

000165
ciento sesenta
y cinco

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Santiago, veintisiete de julio de dos mil dieciséis.

VISTOS:

A fojas 28 comparece Pampa Camarones S.A. (en adelante, "la reclamante"), representada por el abogado Felipe Velasco Silva, interponiendo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA") y 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 1147, de 2 de diciembre de 2015, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, la que: i) rechazó el recurso de reposición interpuesto por la reclamante, el 7 de septiembre de 2015, en contra de la Resolución Exenta N° 714, de 25 de agosto de 2015, que adoptó medidas provisionales respecto del proyecto "Planta de Cátodos Pampa Camarones" (resuelvo primero); ii) rechazó la solicitud de la reclamante de dejar sin efecto la actividad de inspección ambiental efectuada el 6 de octubre de 2015. (resuelvo segundo); iii) alzó definitivamente la medida provisional de sellado de tuberías, ordenada por la referida Resolución Exenta N° 714, y ordenó que se remitieran los antecedentes relativos al Sistema de Impulsión de Agua de Mar (en adelante, "SIAM") del proyecto al Servicio de Evaluación Ambiental (resuelvo tercero); iv) determinó que el titular no había cumplido la medida provisional de entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo (Lontra felina), dispuesto también en la Resolución Exenta N° 714, remitiendo los antecedentes a su División de Sanción y Cumplimiento (resuelvo cuarto); y v) tuvo por cumplidas las demás medidas provisionales informadas por la reclamante en escrito de 22 de septiembre de 2015 (resuelvo quinto).

La reclamante solicita al Tribunal que acoja la reclamación en todas sus partes, y anule los resueltos primero a cuarto de la resolución reclamada, por ser contrarios a derecho y causarle agravios, con costas.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

I. Antecedentes de la reclamación

El proyecto "Planta de Cátodos Pampa Camarones", ingresó -vía Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, "DIA")- al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA") el 27 de diciembre de 2011, siendo calificado favorablemente por Resolución Exenta N° 29, de 6 de julio de 2012. Contempla la producción en planta de 8.400 toneladas anuales de cátodos de cobre, utilizando agua de mar en sus faenas, la que es impulsada, por bombas, desde un punto de aducción ubicado en el sector denominado Punta de Madrid, a través del SIAM. Al respecto, en el considerando 3.6.4 de la Resolución de Calificación de Ambiental N° 29/2012 (en adelante, "RCA") se señala que: *"considerando la escasez del recurso, se ha optado por usar agua de mar desde una captación en la zona costera de Punta Madrid, elevación mediante bombas de captación verticales de 110 kW cada una (una operando y otra de respaldo)".* Además, en la respuesta 1 en la Adenda 1 se expresa que *"el proyecto considera la construcción de una piscina excavada con una cota de fondo marino a 2m NRS"*.

El 16 de junio de 2015 la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante también "la Superintendencia" o "la SMA"), en conjunto con el Servicio Agrícola y Ganadero (en adelante, "SAG"), el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante, "SERNAPESCA") y la Gobernación Marítima de Arica, efectuó una actividad de inspección ambiental en el sector Punta de Madrid, constatando que el SIAM construido no correspondía al evaluado y autorizado en la RCA. En particular, observó: i) La instalación de dos tuberías negras que bajaban desde cotas superiores hasta el intermareal, una balsa flotante y boyas; ii) La no construcción de la piscina de acumulación de agua de mar; iii) La presencia de una madriguera de chungungo, con dos ejemplares, en el sector aledaño a la tubería de aducción de agua de mar; y iv) La presencia de cinturones de algas y fauna marina en el intermareal somero.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

El 1 de julio de 2015 SERNAPESCA informó a la SMA de la visita inspectiva, señalando que la ubicación del punto de aducción de agua constituía un "riesgo para los ejemplares de chungungos que habitan en el sector", por la probabilidad de migración y succión de los mismos.

El 2 de julio de 2015 la reclamante presentó el SIAM actualizado a la SMA.

El 13 de agosto de 2015, mediante Memorandum N° 349, la División de Fiscalización de la SMA solicitó al Superintendente la adopción de medidas provisionales para el proyecto.

El 25 de agosto de 2015, la SMA emitió la Resolución Exenta N° 714, dictando las medidas provisionales previstas en las letras a), b) y f) del artículo 48 de la LOSMA, a saber: corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño; el sellado de aparatos o equipos; y programas de monitoreo y análisis específicos de cargo del infractor. Estas medidas se dictaron en carácter de pre-procedimentales, de conformidad a lo dispuesto 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, y por un plazo de 30 días.

En particular, la SMA decretó las siguientes medidas provisionales: i) el sellado de aparatos o equipos; ii) la medida de control asociada al reporte de información relativa al plan de construcción o el estado actual de las obras del SIAM y, a la construcción del SIAM en términos distintos a lo autorizado y su relación con el entorno donde se encuentra emplazada la obra; iii) medidas de seguridad asociadas a la protección del ecosistema marino y de la zona de Punta de Madrid; iv) la entrega del plan de protección global del chungungo, que tenga por finalidad la detección temprana de cualquier tipo de afectación a dicha especie y al ecosistema aledaño; v) realización de una campaña de monitoreo del

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000168
ciento sesenta y ocho

chungungo y del ecosistema aledaño; y vi) la realización de un monitoreo de las comunidades planctónicas en las zonas aledañas y/o adyacentes a la aducción del SIAM.

Dicha resolución estableció que de los hechos constatados en la actividad de inspección ambiental y del examen de información, es posible concluir que el proyecto en construcción presenta modificaciones respecto a las exigencias establecidas en los considerandos 3.6.4 de la RCA N° 29/2012 y en lo indicado en la Adenda 1 de la DIA respectiva. Además, señala que en virtud de los hechos constatados durante la inspección, y de lo informado por SERNAPESCA en Ord. N° 154855, el SIAM construido y su eventual operación constituía riesgo para la fauna de la zona de Punta de Madrid, especialmente para el chungungo, cuyos ejemplares y madrigueras fueron avistadas en las cercanías de dichas obras.

