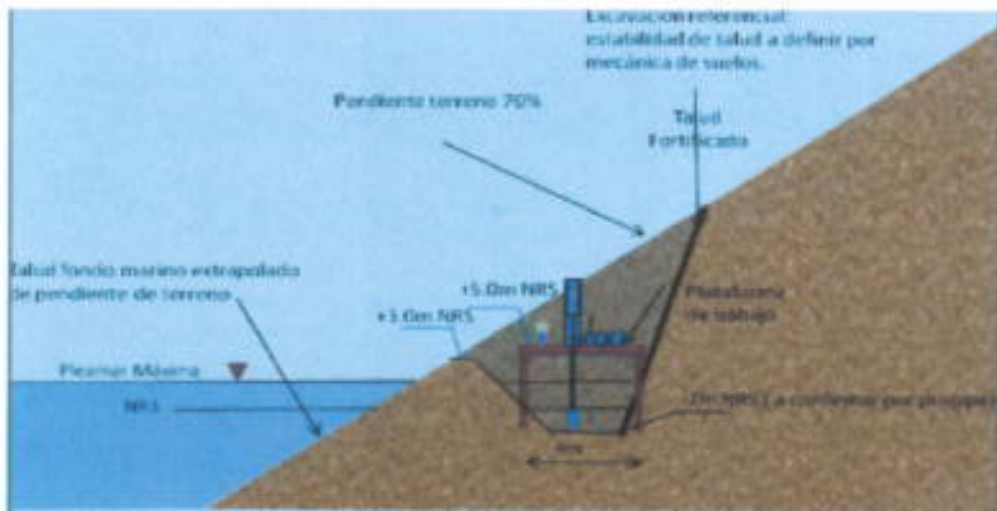
Así, como primera cuestión, hemos visto que la SMA sostuvo tal inminencia del daño a propósito de la ubicación de los cambios que se habría realizado sobre el SIAM.

Pues bien, cabe señalar que la RCA 29/2012 autorizó como punto de captación una piscina excavada ubicada en el intermareal rocoso<sup>21</sup> con una cota de fondo marino a -2m NRS, que quedaría conectada con el mar mediante una zanja de 1,5 m, según se demuestra en las imágenes<sup>22</sup> que se insertan a continuación:



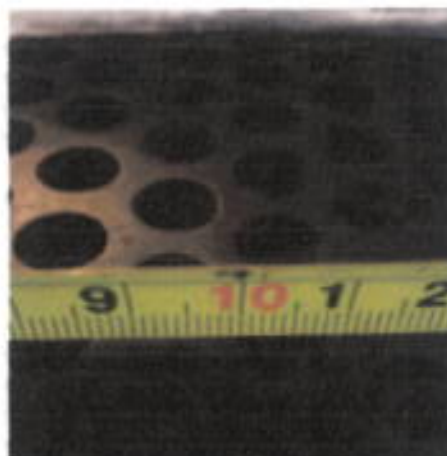
<sup>21</sup> Definición del Diccionario de la Real Academia Española: "Situado entre los límites de la bajamar y la pleamar". A su vez, bajamar es definido como "Fin o término del reflujo del mar", y pleamar como "Fin o término de la creciente del mar".

<sup>22</sup> Adenda 1 del procedimiento de evaluación ambiental proyecto "Planta de Cátodos Pampa Camarones".



Por su parte, el SIAM actualizado, sólo modificó el punto de captación del sistema autorizado mediante la RCA 29/2012, desde la piscina ubicada en el intermareal rocoso, a uno ubicado a 50 metros de distancia y a 12 metros de profundidad, en el lecho arenoso del fondo marino, que succiona el agua de mar mediante bombas con una rejilla que permite un paso máximo de 5 mm y canastillos protectores con agujeros cuyo diámetro asciende a 10 mm, y cuya velocidad de succión es de 0,5 m/s, velocidad recomendada por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (USEPA), según se muestra en las siguientes fotografías:





Somos enfáticos en señalar que no hubo otras modificaciones al proyecto en cuestión que hayan sido susceptibles de generar un daño inminente o peligro de daño al Chungungo.

Sobre la base de lo anterior, el análisis de riesgo de daño sobre el Chungungo, consistente en la probabilidad de afectar su integridad física o de migración de estos, se debió realizar comparando la obra autorizada en la RCA 29/2012 con el SIAM actualizado.

En otras palabras, debieron existir antecedentes técnicos e idóneos que hubiesen realizado un análisis sobre la probabilidad de ocurrencia de los riesgos de daño ya descritos, producto de las nuevas características del SIAM en relación a la obra autorizada en la RCA 29/2012.

**Lamentablemente nada de lo anterior ocurrió.** La SMA utilizando como fundamento el solo hecho de haber constatado modificaciones al SIAM en la visita inspectiva de fecha 16 de junio de 2015, así como las conclusiones del Ord. N° 154855, de 1° de julio de 2015 del SERNAPESCA, decidió adoptar las medidas provisionales en contra de mi representada.

NO existieron otros antecedentes técnicos.

Ahora bien, realizamos especial hincapié sobre el Ord. N° 154855, toda vez que las conclusiones realizadas por el SERNAPESCA se sostuvieron sobre la base de lo constatado en terreno, donde se observó una tubería en el intermareal rocoso, según da cuenta la siguiente fotografía:



Sin embargo, destacamos que dentro de la información requerida a mi representada, durante la citada visita inspectiva, se encontraba el informar los detalles del SIAM actualizado, los que fueron entregados a la autoridad con fecha 2 de julio de 2015, es decir, las conclusiones del SERNAPESCA no son realizadas sobre la base de todos los antecedentes de hecho, sino solo respecto de lo observado en terreno, estando el SIAM en construcción, y no ponderando, por ende, sus características esenciales en lo que respecta a la posibilidad o probabilidad de generarse los riesgos invocados: i) ubicación del punto de captación; ii) medidas de protección o mitigación para evitar cualquier tipo de succión; y, iii) la velocidad de succión con que opera dicho sistema de impulsión.

Adicionalmente, los monitoreos efectuados durante los años 2013 a 2015<sup>23</sup> dan cuenta de que tal inminencia pierde asidero cuando se aprecia que el proyecto ha convivido en forma armónica con la fauna de los Chungungos.

Todo lo anterior US. según lo hicimos ver en nuestra reposición<sup>24</sup> y escrito de reclamación<sup>25</sup>, no se tuvo a la vista por la autoridad sectorial –

<sup>23</sup> Pese a que estos antecedentes ya se encontraban en poder de la autoridad administrativa competente, fueron acompañados nuevamente en el segundo otrosí del escrito de reposición de fecha 7 de septiembre de 2015, según consta a fs. 139 y siguientes del expediente administrativo MP-014-2015.