El 7 de septiembre de 2015, la reclamante interpuso recurso de reposición, solicitando que las medidas provisionales fueran dejadas sin efecto y, en subsidio, que se acogiera parcialmente el recurso, modificando la resolución recurrida, en el sentido de alzar la medida provisional de sellado de tuberías.

El 11 de septiembre de 2015 la SMA, mediante Resolución Exenta N° 819, requirió información en calidad de urgente a Pampa Camarones, en relación con la puesta en marcha del SIAM, requerimiento que fue respondido por escrito de 14 de septiembre.

El 15 de septiembre de 2015, mediante Resolución Exenta N° 841, la SMA acogió una solicitud de Pampa Camarones en orden a suspender temporalmente los efectos de la medida provisional de sellado de tuberías, mientras se resolviera la reposición. El 22 de septiembre de 2015 Pampa Camarones presentó un escrito relativo al cumplimiento de las medidas provisionales, un cronograma comparativo de las obras del SIAM y, un nuevo Plan de Monitoreo y Control del Chungungo.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000169
Cientos sesenta y nueve

El 6 de octubre de 2015 la SMA, en conjunto con la Gobernación Marítima de Arica, el SAG y SERNAPESCA llevó a cabo una nueva actividad de inspección, a fin de verificar el cumplimiento de las medidas provisionales y del requerimiento de información. El 16 de octubre de 2015, la reclamante solicitó a la SMA dejar sin efecto dicha actividad de inspección ambiental, y el requerimiento de información, atendido que, a su juicio, no contaba con competencias para fiscalizar un instrumento de gestión ambiental extinto, que había quedado sin efecto de pleno derecho, al no haberse formulado cargos en el plazo de 15 días contados desde la adopción de las medidas provisionales, en carácter pre-procedimental, operando -de esta forma- una condición resolutoria.

El 5 de noviembre de 2015 la Dirección Regional del SEA de Arica y Parinacota, mediante Resolución Exenta N° 67, resolvió una consulta de pertinencia del titular, relativa a la modificación del SIAM, determinando que ésta no correspondía a un cambio de consideración del mismo, por lo que no requería ingresar obligatoriamente al SEIA en forma previa a su ejecución. La modificación consultada contempló el aumento en la potencia de las bombas de captación, debido a la nueva cota de emplazamiento de la estación de bombeo, y la eliminación de la piscina de mar ubicada en el intermareal.

El 19 de noviembre de 2015, mediante Ord. N° 656, la SMA envió a SERNAPESCA los antecedentes relativos al SIAM actualizado, a fin de consultarle si el proyecto -específicamente, la sección de succión de agua de mar ubicada a 12 metros de profundidad- constituía riesgo para el chungungo, y si el Plan Global de Protección y Monitoreo de esa especie, presentado por el titular, cumplía con lo exigido por dicho Servicio.

El 25 de noviembre de 2015, mediante Ords. N°s 155343 y 155344, SERNAPESCA dio respuesta a la consulta de la SMA. En el primero, concluyó que no se podía asegurar que el proyecto SIAM no causaría daño al chungungo, ya que podría existir un "riesgo

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

hipotético" cuando comenzara el funcionamiento del proyecto, debido a que esta especie utiliza la columna de agua para desplazarse y cazar su alimento. Por su parte, en el segundo señaló que en los documentos presentados por el titular no se identificaba claramente qué medida de protección se adoptaría respecto de la referida especie.

Finalmente, el 2 de diciembre de 2015 la SMA dictó la Resolución Exenta N° 1147, reclamada en autos.

II. De la reclamación judicial y el informe

El 24 de diciembre de 2015 Pampa Camarones S.A. interpuso reclamación ante el Tribunal (fojas 28) impugnando la Resolución Exenta N° 1147, de 2 de diciembre de 2015, del Superintendente del Medio Ambiente, siendo admitida a trámite por resolución de 7 de enero de 2016 (fojas 75), y asignándosele el Rol R N° 88-2015.

Por su parte, el 18 de enero de 2016, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600, el Superintendente del Medio Ambiente se apersonó en el procedimiento, designando abogado patrocinante y solicitando ampliación del plazo para informar (fojas 82), lo que fue concedido por el Tribunal mediante resolución de 19 de enero (fojas 84). Posteriormente, el 26 de enero de 2016 la reclamada evacuó informe solicitando se rechace, en todas sus partes, la acción interpuesta, y se declare que la resolución recurrida *"es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente"*, con condena en costas (fojas 91).

Conforme a los fundamentos de la reclamación y, las alegaciones y defensas contenidas en el informe de la reclamada, los puntos controvertidos en autos, son los siguientes:

1. Existencia de presuntos vicios del procedimiento administrativo

En primer lugar, la reclamante alega la afectación del debido proceso y del derecho a la defensa, al no haberse notificado ni publicado determinados actos de mero trámite del procedimiento, lo que acarrearía la nulidad del mismo. Estos actos fueron los siguientes: i) Informe de Fiscalización Ambiental de la SMA; ii) Ord. MZN N° 656 de la SMA por el cual consulta a SERNAPESCA respecto de la existencia de riesgos producto del SIAM actualizado; iii) Ordinario MZN N° 657 de la SMA por el cual consulta a SERNAPESCA acerca del contenido del Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo; iv) Ord. N° 155343, de SERNAPESCA, en el que dicho Servicio señala que si bien el proyecto SIAM no se encuentra en funcionamiento, SERNAPESCA no puede asegurar que el proyecto SIAM no causará ningún daño al chungungo, ya que puede existir un riesgo hipotético cuando comience el funcionamiento de dicho proyecto; y v) Ord. N° 155344, de SERNAPESCA, por el cual informa que del análisis de la información recibida, no se aprecia o individualiza algún Plan de Contingencia.

Refiere que, al no haber tenido conocimiento de dichos actos, se vio impedida de entregar a SERNAPESCA la información necesaria para que éste concluyera que el SIAM actualizado no ha causado daño y no representa, durante su funcionamiento, riesgo ni peligro para el chungungo.

Respecto de esta imputación, la SMA señala que el Servicio en ningún momento tenía la obligación de conferir traslado previo de esos antecedentes a la empresa, a fin de poder dictar la resolución respectiva. Que en todo caso, al día siguiente de su notificación de la Resolución Exenta N° 1147, impugnada en autos, la reclamante tuvo en su poder toda la documentación que antes no se pudo publicar en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (en adelante, "SNIFA") por problemas técnicos, los que también fueron conocidos por

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

ésta. Que en este contexto, la empresa logró presentar su reclamo a tiempo, analizando la información que faltaba el día 2 de diciembre de 2015 en el expediente electrónico, y que fue entregada a la empresa al día siguiente, a saber, el día 3 de diciembre de 2015.

En segundo lugar, la reclamante alega la extemporaneidad y dilación en la resolución del recurso de reposición, al haber, la SMA, incumplido el plazo máximo de 30 días que tenía para ello, lo que constituyó un agravio, atendida la tardanza que implicó la suspensión de la tramitación de la concesión marítima requerida para operar el SIAM.

La SMA rechaza dicha alegación haciendo presente que tanto la jurisprudencia judicial y la administrativa como la doctrina, están contestes en que, salvo disposición en contrario, los plazos para la Administración no son fatales, por lo que su incumplimiento no acarrea la nulidad del acto. Señala, además, que en este caso tampoco opera la institución del decaimiento del procedimiento administrativo.

2. Existencia de presuntas ilegalidades y arbitrariedades de la Resolución Exenta N° 1147 de la SMA

La reclamante, hace descansar su pretensión en los siguientes argumentos.

a. Las medidas provisionales adoptadas mediante la Resolución Exenta N° 714 de la SMA debieron ser dejadas sin efecto, acogándose el recurso de reposición, toda vez que la citada resolución habría sido dictada en contravención a la ley

La reclamante alega que debió haber sido acogido el recurso de reposición, y dejado sin efecto las medidas provisionales, toda vez que la resolución que las adoptó fue dictada en contravención a la ley. En efecto, plantea una serie de ilegalidades de la Resolución Exenta N° 714, relativas a la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

vigencia de las medidas provisionales, la falta de la debida motivación de dicha resolución, la proporcionalidad y la urgencia de aquéllas. Por su parte, la reclamada sostiene que el rechazo del recurso de reposición se ajustó a derecho, desestimando cada una de las ilegalidades invocadas por la actora.

i) Vigencia de las medidas provisionales

Respecto de la vigencia de las medidas provisionales pre-procedimentales, la reclamante reitera lo señalado en el escrito de reposición, en orden a que éstas tienen una duración máxima de 15 días, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 32 de la Ley N° 19.880, plazo en el cual se deben formular cargos, ya que de lo contrario se extinguen. Cita al efecto, lo resuelto por este Tribunal en causa Rol S N° 7-2014, y lo sostenido por la doctrina y por la propia SMA en la Resolución Exenta N° 541, de 6 de julio de 2015. Asimismo, señala que el órgano fiscalizador, al adoptarlas por un plazo de 30 días, junto con no cumplir con un requisito legal, le causó agravio, por no tener certeza respecto de los plazos legales aplicables para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las medidas, lo que es relevante considerando que su incumplimiento está tipificado como infracción administrativa en la letra l) del artículo 35 de la LOSMA. Asimismo, hace presente que esta alegación fue invocada en el recurso de reposición, el que fue rechazado sin pronunciamiento alguno al respecto.

La SMA responde a esta alegación señalando que no desconoce el hecho que la interpretación judicial actual sostiene que las medidas provisionales pre-procedimentales quedan sin efecto si el procedimiento no se inicia dentro del plazo de 15 días, el que constituye un plazo de caducidad. Agrega, no obstante, que lo anterior no acarrea un vicio que afecte la legalidad de las mismas. En este sentido, afirma que la reclamante confunde dos

instituciones distintas, a saber: la caducidad con la nulidad del acto administrativo.

ii) Falta de la debida motivación

La reclamante sostiene que tanto la resolución reclamada, como la Resolución Exenta N° 714, carecen de la debida motivación, exigida por el artículo 11 de la Ley N° 19.880, atendido que, aun cuando en el recurso de reposición se señalaron todos los antecedentes de hecho y de derecho que permitían concluir la ausencia de un daño inminente, aquél fue rechazado. Señala que a la fecha de la inspección ambiental no existían antecedentes que permitieran justificar la existencia de un riesgo para el chungungo, y que éste no se acreditó fundadamente en la resolución recurrida. A mayor abundamiento, refiere una serie de antecedentes que descartan su configuración, a saber: i) El SIAM actualizado nunca realizó ni contempló una captación de agua de mar desde el intermareal rocoso, lugar de ubicación de la madriguera de chungungos, sino que dicho punto se ubicó a 50 metros de distancia y a 12 metros de profundidad, en el lecho arenoso del fondo marino; ii) Las bombas de captación cuentan con medidas de protección para evitar la succión de los chungungos y sus alimentos; y iii) La SMA tenía a su disposición todos los monitoreos del chungungo relativos a los años 2013 a 2015, donde constaba que no existía riesgo alguno para dicha especie. Además, señala que la referida información fue tenida a la vista por la SMA antes de dictar las medidas, y reiterada en el recurso de reposición.