<sup>24</sup> Dichas alegaciones se encuentran en el escrito de fecha 7 de septiembre de 2015, particularmente a fs. 75 y siguientes del expediente administrativo MP-014-2015.

i.e. SERNAPESCA-, esto es, el SIAM actualizado, su aprobación por pertinencia, ni los resultados de los informes de monitoreo.

Luego, intentando motivar tardíamente las medidas provisionales, la SMA solicitó un nuevo pronunciamiento al SERNAPESCA, que fue respondido mediante el Ord. N° 155343, que señala **"actualmente esta tubería no estaría causando ningún daño en el medio que la rodea"** pero que ***"el proyecto Siam no se encuentra en funcionamiento por lo que no se puede declarar a ciencia cierta si esta iniciativa causará algún daño (...) ya que no existe referencia bibliográfica y/o estudios que señalen que una captación (...) cuyas capacidades de captación e impulsión son de 94 m<sup>3</sup>/h, tenga una influencia negativa en este tipo de especies. Dicho lo anterior, este Servicio actualmente no se puede asegurar que el proyecto SIAM no causara ningún daño (...)"*** (lo destacado es nuestro).

Es claro, entonces, que a partir de los mismos antecedentes que obraron en poder del SMA, y luego del Tribunal de US. Ilustre, el SERNAPESCA refrenda la postura de esta parte, en el sentido de que no había inminencia de daño o peligro para la fauna del Chungungo a partir de los detalles técnicos del SIAM actualizado, siendo esencial para esta casación reiterar que dichos antecedentes obraban en poder de la SMA al momento de dictarse las medidas provisionales.

A mayor abundamiento, a lo largo de todo el expediente administrativo y judicial consta que ni la SMA ni el SERNAPESCA realizaron un análisis técnico de la probabilidad de ocurrencia de los riesgos conforme a las características con que cuenta el SIAM: i) las bombas de captación están ubicadas a 50 metros del intermareal y a 12 metros de profundidad, en el lecho arenoso del fondo marino; ii) las bombas de captación tienen una rejilla en la succión con un paso máximo de 5 mm; iii) las camisas donde se montan las bombas de captación tienen un canastillo conformado por una rejilla con un paso máximo de 10 mm; y, iv) la velocidad de succión de las bombas de captación es de 0,5 m/s. En la misma línea, la SMA y el SERNAPESCA no realizaron ningún

---

<sup>25</sup> Dichas alegaciones se encuentran en el escrito de fecha 24 de diciembre de 2015, particularmente a fs. 41 y siguientes del expediente de reclamación del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental R-88-2015.

pronunciamiento sobre los resultados entregados por los monitoreos realizados durante 2013-2015, los que acreditan la no afectación de esta especie y la existencia de múltiples sectores que constituyen el hábitat ideal para éstos.

Finalmente, el Servicio de Evaluación Ambiental ("SEA"), organismo administrador del SEIA, ponderó adecuadamente todos los antecedentes del SIAM actualizado, como se ve en las partes considerativas y resolutivas de la Resolución Exenta N° 67, de 5 de noviembre de 2015, concluyendo que la ubicación del SIAM como sus medidas de protección son idóneas para no modificar sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto original.

En conclusión, se aprecia que a partir de los antecedentes aportados al proceso la inminencia o peligro de daño en tanto supuesto de las medidas provisionales decretadas carece de asidero, siendo necesario reiterar a US.I. que todos los antecedentes señalados fueron tenidos a la vista por la SMA desde antes de dictar las medidas provisionales, y también pudieron ser examinados por el Ilustre Tribunal Ambiental, desde que comenzó a conocer del recurso de reclamación deducido por mi representada.

**c. Forma en la cual la sentencia del Ilustre Tribunal Ambiental incurre en contravención formal del artículo 48 de la LOSMA.**

En el considerando Cuadragésimo sexto de la sentencia, SS.I. al momento de pronunciarse sobre la motivación de la Resolución mediante la cual se dictaron las medidas provisionales, resolvió que:

*"(...) no puede sostenerse que la resolución impugnada y la Resolución Exenta N° 714 carezcan de la debida motivación, toda vez que identificaron, describieron y acreditaron razonada y fundadamente el riesgo o daño inminente que se intentó precaver con la adopción de las medidas provisionales pre-procedimentales. Este riesgo se configuró por la construcción de un SIAM distinto del autorizado en la RCA,*



*circunstancia que constituye una justificación razonable y suficiente para la adopción de las mismas, razón por la cual la alegación de falta de motivación será desestimada*" (lo destacado es nuestro).

Se aprecia, entonces, que la "motivación" es identificada en el fallo con el sólo hecho de haberse estado construyendo un SIAM distinto del autorizado en la RCA N° 029/2012.

Hemos visto en el capítulo precedente, que tal situación fáctica, por sí misma, no permite entender que una medida se encuentra motivada o razonada, toda vez que según ha sido sostenido por este mismo Ilustre Tribunal "(...) *el sólo hecho de que las mencionadas obras o actividades no hayan ingresado al SEIA, no es sí mismo un motivo suficiente para autorizar el tipo de medidas provisionales como las solicitadas por el Superintendente, ya que siempre se requerirá acompañar los antecedentes suficientes e idóneos para evaluar si existe o no un riesgo de daño inminente al medio ambiente o la salud de la población, según lo establecido en el inciso primero del artículo 48 de la LOSMA\** (lo destacado es nuestro)<sup>26</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco existían antecedentes en el proceso que permitieran motivar el que el SIAM fiscalizado, distinto del aprobado ambientalmente, pudiera generar la inminencia de daño o peligro requerido por la norma legal.

Hemos visto que las medidas se fundaron en el solo hecho de haberse constatado modificaciones al SIAM en la visita inspectiva de fecha 16 de junio de 2015, así como en las conclusiones del Ord. N° 154855, de 1° de julio de 2015 del SERNAPESCA, antecedentes técnicos que no pueden ser considerados como suficientes e idóneos, según ya hemos analizado previamente.

Por ende, se aprecia que no se verificaba un supuesto básico del artículo 48 de la LOSMA a efectos de decretar las medidas provisionales, a saber, la inminencia del daño ambiental.

<sup>26</sup> Resolución solicitud S-6-2013, Segundo Tribunal Ambiental.