Asimismo, la reclamante sostiene que las modificaciones al SIAM, aludidas por la SMA como riesgo, dicen relación exclusiva con el punto de captación y que en caso que la SMA sostuviera que dichas modificaciones pueden corresponder a una elusión del SEIA tampoco se cumple con el debido estándar de motivación. Además, señala que la potencia de succión de las tuberías del SIAM, como causa de riesgo, recién fue incorporada en el acto terminal, haciendo evidente la falta de motivación

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de la Resolución Exenta N° 714, y de consistencia de los argumentos de la resolución reclamada. Hace presente, asimismo, que la velocidad de succión no formó parte de las modificaciones del SIAM. En síntesis, la reclamante alega que la SMA, al rechazar el recurso de reposición, sin invocar argumentos de hecho y de derecho aceptables, incurrió en un vicio de ilegalidad, al no cumplir con la debida motivación exigida por la ley.

Por su parte, la reclamada hace presente que las medidas provisionales no tienen como requisito para su dictación "acreditar la inminencia de un daño ambiental", sino un "daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas". Señala "Que lo anterior, corresponde a hipótesis distintas, toda vez que el daño ambiental exige la prueba de la significancia, lo que no aplica para el caso de las medidas dictadas en el caso de autos. Es decir, el daño inminente dice relación con una hipótesis de riesgo y no requiere resultado lesivo, ni menos probar daño ambiental."

Agrega que, aun con el SIAM actualizado -lo que fue considerado al dictarse la Resolución Exenta N° 714- el riesgo se mantiene, atendido que éste se configura por la posibilidad de que al chungungo y las especies que le sirven de alimento sean succionadas desde el intermareal o el fondo marino. Señala que, adicionalmente, se añaden todos los riesgos que se generan con la construcción de dichas obras, que fueron distintas a las autorizadas. Afirma, también, que sólo tuvo conocimiento del estado de construcción del sistema de succión después de dictadas las medidas provisionales, puesto que una de ellas fue, precisamente, que se informara en detalle y con una Carta Gantt cuándo se finalizaría la construcción y qué obras quedaban pendientes.

iii) Proporcionalidad de las medidas

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

La reclamante señala que la Resolución Exenta N° 714 no abordó en sus partes considerativas ni resolutivas el requisito de la proporcionalidad y, por ende, no era posible determinar cómo las medidas adoptadas cumplieran con el requisito de proporcionalidad, por tanto, dichas medidas debían ser dejadas sin efecto. Señala que la proporcionalidad exigida por el legislador no se cumple por tratarse de medidas adecuadas, sino porque dentro del universo de dichas medidas, las adoptadas por la SMA son proporcionales a las infracciones que están siendo investigadas y a las circunstancias que resultan aplicables al caso concreto. Hace presente que la SMA debió justificar la elección de las medidas, cuestión que no aconteció en la especie. Que se debió determinar si la afectación que las medidas generan sobre la esfera de los derechos de los administrados es proporcional a la conducta reprochada y a las circunstancias específicas aplicables, debiendo escoger la menos lesiva dentro de aquellas medidas idóneas para el caso particular. Finalmente, señala que la fundamentación respecto de la proporcionalidad está basada en meras afirmaciones de la SMA que carecen de todo sustento fáctico y jurídico.

Por su parte, la SMA sostiene que la proporcionalidad de las medidas no se analiza con el mero hecho formal de que el texto de la resolución que las ordena haga referencia expresa al tipo de infracción y a las circunstancias del artículo 40, sino que dice relación con que éstas sean adecuadas para eliminar la hipótesis de daño inminente al medio ambiente. Agrega que al momento de efectuarse la fiscalización se encontró un proyecto de succión de agua marina distinto del autorizado, que generaba un riesgo para el chungungo, por lo que se decretó el sellado de tuberías y una serie de medidas correctivas y de monitoreo que no innovan, sino que sólo reiteran obligaciones que el titular debía cumplir, de acuerdo a su RCA, y que habían sido incumplidas.

iv) Urgencia de las medidas e hipótesis de riesgo

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000171
ciento setenta y siete

La reclamante alega que en la Resolución Exenta N° 714 no hay argumentación alguna que acredite la urgencia de la adopción de las medidas, en forma previa al procedimiento administrativo sancionatorio, como exige el inciso segundo del artículo 32 de la Ley N° 19.880, habiendo transcurrido más de 70 días desde la actividad de inspección, y considerando que la SMA contaba con todos los antecedentes del SIAM actualizado, así como con los monitoreos que permitían concluir la inexistencia de los riesgos invocados. Además, hace presente que la resolución reclamada no emitió pronunciamiento al respecto, adoleciendo de un vicio grave y esencial, por haber sido dictada en contravención a lo dispuesto en los artículos 8° y 41 de la Ley N° 19.880.

La reclamada señala que al momento de dictarse las medidas y también con posterioridad se encontraba acreditada la hipótesis de riesgo, dada por el daño inminente al chungungo, atendido que el titular construyó un sistema de succión de agua de mar distinto del autorizado, sin adoptar las medidas necesarias para el manejo de los impactos, ni siquiera aquellas ordenadas en la RCA. En efecto, sostiene que en virtud de los hechos constatados durante la inspección ambiental, lo indicado por SERNAPESCA en Ord. N° 154855 y el posterior análisis de información, se estimó que el SIAM construido en forma distinta a lo autorizado, y su eventual operación, generaba riesgo para la fauna del sector Punta de Madrid, especialmente al chungungo, cuyos ejemplares y madrigueras fueron avistados en las cercanías de las obras. Hace presente que ello se hacía más patente, al no tenerse conocimiento si la construcción del sistema se encontraba finalizada, y por la circunstancia de no haber entregado el titular el Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo, así como por el reconocimiento de la bióloga de la empresa, de que no se habían tomado medidas especiales en la época de reproducción de la especie.

Señala que dicho riesgo se genera en todos los casos, sea que la succión se realice en la intermareal o en el fondo marino,

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

teniendo presente que el titular, sólo meses después de haberse decretado las medidas provisionales, informó al SEA la modificación del sistema de succión, en relación a lo autorizado en la RCA. Agrega, que el hecho que en una de las Adendas se señalara que el sistema de captación de agua de mar evaluado tenía un carácter preliminar, no habilita al titular para cambiar a su voluntad lo autorizado, sin darle un manejo adecuado a los impactos, los que no fueron ponderados en la evaluación ambiental. Además, señala que en la Resolución Exenta N° 714 (considerando 11) sí se consideró el SIAM actualizado y los peligros que se podían producir.

b. La SMA debió dejar sin efecto la actividad de fiscalización ambiental de fecha 6 de octubre de 2015, toda vez que dicha fiscalización habría sido realizada en contravención a la ley

La reclamante alega que la SMA debió haber acogido su solicitud -de 16 de octubre de 2015- de dejar sin efecto la actividad de fiscalización ambiental efectuada el día 6 del mismo mes, y el requerimiento de información ahí realizado, puesto que la Resolución Exenta N° 714 se extinguió de pleno derecho el 22 de septiembre de 2015, al vencer el plazo legal de 15 días de vigencia de las medidas. Señala que la SMA no puede fiscalizar un acto administrativo que estuvo sometido a su competencia, pero que actualmente carece de efectos jurídicos, por haberse extinguido, en este caso, por caducidad. Hace presente que concuerda con la SMA en que el modo de extinción que operó fue la caducidad, pero que difiere de ella en cuanto a los efectos que ésta produce en las competencias del órgano fiscalizador. Sobre el particular, sostiene que no es posible fiscalizar un instrumento de gestión ambiental extinto, puesto que la SMA tiene supeditadas sus competencias a la existencia de un instrumento que produzca efectos jurídicos. De lo contrario -alega- la SMA podría fiscalizar proyectos que cuentan con RCA caducadas, revocadas o invalidadas, por haber estado vigentes durante un período.

La SMA, por su parte, señala que la postura del titular es inconsistente, toda vez que en sede administrativa solicitó la nulidad de las medidas, por el transcurso del tiempo, y en sede judicial adscribe a la tesis de la caducidad, pero atribuyéndole el efecto propio de la nulidad. Explica que cuando opera la caducidad de las medidas, como en este caso, se entiende que cumplido el plazo de 15 días éstas dejan de tener efecto, pero que ello no significa que durante el tiempo en que estuvieron vigentes no generaron obligaciones para el titular, cuyo cumplimiento es susceptible de ser fiscalizado.

c. La SMA debió omitir un pronunciamiento respecto del incumplimiento de la medida provisional de entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo, toda vez que el acto administrativo que ordenó dicha medida habría sido dictado en contravención a la ley

La reclamante, además, alega que la resolución recurrida, al declarar incumplida la medida de entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo, es ilegal y le causa agravio, puesto que las medidas provisionales adoptadas no cumplieron con los requisitos esenciales establecidos en los artículos 48 de la LOSMA y 32 de la Ley N° 19.880, debiendo haberse acogido el recurso de reposición, y anuladas las mismas. Agrega que atendido que la resolución reclamada fue dictada con vicios graves, corresponde anular el referido resuelvo, por cuanto no se puede determinar el incumplimiento de una medida provisional anulada.

Sobre el particular, la SMA sostiene que el recurso de reposición está correctamente rechazado, toda vez que el titular incumplió la medida ordenada por ella, la que, además, sólo reiteraba una exigencia comprometida en el considerando 7.1 de la RCA. Señala que el 22 de septiembre de 2015 la reclamante le hizo entrega de un informe denominado "*Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo*", el cual estaba incompleto, y que el 16 de octubre de 2015, al solicitar dejar

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

sin efecto la actividad de inspección ambiental, acompañó los documentos denominados "Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo, aspectos metodológicos del muestreo intermareal y submareal" y "Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo, metodología, comunidades planctónicas, intermareal, submareal (tuffys) e hidrografía". Sostiene que dicha información fue analizada por SERNAPESCA (Ord. N° 155344), concluyendo éste que no se apreciaba ni individualizaba Plan de Contingencia alguno y que tampoco se identificaba claramente qué medida de protección se aplicaría respecto de la referida especie. Agrega que lo anterior fue concordante con lo señalado por su División de Fiscalización, y que el encargado del Programa de Gestión Ambiental y de Gestión de Programas de Fiscalización de la Acuicultura del SERNAPESCA, había comunicado que el documento presentado por el titular no correspondía a un Plan, sino que más bien era un diseño de éste y/o una etapa de planificación.

d. La resolución impugnada sería ilegal al ordenar en el Resuelvo Tercero, remitir los antecedentes relativos al Sistema de Impulsión de Agua de Mar (SIAM), al SEA, para que evalúe íntegramente la modificación del proyecto

La reclamante, solicita la anulación del resuelvo tercero de la resolución impugnada, aunque no desarrolla argumentos relativos a la presunta ilegalidad consistente en la decisión de la SMA de remitir los antecedentes al SEA. A este respecto, el órgano fiscalizador señala que dicha remisión constituía una obligación para una adecuada ponderación y manejo de los impactos, en virtud de los principios preventivo y precautorio. Afirma que la consulta de pertinencia presentada por la reclamante, fue resuelta por el SEA sin tener a la vista el pronunciamiento de SERNAPESCA, el que era absolutamente necesario, atendido que los principales impactos de la construcción y operación de las obras dicen relación con el ecosistema marino. Afirma que para fundamentar aún más su decisión, intentó suplir esa omisión solicitando un

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

pronunciamiento a SERNAPESCA, el cual fue claro en señalar la posibilidad de afectación y generación de impactos al chungungo, al concluir que no se podía asegurar que el proyecto SIAM no causaría daño a la referida especie, ya que podría existir un riesgo hipotético cuando comenzara el funcionamiento del proyecto. Sostiene que es clara la incertidumbre respecto a la afectación que las nuevas obras ocasionarán al ecosistema del lugar, especialmente a dicha especie y que el SEA, de haber conocido dicho pronunciamiento, habría resuelto la consulta de pertinencia en forma distinta. En conclusión, sostiene que al ordenar la remisión de los antecedentes al SEA, tuvo en consideración la hipótesis de "riesgo hipotético", señalada por SERNAPESCA, bajo la lógica de un deber impuesto en virtud del principio precautorio.