Consecuentemente, la SMA al dictar las medidas provisionales y al resolver rechazar el recurso de reposición, y US.I. al haber rechazado el recurso de reclamación, sin haberse invocado argumentos de hecho y de derecho aceptables, han incurrido en un vicio de ilegalidad, toda vez que no se cumple con la debida motivación exigida por la ley.

Por lo anterior, SS.I. debió llegar a la inevitable conclusión, de que en el presente caso no se cumplió con el estándar de motivación exigido por el legislador para haber adoptado medidas provisionales y rechazado el recurso de reposición interpuesto, toda vez que no existen antecedentes técnicos e idóneos que permitan acreditar que existe un riesgo de daño inminente sobre el Chungungo.

En este sentido, el fallo recurrido contraviene formalmente la ley, pues falla en oposición al artículo 48 de la LOSMA, en relación con los artículos 11 y 41 de la LBPA, desde el momento que, rechazando el reclamo formulado en este punto por mi representada, permite la dictación de medidas provisionales carentes de motivación que permitiese sostener la inminencia de daño.

**d. Modo en que dicho error de derecho ha influido en lo dispositivo de la sentencia.**

La contravención formal de Ley incurrida, influye en lo dispositivo de la sentencia toda vez que, de haberse aplicado correctamente los artículos 48 de la LOSMA y 11 y 41 de la LBPA, se habría arribado a la conclusión de la inexistencia de antecedentes que permitieran sostener en forma razonable la existencia de un riesgo inminente en el caso en comento, llegando a la inevitable determinación que las medidas provisionales dictadas por la SMA debiesen ser consideradas ilegales, acogándose la reclamación formulada en dicho punto por mi representada.

- ii. Segundo cuerpo de normas legales infringidas: contravención formal del artículo 48 de la LOSMA en relación al artículo 40 de la LOSMA, al dispensar la aplicación del supuesto de proporcionalidad asociado al tipo de infracción y las circunstancias específicas aplicables.

a. Introducción.

Conforme al inciso segundo del artículo 48 de la LOSMA, en caso que la SMA decida adoptar medidas provisionales en forma previa a un procedimiento sancionatorio, éstas deberán ser ordenas *[...] de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880 y deberán ser proporcionales al tipo de infracción y a las circunstancias del artículo 40°* (lo destacado es nuestro).

Por su parte, el artículo 40 de la LOSMA dispone que: *"Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:*

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*
- e) *La conducta anterior del infractor.*
- f) *La capacidad económica del infractor.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción°.*

Se aprecia, entonces, que la proporcionalidad de las medidas provisionales que puede adoptar la SMA está íntimamente ligada al procedimiento sancionador al cual acceden, y en el caso de las medidas

adoptadas en forma previa al inicio del procedimiento respectivo, dada su lesividad, el legislador exige adicionalmente a la SMA identificar cuál será la infracción objeto de los futuros cargos, así como las circunstancias específicas aplicables al caso particular.

**b. Proporcionalidad de las medidas provisionales pre procedimentales.**

En el considerando 21.1 de la Resolución 1147 la SMA sostuvo que *"(...) esta Superintendencia considera que las medidas sí cumplen con el requisito de proporcionalidad (...) por tratarse de **medidas adecuadas para lograr el objetivo de proteger el medio ambiente.** Como se señaló más arriba, se consideró que sí hay riesgo (...)".*

En el mismo sentido, al momento de emitir su informe, con motivo de la Reclamación deducida, la SMA insistió que la proporcionalidad *"dice relación con **que las medidas ordenadas sean adecuadas para lograr eliminar la hipótesis de daño inminente al medio ambiente**"*<sup>27</sup>.

Al respecto, y conforme fuera sostenido por esta parte en el proceso de Reclamación<sup>28</sup>, la proporcionalidad es un requisito de procedencia legal de las medidas provisionales que debe ponderarse según el tipo de infracción y las circunstancias del artículo 40 LOSMA.

En lo referido a ambos requisitos, esta parte sostuvo en su reposición administrativa, que *"la resolución Reclamada no indica en sus partes considerativas ni resolutivas cuáles serían las eventuales infracciones cometidas por mi representada; su clasificación; las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que resultaban aplicables; ni menos el por qué dichas medidas adoptadas cumplen con el requisito de proporcionalidad"*.<sup>29</sup>

En fin, atendido que la SMA no fundó en caso alguno las medidas provisionales en el tipo de infracción y las circunstancias del artículo 40 de

<sup>27</sup> Página 12, numeral 31, del informe evacuado por la SMA.

<sup>28</sup> Reclamación, p. 33 y ss.

<sup>29</sup> Página 19, numeral 2, del recurso de reposición.

la LOSMA, es que esta parte alegó de tal ilegalidad en sus escritos de reposición y Reclamación.

Adicionalmente, se sostuvo que *"La proporcionalidad exigida por el legislador no se cumple por tratarse de medidas adecuadas, sino porque dentro del universo de medidas adecuadas, las adoptadas por la SMA son proporcionales a las infracciones que están siendo investigadas y a las circunstancias que resultan aplicables al caso concreto"*.

Finalmente, esta parte planteo ante US. Ilustre que *"El estándar fijado por el legislador es muchísimo más alto que el señalado por la SMA, y la razón es sencilla, las medidas provisionales pueden afectar gravemente los derechos e intereses del administrado. Es por esto, que para la adopción de medidas de carácter provisional debe elegirse las medidas menos lesivas de entre las que sea posible adoptar, debiéndose justificar la elección de las mismas contempladas en la normativa aplicable, cuestión que tampoco aconteció en la especie"*.<sup>30</sup>

**c. Forma en la cual el Ilustre Tribunal Ambiental incurre en contravención formal del artículo 48 en relación al artículo 40 ambos de la LOSMA.**

Pues bien US. Ilustre, en el considerando Quincuagésimo segundo de la sentencia se sostuvo lo siguiente:

*"(...) en los hechos, las medidas provisionales ordenadas por la SMA fueron adoptadas ponderando los elementos exigidos por la doctrina y el artículo 48 de la LOSMA, aun cuando no se haya hecho referencia particular respecto de cada una de las circunstancias del artículo 40 de la referida ley, ni al "tipo de infracción cometida" o a los cargos que después podrían haberse formulado. A juicio del Tribunal, y establecido como un hecho de la causa la existencia de un SIAM distinto al autorizado en la RCA, y que la medida provisional, esto es, el sellado de aparatos y equipos, la necesidad de evaluar integralmente el nuevo SIAM, son las*

---

<sup>30</sup> Idem.