En definitiva, la reclamante solicita al Tribunal, acoger la reclamación en todas sus partes, y declarar que se anulan los resueltos primero, segundo, tercero y cuarto de la Resolución Exenta N° 1147 de 2 de diciembre de 2015, por ser contraria a derecho y causarle agravios, con costas.

La reclamada, por su parte, solicita al Tribunal se rechace el reclamo de ilegalidad en todas sus partes, declarando que la Resolución Exenta N° 1147 de la SMA, es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con condena en costas.

III. De la continuación del procedimiento ante el Tribunal

El 3 de marzo de 2016 se efectuó la vista de la causa, en la que alegaron los abogados Sebastián Avilés Bezanilla, por la reclamante y Emanuel Ibarra Soto, por la reclamada. A fojas 151 se certificó que la causa quedó en estudio a contar de la referida fecha.

El 17 de junio de 2016 la causa quedó en estado de acuerdo, según consta en resolución que rola a fojas 152.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

CONSIDERANDO:

Primero. Que, el artículo 56 de la LOSMA, en su inciso primero, dispone que "los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental". Por su parte, el artículo 17 de la Ley N° 20.600, en su numeral 3), establece que los Tribunales Ambientales serán competentes para "conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente" y que "será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción". Además, el artículo 18 N° 3 de dicho cuerpo legal establece que en el caso del número 3 del artículo 17, podrán intervenir como partes "las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente".

Segundo. Que, el desarrollo de la parte considerativa de esta sentencia se estructura sobre la base de las dos controversias esenciales planteadas en autos, a saber:

- I. Vicios del procedimiento administrativo
 - a. Falta de acceso a determinadas actuaciones del procedimiento administrativo
 - b. Dilación y retardo en la resolución del recurso de reposición
- II. Ilegalidades de la Resolución Exenta N° 1147 de la SMA
 - a. Eventuales ilegalidades de la Resolución Exenta N° 714 en atención a la:
 - i) Vigencia de las medidas provisionales
 - ii) Falta de la debida motivación
 - iii) Proporcionalidad de las medidas provisionales

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

iv) Urgencia de las medidas provisionales y la configuración de la hipótesis de riesgo

b. Eventual ilegalidad de la actividad de fiscalización ambiental de fecha 6 de octubre de 2015

c. Eventual ilegalidad del pronunciamiento respecto del incumplimiento de la medida provisional de entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo

d. Eventual ilegalidad de la remisión al SEA de los antecedentes relativos al SIAM

I. Vicios del procedimiento administrativo

Tercero. Que, la reclamante denuncia la existencia de presuntos vicios del procedimiento administrativo, los que en su concepto, configurarían una "nulidad parcial" de la resolución. En primer lugar, la actora alega la afectación del debido proceso y del derecho a la defensa, al no haberse "notificado" ni "publicado" determinados actos de mero trámite del procedimiento, lo que acarrearía la nulidad del mismo. Señala que al no haber tenido conocimiento de dichos actos, se vio impedida de entregar a SERNAPESCA la información necesaria para que éste concluyera que el SIAM actualizado no ha causado daño y no representa, durante su funcionamiento, riesgo ni peligro para el chungungo. En segundo lugar, la reclamante alega la extemporaneidad y dilación en la resolución del recurso de reposición, al haber incumplido la SMA el plazo máximo de 30 días que tenía para ello, lo que constituyó un agravio, atendida la tardanza que implicó la suspensión de la tramitación de la concesión marítima requerida para operar el SIAM.

Cuarto. Que, respecto de la primera imputación, la SMA señala que el Servicio en ningún momento tenía la obligación de "hacer traslado previo de dichos antecedentes a la empresa, para poder emitir la resolución respectiva". Afirma asimismo que, en todo caso, al día siguiente de la notificación de la Resolución

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000184
ciento ochenta y
cuatro

Exenta N° 1147 a la reclamante, en virtud de la cual se resolvió el recurso de reposición, ésta tuvo en su poder toda la documentación que antes no se pudo publicar en el SNIFA por problemas técnicos, los que en definitiva fueron conocidos por ésta. En virtud de lo anterior, la empresa logró presentar su reclamo a tiempo, analizando la información que faltaba el día 2 de diciembre de 2015 en el expediente electrónico, y que fue entregada a la empresa al día siguiente, a saber, el día 3 de diciembre de 2015. Respecto de la segunda imputación, la SMA hace presente que tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa y la doctrina, están contestes en que, salvo disposición en contrario, los plazos para la Administración no son fatales, por lo que su incumplimiento no acarrea la nulidad del acto. Señala, finalmente que la única figura que la Corte Suprema ha creado para hacer frente a demoras injustificadas es el "decaimiento del procedimiento administrativo", que está lejos de configurarse en el presente caso.

a. Falta de acceso a determinadas actuaciones del procedimiento administrativo

Quinto. Que, para resolver la primera imputación de ilegalidad del procedimiento, a saber, la falta de acceso a determinadas actuaciones del procedimiento administrativo -que la reclamante asocia a la necesidad de "notificación" y "publicación" y, la reclamada, a la necesidad de conferir "traslado" respecto de estas actuaciones- con la consecuente vulneración de los artículos 17 y 18 inciso tercero de la Ley N° 19.880, habrá que tener presente que estos antecedentes fueron los siguientes: i) Informe de Fiscalización Ambiental de la SMA de 2015; ii) Ord. MZN N° 656/2015 de la SMA por el cual consulta a SERNAPESCA respecto de la existencia de riesgos producto del SIAM actualizado; iii) Ordinario MZN N° 657/2015 de la SMA por el cual consulta a SERNAPESCA acerca del contenido del Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo; iv) Ord. N° 155343/2015, de SERNAPESCA, en el que dicho Servicio señala que si bien el proyecto SIAM no se encuentra en

funcionamiento, el servicio no puede asegurar que éste no causará ningún daño a dicha especie, ya que puede existir un riesgo hipotético cuando comience el funcionamiento de dicho proyecto; y v) Ord. N° 155344/2015, de SERNAPESCA, por el cual informa que del análisis de la información recibida, no se aprecia o individualiza algún Plan de Contingencia; que tampoco se identifica claramente cuál es la medida de protección que se tomará respecto del chungungo; y que no se observa cómo se dará cumplimiento a lo señalado en la medida provisional.

Sexto. Que, la reclamante reconoce que los antecedentes que no se encontraban disponibles en el SNIFA, corresponden a "actos trámite". Analizados los documentos señalados, se constata que, efectivamente se trata de "acto de trámite", que al decir de la doctrina corresponden a *"todos aquellos que preceden al acto terminal o definitivo, los que se dictan antes de la terminación del procedimiento o instancia administrativa [...]"*. (GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español, El Acto y el Procedimiento Administrativos*, EUNSA, 1997, p. 407). Precisamente, entre este tipo de actos, se identifican los "informes", cuyo es el caso, particularmente, de los Ordinarios N° 155343 y 155344 de SERNAPESCA, respecto de los cuales, en concepto de la reclamante, estuvo imposibilitada de aportar argumentos e información que permitiera a aquél servicio *"pronunciarse correctamente respecto de la existencia de riesgos producto del SIAM actualizado [...]"*.

Séptimo. 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. Por su parte, el valor o mérito de un informe o documento evacuado por un servicio informante al servicio que está sustanciando el procedimiento administrativo, se encuentra regulado en el artículo 38 de la Ley N° 19.880, que señala que, salvo disposición expresa en contrario, estos informes serán facultativos y no vinculantes.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

De este modo, nada impide que el administrado ejerza los recursos administrativos o jurisdiccionales, según sea el caso, en contra del acto de término, en cuya dictación incidieron los informes o actuaciones de mero trámite.

Octavo. Que, la reclamante hace consistir el fundamento jurídico de su alegación en los artículos 17 y 18 inciso tercero de la Ley N° 19.880. Para determinar, si la SMA efectivamente infringió las normas en comento, será necesario revisar el tenor de las mismas. Al efecto, el artículo 17, dispone, en lo pertinente, que constituyen derechos de las personas: a) conocer en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente; y d) acceder a los actos administrativos y sus documentos en los términos previstos en la ley. Por su parte, el artículo 18 inciso 3, señala que el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones, las notificaciones y comunicaciones.

Noveno. Que, se constata que las normas señaladas establecen derechos básicos para los administrados y consecuentes 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. Lo anterior, por cierto, no excluye la obligación de una respuesta oportuna de la Administración, lo que se impone en virtud del principio de celeridad contemplado en el artículo 7° de la Ley N° 19.880, atendidas las circunstancias del caso concreto.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Décimo. 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 sólo 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.

Décimo primero. Que, en este contexto, analizando los antecedentes de autos, 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 en el expediente electrónico el día 2 de diciembre de 2015, al día siguiente, esto es, 3 de diciembre, como prueban la cadena de correos acompañados en autos por la SMA a fojas 87 y siguientes, y en virtud de los cuales se remitieron a los abogados de Pampa Camarones, los documentos en comento. Por ello, establecido como un hecho que 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.

b. Dilación y retardo en la resolución del recurso de reposición

Décimo segundo. Que, a este respecto la reclamante alega la extemporaneidad y dilación en la resolución del recurso de reposición, al haber incumplido la SMA, el plazo máximo de 30 días que tenía para ello. Conforme a los antecedentes del procedimiento administrativo agregado en autos, la reclamante dedujo un recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 714, con fecha 7 de septiembre de 2015. La SMA, resolvió el recurso de reposición mediante la Resolución Exenta N° 1147, con fecha 2 de diciembre de 2015. En este contexto, constituye un hecho no discutible que la resolución del recurso de reposición excedió el plazo de 30 días hábiles que establece el artículo 55 de la LOSMA.

Décimo tercero. Que, respecto de esta alegación, a juicio del Tribunal, debe tenerse presente, que la doctrina, así como la jurisprudencia administrativa y judicial, han establecido, con carácter uniforme, que salvo disposición en contrario, los plazos para la Administración no son fatales, por lo que su incumplimiento no acarrea la nulidad del acto. En efecto, la doctrina ha expresado que “[...] *la regla general es que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus obligaciones, aun cuando la ley los fije determinadamente [...]*”, y que “[...] *los actos de ejecución extemporánea de dichas obligaciones son válidos [...]*” CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª Edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 391-392). Por su parte, la Contraloría General de la República en reiterados dictámenes ha sostenido que los plazos para la Administración no tienen el carácter de fatales. Así, ha expresado que: “[...] *por regla general, la Administración puede cumplir válidamente sus actuaciones en una fecha posterior a la preestablecida, atendido que los plazos que la rigen no tienen el carácter de fatales, lo que debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en que puedan incurrir los causantes de tal retardo*” (Dictámenes N°s 34.291, 77.444 y 49.044, de 27 de mayo de 2011, 13 de diciembre de 2012 y 2 de agosto de 2013, respectivamente). Finalmente, la jurisprudencia judicial ha

000189
Ciento ochenta
y nueve

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

señalado que "[...] constituye un principio generalmente aceptado en el Derecho Administrativo, que el cumplimiento de los plazos fijados a la Administración para resolver solicitudes de los administrados, no tiene carácter fatal, por lo cual su mero transcurso no invalida la actuación administrativa extemporánea ni implica la aceptación del requerimiento del interesado, salvo que la ley le atribuya expresamente alguno de esos efectos [...]" (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6025-2004).