*adecuadas y necesarias para el tipo de riesgo a evitar, razón por la cual la alegación de falta de ponderación del principio de proporcionalidad será desestimada” (lo destacado es nuestro).*

En este sentido, es claro que US. Ilustre realiza una contravención formal del artículo 48 de la LOSMA, toda vez que no obstante el claro tenor del texto legal, US. Ilustre prescinde de la aplicación de los supuestos contenidos en el artículo 48 de la LOSMA en aquella parte en que dispensa los supuestos fácticos de la norma asociados a que las medidas provisionales deben ser proporcionales al tipo de infracción y a las circunstancias del artículo 40.

Dicho vicio formal se agrava, cuando se aprecia que el fallo recurrido junto con prescindir de las exigencias legales asociadas a la proporcionalidad de las medidas provisionales -tipo de infracción; circunstancias del artículo 40-, pretende instaurar un criterio no establecido en la norma a efectos de salvar la configuración de proporcionalidad de las medidas provisionales por parte de la SMA.

Así las cosas, corresponde señalar que se cometieron errores significativos, por cuanto el principio de la proporcionalidad *“alude a la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto. La adecuación se logra a través de una idónea ponderación de los medios a emplear (...)”*<sup>31</sup> (lo destacado es nuestro).

En efecto, en el considerando Quincuagésimo de la sentencia, se restringe el análisis de proporcionalidad a una mera consideración de la necesidad e idoneidad de las medidas provisionales -y no las circunstancias claramente fijadas en el artículo 48 de la LOSMA<sup>32</sup>- citando al efecto un fallo del Tribunal Supremo de España, de 26 de septiembre de 1989, que examina una medida consistente en el cierre cautelar de una oficina de farmacia adoptada en un proceso sancionador, en que se indica que *“la alegada proporcionalidad no se haya de dar entre la medida*

<sup>31</sup> Camacho Céspedes, Gladis, Tratado de Derecho Administrativo, La Actividad Sustancial de la Administración del Estado, Tomo IV, 2010, Legal Publishing, p. 75.

<sup>32</sup> En cuanto indica que las medidas *“(...) deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40”*.

*cautelar y la sanción que, en su día, procediera imponer, sino más bien en función de la idoneidad o adecuación de aquella para evitar la producción, la pervivencia o la repetición del resultado lesivo de la irregular conducta, es decir, que no es tanto un principio de proporcionalidad el que debe regir sino el de racionalidad y oportunidad de la adopción de la medida*<sup>33</sup>.

Sin perjuicio de tal vicio de casación, la verdad es US. 1. que el criterio creado *extra legem* para fundar su razonamiento, echando mano a la jurisprudencia española, NO es en la actualidad el que impera en el Derecho español. En efecto, "como sintetizan las dos últimas sentencias mencionadas (126/2003, FJ 4º; y 71/2004, FJ 8º), para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (**juicio de necesidad**); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**)" (El destacado es nuestro)<sup>34</sup>.

Tanto la SMA como US.1., pretenden aplicar la normativa nacional de la misma forma que se hizo en España, el año 1989, desconociendo el hecho de que, pese a que la regulación contenida en la LBPA y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de España, son en extremo similares, es necesario tener en consideración lo dispuesto por una Ley especial, como lo es la LOSMA, en su art. 48, que como ya hemos expuesto, viene a precisar el requisito de análisis de proporcionalidad, exigible al momento de dictar medidas provisionales en un procedimiento administrativo "ordinario".

<sup>33</sup> MAIRA JALVO, BELEN, Medidas Provisionales en la Actividad Administrativa, 2007, Lex Nova, Valladolid, España, p.54

<sup>34</sup> TARDÍO PATO, JOSÉ ANTONIO, Op. Cit. p. 120.

A mayor abundamiento, la proporcionalidad exigida por el legislador nacional no se cumple por tratarse de "medidas adecuadas", sino porque dentro del universo de medidas adecuadas, las adoptadas por la SMA sean las menos lesivas y proporcionales a las infracciones que están siendo investigadas y a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que resultan aplicables al caso concreto.

Por tanto, no basta con determinar si las medidas a adoptar son adecuadas, sino que a su vez, se debe determinar que la afectación que éstas generan sobre la esfera de derechos del administrado es proporcional a la conducta reprochada a éste último, y a las circunstancias específicas aplicables al tenor del artículo 40 de la LOSMA. Luego, se deberá seleccionar la medida menos lesiva dentro de todas aquellas medidas idóneas para el caso particular.

Finalmente, en el considerando Quincuagésimo de la sentencia, este Ilustre Tribunal no solo restringe e intenta desconocer el texto expreso de la ley, contraviniéndolo, sino que adicionalmente confunde el requisito de proporcionalidad con el de motivación señalando "***aunque la Resolución Exenta N° 714 no hace referencia expresa a la proporcionalidad de las medidas, si formula -en su resuelto segundo- razonadas consideraciones acerca de los fundamentos de la adopción de cada una de las medidas provisionales que ordenó***" (lo destacado es nuestro).

Sobre la base de lo anterior, el fallo recurrido contraviene formalmente la ley, pues falla en oposición a los artículos 40 y 48 de la LOSMA desde el momento que, rechazando el reclamo formulado en este punto por mi representada, refrenda la ausencia de un análisis de proporcionalidad de las medidas provisionales al tenor de las circunstancias calificadas en dicha norma: conducta reprochada y circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

**d. Modo en que dicho error de derecho ha influido en lo dispositivo de la sentencia.**

La contravención formal de Ley incurrida, influye en lo dispositivo de la sentencia toda vez que, de haberse aplicado correctamente los artículos



40 y 48 de la LOSMA, se habría arribado a la conclusión de que las medidas provisionales dictadas por la SMA no reunían los requisitos para su dictación, amén de ser desproporcionadas, siendo éstas, por ende, ilegales debiendo haberse acogido la reclamación formulada en dicho punto por mi representada.

iii. Tercer cuerpo de normas legales infringidas; falsa interpretación del artículo 48 de la LOSMA en relación con el artículo 32 de la Ley 19.880 y artículos 19 y 22 del Código Civil, al no concurrir situaciones de urgencia que ameritaran adoptar las medidas provisionales pre procedimentales.

a. Introducción.

El inciso segundo del artículo 48 de la LOSMA establece que en caso que la SMA decida adoptar medidas provisionales en forma previa a un procedimiento sancionatorio, éstas deberán ser ordenadas "(...) **de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880 y deberán ser proporcionales al tipo de infracción y a las circunstancias del artículo 40**" (lo destacado es nuestro).

Por su parte, el inciso segundo del artículo 32 de la LBPA, establece que "*Sin embargo, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes*" (lo destacado es nuestro).

En este sentido, tratándose de medidas provisionales adoptadas en forma previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, la ley exige que no sólo se acredite adecuadamente la existencia de un daño inminente al medio ambiente, sino que deben existir a su vez antecedentes técnicos que acrediten la probabilidad de que dicho daño se va a materializar en un plazo extremadamente breve, que motiva la adopción de dichas medidas en un plazo de 15 días previos a la correspondiente formulación de cargos.

**b. Situaciones de urgencia que ameritan las medidas provisionales pre procedimentales.**

Respecto de este verdadero requisito de las medidas provisionales, la SMA en su Resolución 174, so pretexto de fundamentario, señaló que: *"lo anteriormente señalado, hace patente la urgencia de la adopción de medidas provisionales cautelares"*, en relación a la concurrencia de un supuesto peligro de daño.

Sin embargo, como fue recurrente en la totalidad del procedimiento administrativo, reiteramos que la motivación en cuanto a la existencia de la urgencia para decretar medidas provisionales fue paupérrima por parte de la SMA, pues no existió ninguna ponderación adicional a la supuesta ponderación de riesgo, es decir, no existió análisis alguno que determinara la probabilidad de ocurrencia en un breve plazo que a su vez motivara la urgencia.

En efecto, los antecedentes de hecho demuestran que no existió argumentación alguna que acreditase la urgencia de adoptar medidas, toda vez que: i) habían transcurrido más de 70 días contados desde la actividad de inspección ambiental que motivó las medidas; y ii) que la SMA contaba con todos los antecedentes del SIAM actualizado y los monitoreos que permitían concluir la inexistencia de los riesgos invocados.

Es más, desde junio de 2015, fecha de la actividad de fiscalización ambiental, no se ha comprobado afectación alguna sobre el Chungungo, lo que permite descartar a ciencia cierta la urgencia de haber adoptado las medidas aquí impugnadas.

Incluso, se ha demostrado la convivencia armónica entre dicha especie y el SIAM actualizado. Prueba de lo anterior, es que a la fecha presente, transcurrido prácticamente un año desde la dictación de las medidas provisionales, a mi representada no se le han formulado cargos ni se han renovado o solicitado nuevas medidas provisionales, cuestión que se contradice con el sentido de urgencia que exige la ley para las medidas provisionales adoptadas.

**c. Forma en la cual se interpreta falsamente el artículo 48 de la LOSMA en relación al artículo 32 de la LBPA y el artículo 22 del Código Civil.**

En el considerando Sexagésimo primero del fallo recurrido, US. Ilustre sostuvo lo siguiente:

*"Que, en definitiva, en concepto del Tribunal, la resolución impugnada si se pronuncia sobre la urgencia de las medidas al señalar, en su considerando 20.1, que se configuró un "peligro de daño" al medio ambiente que ella "consideró inminente, por lo que justificó la dictación de las medidas". Como se afirmó precedentemente en esta sentencia, la inminencia, a la que se refiere el artículo 48 de la LOSMA, está indudablemente vinculada a la urgencia. Por tanto, la urgencia que justificó la adopción de las medidas fue debidamente configurada y fundamentada, tanto en la resolución reclamada como en la Resolución Exenta N° 714, razón por la cual esta alegación también será desestimada".*

Según se aprecia del fallo citado, US.I. asimila el requisito de "urgencia" con la configuración de un "peligro de daño", y a partir de dicha asimilación concluye que se justificó o motivó la urgencia de las medidas decretadas por parte de la SMA. En otras palabras, US.I. en su fallo estimó justificada la urgencia por el hecho de existir un daño inminente. En esta lógica, "las medidas son urgentes porque hay inminencia de daño".

Sin embargo, los artículos 48 de la LOSMA y 32 de la LBPA distinguen entre el elemento "urgencia" y el elemento "daño inminente". En efecto, el artículo 48 inciso primero de la LOSMA dispone la dictación de medidas provisionales -sean o no previas al procedimiento principal- "con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas", para luego, en su inciso segundo, indicar que dichas medidas "podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880", que a su vez dispone que "antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o

a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes...”

De seguirse el criterio de asimilación utilizado en el considerando Sexagésimo primero del fallo, citado *supra*, tendríamos que el legislador habría incurrido en una reiteración, al aludir a la inminencia de daño y la urgencia en forma indistinta, cuestión que claramente no se condice con una lectura armónica del texto legal claro de las normas, infringiéndose en el proceso interpretativo los artículos 19 y 22 del Código Civil al dejar de aplicarlos, pues el artículo 48 de la LOSMA en relación con el artículo 32 de la LBPA son claros en distinguir el objeto de las medidas provisionales – “evitar un peligro de daño”- y los requisitos que deben concurrir para decretarlas –“urgencia”-. Es más, conforme al artículo 48 de la LOSMA, la inminencia o peligro de daño se requiere para todas las medidas provisionales, se adopten antes o durante el procedimiento administrativo sancionador, en cambio, el artículo 32 de la LBPA establece el requisito de urgencia exclusivamente para aquellas medidas provisionales que se adopten antes del inicio del procedimiento sancionatorio.

En este sentido, el fallo incurre en una falsa interpretación del artículo 48 de la LOSMA en relación al artículo 32 de la LBPA, dejando de aplicar en el proceso interpretativo los artículos 19 y 22 del Código Civil, al sostener la concurrencia del requisito urgencia con el sólo hecho de existir una inminencia de daño, elemento y objeto diversos que, por ello, requieren de análisis y pruebas diversas.

Tal vicio se torna en esencial, cuando según hemos explicado en el capítulo b.- precedente, en el caso de marras no se verificaron ni se presentaron los antecedentes y/o pruebas que permitieran sostener la urgencia de la medida. Por el contrario, los antecedentes aportados por esta parte eran claros en dar cuenta de que tal urgencia jamás existió.

000264  
completado  
revisado y  
custodiado

**d. Modo en que dichos errores de derecho han influido en lo dispositivo de la sentencia.**

En fin, el vicio denunciado influye en lo dispositivo de la sentencia toda vez que, de haberse interpretado correctamente los artículos 48 de la LOSMA y 32 de la LBPA, aplicando los artículos 19 y 22 del Código Civil, se habría arribado a la conclusión de que no concurrió el elemento "urgencia" que permitiese justificar, a su vez, la dictación de las medidas provisionales dictadas por la SMA siendo éstas, por ende, ilegales, debiendo haberse acogido la reclamación formulada en dicho punto por mi representada.

**iv. Cuarto cuerpo de normas legales infringidas: contravención formal del artículo 18 inciso tercero de la LBPA en relación con el artículo 17 letra f) de la LBPA.**

**a. Introducción.**

El artículo 7 de la CPR establece, en su inciso primero, que los órganos del Estado sólo actúan válidamente "dentro de su competencia" y "en la forma que prescriba la ley". Por tanto, es un principio básico de la Administración, que sus decisiones deben ajustarse a ciertas formalidades.

Lo anterior cobra vital importancia, cuando el obrar del Estado puede interferir la esfera de libertad de las personas, pues tal como señalan Fernandois y Baraona, *"En el Estado de Derecho contemporáneo, la autoridad debe poseer una poderosa razón para actuar sobre la esfera de libertad de las personas. La libertad y la propiedad, como tradicionales bienes constitucionales, sólo pueden replegarse, reducirse o comprimirse, cuando el legislador y luego el administrador, con sujeción a la ley, demuestran que tales regulaciones o restricciones son indispensables para el bien común"* (lo destacado es nuestro)<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> FERNANDOIS VORINOER, ARTURO Y BARAONA GONZALEZ, JORGE, *La inexistencia de los hechos que fundamentan un Acto Administrativo, ¿Constituye un vicio de nulidad?*, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año VII, N° 7, Santiago, 2003, p. 80.

En este contexto, el artículo 18 LBPA define el procedimiento administrativo como *“una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”*.

Como bien señala el actual Contralor de la República, don Jorge Bermúdez Soto, para la doctrina más reconocida, los procedimientos administrativos son secuencias organizadas de obtención y tratamiento de la información, bajo la responsabilidad de un ente administrativo, constituyendo el medio en que se fragua no solo una decisión administrativa con efectos externos, esto es, el acto administrativo, sino también un contrato administrativo, un reglamento, una instrucción o circular interna y una actuación material<sup>36</sup>.

De este modo, los procedimientos administrativos exigen que todas las actuaciones, verbales o escritas, consten de manera fidedigna en un expediente administrativo, escrito o electrónico, de forma tal que se asegure la claridad y estabilidad de las decisiones administrativas<sup>37</sup>.

Ahora bien, la importancia del orden y completitud del expediente es tal, que como bien indica OSORIO VARGAS, la existencia de un expediente administrativo ordenado en forma cronológica, permite **asegurar el derecho de los interesados a conocer el estado de tramitación del proceso y la obtención de las presentaciones o actuaciones realizadas en el mismo**, estando, por tanto, íntimamente vinculado al principio de seguridad jurídica.

En tal sentido, la CGR, en su dictamen N° 61.679/2010, ha sostenido que *“La plasmación escrita del expediente [...] responde al principio de seguridad jurídica y permite el correcto ejercicio de los derechos inherentes al principio de acceso permanente y la garantía de defensa del imputado y de los intereses de los afectados”* (énfasis agregado)<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. BERMUDEZ SOTO, JORGE. *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing, 2010, p. 114.

<sup>37</sup> Cfr. OSORIO VARGAS, CRISTÓBAL. *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador*. Thomson Reuters, 2016, pp. 12-13.

<sup>38</sup> Cfr. OSORIO VARGAS, CRISTÓBAL, *Op. Cit.*, pp. 215 a 216.

Precisamente por ello es que el inciso tercero del artículo 18 de la misma ley, dispone que "Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que éstas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso".

Siguiendo el orden de ideas, en caso de que la Administración haya considerado antecedentes que sirvan de "sustento" directo para la dictación de un acto administrativo terminal, más no fuesen incorporados al expediente, éstos debiesen ser tenidos por inexistentes para efectos del interesado y del propio procedimiento administrativo, circunstancia que podría situarnos, ante una hipótesis de falta de fundamentación por parte de la Administración. Entender la situación en forma distinta, únicamente conduciría a una plena indefensión de los sujetos regulados, conjuntamente con la vulneración de principios rectores de la LBPA y derechos constitucionales.

Ahora bien, dentro de estas formas garantísticas especial importancia cobra el **principios de publicidad**, que tiene por objeto que la sustanciación del proceso se realice con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él, al presunto infractor, los interesados, terceros, u otros órganos públicos<sup>39</sup>.

En este sentido, SILVA CIMMA señala que *"mediante este principio se postula el derecho de los administrados que participan en el procedimiento administrativo a tomar conocimiento de las*

<sup>39</sup> Cfr. ZORRIGA, FRANCISCO, Informe en Derecho "Procedimiento Administrativo Sancionador de la Superintendencia del Medio Ambiente contra la Empresa Exportadora Los Fiordos Ltda.", Reclamación R-23-2015, Exportadora Los Fiordos Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente, Tercer Tribunal Ambiental, p.33.

*actuaciones que él se desarrollan, derecho que por razones de transparencia de la gestión pública se proyecta también a los demás ciudadanos, a menos que una norma expresa fundada en razones de interés público o de seguridad nacional lo prohíba de manera expresa<sup>40</sup>.*

Dicho conocimiento se transforma, así, en antecedente para que el regulado pueda ejercer sus derechos, toda vez que la ley permite aportar antecedentes y formular alegaciones durante toda la instrucción del procedimiento administrativo, los que deberá ser tenidos en cuenta por el órgano al dictar el acto terminal.<sup>41</sup>

Este principio, inspirador de todo procedimiento administrativo y en particular del procedimiento en que la Administración ejerce sus potestades sancionadoras, se refiere a la no afectación de derechos o intereses de los particulares sin que éstos tengan la posibilidad de ser oídos y que se ponderen adecuadamente las alegaciones y defensas expuestas<sup>42</sup>. Ello se traduce principalmente en el derecho a acceder al expediente y el derecho a la audiencia, que consiste en la facultad de los interesados de exponer sus argumentos y alegaciones con carácter previo a la adopción de una resolución definitiva por parte de la autoridad administrativa<sup>43</sup>, aportar antecedentes probatorios, alegar defectos de tramitación y ser notificados de la resolución final.

<sup>40</sup> SILVA CIMMA, ENRIQUE *Derecho Administrativo Chileno Comparado, Actos, Contratos y Bienes*, Editorial Jurídica. Santiago. p. 257.

<sup>41</sup> MIROSEVIC VERDUGO, CAMILO, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* no.36 Valparaíso, Año 2011, p.290.

<sup>42</sup> Sobre el particular, refiriéndose al proyecto de Ley de bases de procedimientos administrativos, la Contraloría en dictamen N° 2.196, de 28 de enero de 1996, señaló: "los principios establecidos para garantizar el debido procedimiento y los derechos de los administrados, están constituidos por el de: a) contradictoriedad, que garantiza a los particulares hacer valer sus derechos e intereses legítimos ante la autoridad administrativa, al momento en que esta vaya a resolver asuntos que les afecten, involucrando los derechos de audiencia, prueba, defensa y acceso al expediente, considerados en el proyecto"

<sup>43</sup> CIERCO, CÉSAR, *La nueva regulación del derecho de audiencia en los procedimientos administrativos comunitarios vinculados a la protección de la competencia*, en *Revista de Administración Pública*, 155 (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2001), pp. 253-254. Como señala Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, Ed. (Madrid, Tecnos 1998), I,1, p. 259, la audiencia se traduce en "el derecho de los interesados en un procedimiento a examinar el expediente y formular alegaciones y la consiguiente obligación que sobre la Administración pesa de proporcionarles esta oportunidad constituyent, acaso, en el orden procedimental la mejor garantía de la seguridad jurídica de aquellos".



En este mismo orden de ideas, los Tribunales Superiores de Justicia, incluyendo nuestra Excm. Corte Suprema, ha señalado que *“el derecho a ser oído consiste en que el afectado pueda exponer su versión acerca de los hechos que se le atribuyen. Pero este derecho presupone a su vez, que exista un hecho que sea descrito en forma circunstanciada desde el principio, situación que le permitirá con posterioridad, presentar la prueba necesaria para desvirtuarlos”*<sup>41</sup> (lo destacado es nuestro).

**b. Documentos y actuaciones no consignados y a los cuales el regulado no tuvo acceso.**

Según fuera reclamado por esta parte, los antecedentes que constan en el expediente administrativo Rol MP-14-2015 demuestran que la SMA en la fase de instrucción de dicho proceso, OMITIÓ publicar y agregar al expediente administrativo el Ord. N° 155343 SERNAPESCA, a través del cual dicho organismo sostuvo que *“actualmente esta tubería no estaría causando ningún daño en el medio que la rodea”* pero que *“el proyecto Siam no se encuentra en funcionamiento por lo que no se puede declarar a ciencia cierta si esta iniciativa causará algún daño (...) ya que no existe referencia bibliográfica y/o estudios que señalen que una captación (...) cuyas capacidades de captación e impulsión son de 94 m<sup>3</sup>/h, tenga una influencia negativa en este tipo de especies. Dicho lo anterior, este Servicio actualmente no se puede asegurar que el proyecto SIAM no causara ningún daño (...)”*.

En efecto, según fuera sostenido por esta parte en su reclamación, el regulado no tuvo acceso a los siguientes actos trámites: (i) Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-654-XV-RCA-IA; (ii) Ord. MZN. N° 656, de 19 de noviembre de 2015, donde la SMA consulta a SERNAPESCA acerca de la existencia de riesgos producto del SIAM actualizado; (iii) Ord. MZN. N° 657, de 19 de noviembre de 2015, donde la SMA consulta a SERNAPESCA acerca del contenido del Plan Global de Protección y Monitorio del Chungungo; (iv) Ord. N° 155343, de 25 de noviembre de 2015, donde SERNAPESCA responde a la SMA acerca del Ord. MZN. N°

<sup>41</sup> Considerando 7° Rol N° 9899-11, caratulado Constructora Asfalcura S.A. c/ Inspección Comunal del Trabajo s/ Aplicación de multa - Recurso de queja.

656; y (v) Ord. N° 155344, de 25 de noviembre de 2015, donde SERNAPESCA responde a la SMA acerca del Ord. MZN. N° 657.

Al respecto, cabe destacar la relevancia de los antecedentes en cuestión, puesto que la SMA fundó en la Resolución 1147 la eventual existencia de un riesgo Inminente de daño sobre el Chungungo, precisamente en el Ord. N° 155343, de 25 de noviembre de 2015, del SERNAPESCA.

Es tal la importancia de dichos documentos dentro del procedimiento administrativo de medidas provisionales, que la misma SMA funda la remisión de antecedentes al SEA, contenida en el Resuelvo III de la Resolución 1147, en el citado Ord. N° 155343.

En otras palabras, dicho acto administrativo es el fundante de los agravios que sufre hoy mi representada, puesto que, de no invalidarse el fallo recurrido, ésta deberá enfrentar sanciones administrativas relacionadas a los supuestos incumplimientos de medidas provisionales y de ingreso del SIAM al SEIA.

Sin perjuicio de las gravosas consecuencias ya identificadas, la SMA sostuvo, en el informe evacuado en autos de reclamación judicial, que no tenía obligación alguna de dar traslado de dichos documentos a mi representada para poder emitir la resolución respectiva<sup>45</sup>.

**c. Forma en la cual el Ilustre Tribunal Ambiental incurre en infracción de los artículos 18 y 17 letra f) de la LBPA.**

En este punto y materia, se sostuvo en el considerando Séptimo del fallo que *"tratándose de informes evacuados en el marco de un procedimiento administrativo, sin perjuicio del acceso al conocimiento de las distintas piezas que se agreguen al expediente, no existe obligación ni corresponde que la SMA confiera traslado a la reclamante"*.

<sup>45</sup> Página 26, numeral 72, del informe evacuado por la SMA.

Luego, en el considerando Noveno de la sentencia recurrida se concluye que *"se constata que las normas señaladas establecen derechos básicos para los administrados y consiguientes obligaciones genéricas para los órganos de la Administración. Sin embargo, también es del todo evidente que las normas citadas, no establecen un plazo perentorio o determinado en particular, para la entrega de copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente o la obligación de constancia de los documentos en un expediente escrito o electrónico"*

Adicionalmente, en el considerando Décimo se concluye que *"fluye de lo dispuesto en el artículo 45 y siguientes de la Ley N° 19.880, que la obligación legal de "notificar" y "publicar" formalmente los actos administrativos solo es exigible respecto de sus destinatarios, esto es, a quienes están dirigidos y, respecto de los cuales generan efectos directos, mas no respecto de las comunicaciones que se dirigen entre sí los servicios u órganos que deben informar en el marco de un procedimiento administrativo. Por tanto, la pretensión de la reclamante, en orden a que las comunicaciones e informes que se dirigieron entre sí, la SMA y SERNAPESCA, le debían ser notificadas, carece de fundamento. Por cierto, una exigencia enteramente distinta, es que el administrado pueda acceder en definitiva a los antecedentes que obran en el expediente administrativo"*.

Luego, en el considerando Décimo primero, US. Ilustre sostiene que *"a juicio del Tribunal no se configura de forma alguna una vulneración o afectación del derecho a defensa de la reclamante, si se tiene en cuenta, que efectivamente tomó conocimiento de los documentos que no habían podido ser cargados por razones técnicas (...) la falta de constancia de los antecedentes en el expediente electrónico se debió a un problema técnico y no a una decisión de la SMA, la entrega a la reclamante de los documentos solicitados al día siguiente de efectuada la petición, hace evidente la inexistencia de cualquier pretensión de ilegalidad, razón por la cual esta alegación será desestimada"*.

Sobre la base de los considerandos citados, se aprecia, como primera cuestión, que el fallo incurre en contravención formal del artículo 18 inciso tercero de la LBPA, desde el momento que olvida que esta norma decisoria litis exige al órgano -SMA- en un procedimiento administrativo el

consignar las notificaciones y comunicaciones a que den lugar los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos –i.e. SERNAPESCA-, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso.

En este sentido, no es efectivo y se incurre en contravención de la norma legal, cuando se sostiene en el considerando noveno del fallo que no existe un plazo perentorio o determinado para cumplir con la obligación de constancia de los documentos en un expediente, pues el referido artículo 18 inciso tercero es claro en disponer que ello se debe efectuar *en estricto orden de ocurrencia*, esto es, cuando sucedió.

En la especie, los Ord. de la SMA fueron emitidos el día 19 de noviembre de 2015, y las respuestas del SERNAPESCA fueron remitidas a la SMA el día 25 de noviembre de 2015, pero recién se publicaron el día 3 de diciembre de 2015, estando dictado el acto terminal del procedimiento.

A propósito de lo anterior, tampoco es efectivo, y se incurre en contravención de la norma legal, cuando se sostiene en el considerando Décimo del fallo, que NO existe la obligación de notificar al regulado las comunicaciones y notificaciones generadas a propósito de los documentos y resoluciones que la SMA remitiera a SERNAPESCA, pues tanto las comunicaciones como las notificaciones debían consignarse en el expediente a efectos de, precisamente, cumplir con el principio de seguridad jurídica y transparencia del mismo.

Finalmente, es importante señalar que resulta erróneo amén de no atingente, el sostener en el considerando Décimo primero del fallo que no habría perjuicio para mi representado, pues habría accedido a los antecedentes a propósito de la dictación de la Resolución 1147, toda vez que la omisión que se denunció se incurrió en la fase de instrucción del procedimiento administrativo MP-014-2015, momento en que cual se vulneró el derecho a formular alegaciones y aportar documentos que permitieran al SERNAPESCA realizar un adecuado y completo análisis respecto de la inminencia de un riesgo de daño sobre el Chungungo.

Por otro lado, se incurre en contravención del artículo 17 letra f) de la LBPA desde el momento que el fallo OMITE que a efectos de que el regulado pueda ejercer su derecho a formular alegaciones y aportar documentos necesariamente debe haberse consignado la serie de actuaciones administrativas en el expediente que se sigue contra el encartado al tenor del artículo 18 inciso tercero de la LBPA, pues de lo contrario su derecho a defensa se torna artificial y no puede ejercerse en forma plena e informada.<sup>46</sup>

Reiteramos que todos los actos trámites ya individualizados fueron publicados, recién con fecha 3 de diciembre de 2015, fecha en la cual esta parte solicitó dichos documentos, al tomar conocimiento de éstos mediante la Resolución 1147, es decir, el acto terminal del procedimiento administrativo, ya que en dicha resolución se citaban como fundamento de lo ahí resuelto.

Lo anterior se tradujo en un grave perjuicio, consistente en la imposibilidad de aportar información y formular alegaciones ante el SERNAPESCA durante la fase de instrucción del proceso administrativo, que permitieran a dicho Servicio realizar una adecuada y completa ponderación de los antecedentes disponibles, en especial los asociados al SIAM actualizado, con el objeto de determinar la existencia o no de un riesgo inminente de daño para el Chungungo.

**d. Modo en que dichos errores de derecho han influido en lo dispositivo de la sentencia.**

Las contravenciones formales de Ley incurridas, precedentemente referidas, influyen en lo dispositivo de la sentencia toda vez que, de no haberse contravenido los artículos 17 letra f) y 18 inciso tercero de la LBPA, se habría arribado a la conclusión diversa de que mi representada fue víctima de actuaciones ilegales y arbitrarias antes individualizadas por parte de la SMA durante la instrucción del procedimiento administrativo,

<sup>46</sup> Ver en este sentido Sentencias Tribunal Constitucional Roles N° 481/2006, 676/2006, 616/2007, 1518/2009 y 2682/2014; Sentencia Excm. Corte Suprema Rol N° 9899/2011; Sentencia lte. Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4513/2009; Sentencia lte. Corte de Apelaciones de La Serena Rol N° 177/2016 y Dictamen CGR N° 70.935/2011.

debiendo por tanto este Ilustre Tribunal Ambiental haber acogido la reclamación formulada en dicho punto por mi representada, ordenando a la SMA proceder a anular parcialmente la Resolución 1147, puesto que se trata del acto terminal de un procedimiento arbitrario e ilegal, que fue instruido en contravención a la ley, afectando los derechos y garantías de mi representada.

**POR TANTO**, en virtud de lo expuesto, lo dispuesto en los artículos 1º, 17 N° 3, 25 de la Ley 20.600, artículos 40, 48 y 56 de la LOSMA, artículos 11, 17 f), 18, 32 y 41 de la LBPA, artículos 19 y 22 del Código Civil, y artículos 770 inciso primero y 772 inciso primero del CPC, normas legales citadas, y demás normas aplicables en la especie,

**RUEGO A US. ILUSTRE**, tener por deducido recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva pronunciada por este Tribunal Ambiental con fecha 27 de julio de 2016, notificada a esta parte el día 28 de julio de 2016, solicitando a S.S. Ilustre lo admita a tramitación y declarándolo admisible, eleve los autos al conocimiento de la Excma. Corte Suprema de Justicia, a fin de que dicho Excmo. Tribunal conociendo de él, lo admita a tramitación, lo acoja, y en definitiva, case e invalide dicha sentencia, y conforme a lo dispuesto en el artículo 785 del CPC, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dicte la sentencia de reemplazo que corresponde con arreglo a Ley y al mérito de los hechos.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Sírvase SS. Ilustre tener presente que mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 772 y 776 del CPC, asumo personalmente el patrocinio del recurso de casación en forma y del recurso de casación en el fondo de lo principal y primer otrosí.

S. Aulic B  
16.039.511-4