Décimo cuarto. Que, más aún, se debe tener presente, que precisamente, la falta de pronunciamiento de la Administración respecto de impugnaciones o revisiones de actos administrativos, ha sido regulada por la institución del denominado "silencio negativo", establecida en el artículo 65 de la Ley N° 19.880, que al efecto dispone que se entenderá "rechazada" una solicitud que no sea resuelta dentro de plazo, cuando la Administración deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos, cumplidos que sean, por cierto, los requisitos que la norma contempla.

Décimo quinto. Que, no obstante, haberse efectivamente excedido la SMA, en el plazo legal para pronunciarse sobre el recurso de reposición, en casi el doble del término, esta demora a juicio del Tribunal, en ningún caso tiene la entidad suficiente como para provocar lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema denomina el "decaimiento del procedimiento administrativo", no sólo porque de la revisión del expediente administrativo se constata la existencia de numerosas y permanentes actuaciones entre la interposición del recurso y su resolución, sino particularmente, porque el criterio jurisprudencial ha aplicado esta institución como una verdadera sanción para el caso de procedimientos sancionatorios en cuya resolución la Administración ha demorado, en promedio, más de 4 años (v.gr. Corte Suprema Rol N° 9078-2009; 2344-2010; 6538-2010; 6736-2012; 6745-2012). En razón de lo expuesto, esta alegación de ilegalidad también será desestimada.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL****II. Ilegalidades de la Resolución Exenta N° 1147 de la SMA**

Décimo sexto. Que, la reclamante alega que la resolución recurrida incurrió en diversas ilegalidades, a saber; i) la SMA debió haber acogido el recurso de reposición, dejando sin efecto las medidas provisionales, atendido que la Resolución Exenta N° 714 habría sido dictada en contravención a la ley; ii) la SMA debió haber dejado sin efecto la actividad de fiscalización ambiental de 6 de octubre de 2015; iii) la SMA debió omitir pronunciamiento respecto del incumplimiento de la medida provisional de entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo; y iv) el resuelvo tercero de la resolución impugnada sería ilegal al remitir los antecedentes relativos al SIAM al SEA para que evalúe íntegramente la modificación del proyecto.

a. Eventuales ilegalidades de la Resolución Exenta N° 714

Décimo séptimo. Que, la reclamante señala que el recurso de reposición debió haber sido acogido, dejándose sin efecto las medidas provisionales adoptadas por Resolución Exenta N° 714, atendido que la SMA incurrió en diversas ilegalidades relativas a la: a) vigencia de las medidas provisionales; b) falta de la debida motivación de los actos administrativos involucrados (Resoluciones Exentas N°s 714 y 1147); c) falta de proporcionalidad de las medidas provisionales; y d) falta de urgencia para su dictación, y de configuración de la hipótesis de riesgo.

i) Vigencia de las medidas provisionales

Décimo octavo. Que, la reclamante alega que la resolución recurrida, al rechazar el recurso de reposición, incurrió en ilegalidad toda vez que éste debió haber sido acogido, atendido que la Resolución Exenta N° 714 adoptó las medidas provisionales por un término de 30 días corridos, en circunstancias que -por su carácter pre-procedimental- y en

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000191
Cientos noventa
y uno

virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 19.880, en relación con el 48 de la LOSMA, debieron haber sido adoptadas por 15 días.

Décimo noveno. Que, además, señala que dicha ilegalidad le causó agravio, *"por no tener certeza de los plazos legalmente aplicables para dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en las medidas provisionales"* (fojas 54), máxime si su incumplimiento está tipificado como una infracción administrativa de carácter ambiental, en la letra 1) del artículo 35 de la LOSMA. Asimismo, hace presente que, no obstante haber invocado esta alegación en el recurso de reposición, la resolución reclamada no emitió pronunciamiento alguno al respecto, contraviniendo así lo dispuesto en los artículos 8° y 41 de la Ley N° 19.880, referidos a la motivación de los actos administrativos.

Vigésimo: Que, dicha alegación no ha sido controvertida por la reclamada, quien en su informe señala no desconocer *"el hecho de que la interpretación judicial actual sostiene que las medidas provisionales dictadas antes de la instrucción del procedimiento, quedan sin efecto si el mismo no se inicia dentro de un plazo de 15 días hábiles"*.

Vigésimo primero. Que, en efecto, cabe recordar que el artículo 48 de la LOSMA dispone, en lo pertinente: *"Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales: [...] Las medidas señaladas en el inciso anterior 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 y deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40. [...]"*. Por su parte, el artículo 32 de la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000192
ciento noventa y
dos

Ley N° 19.880 dispone en lo pertinente: "Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, las medidas a que se refiere el inciso anterior, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas. [...] Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a petición de parte, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta al momento de su adopción. En todo caso, las medidas de que trata este artículo, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente".

Vigésimo segundo. Que, en lo que se refiere específicamente a las medidas provisionales contempladas en el artículo 48 de la LOSMA, la doctrina sostiene como una de sus características, su vinculación a un procedimiento administrativo sancionador. En efecto, señala que éstas "deberán ser adoptadas siempre en relación con un procedimiento administrativo sancionador, sea de manera anterior a su iniciación o durante la tramitación del mismo", y que "en el primer caso, la SMA estará obligada a iniciar el procedimiento administrativo sancionador en un plazo de quince días y estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento (art. 32 inc. 2° LBPA)" (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2ª Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014, p. 500).

Vigésimo tercero. Que, debe tenerse presente que el Tribunal ya ha fallado que el plazo de vigencia de las medidas provisionales pre-procedimentales es de 15 días. En efecto, en resolución de 31 de julio de 2014, recaída en causa Rol S N° 7-2014, citada por la reclamante, ha señalado que la duración

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

máxima de una medida provisional solicitada con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, es de 15 días, y *"no podrá superar el plazo indicado para iniciar el procedimiento administrativo sancionador correspondiente"*, criterio mantenido en resolución de 22 de enero de 2016, que autorizó por el referido término, una medida provisional respecto del proyecto Relleno Sanitario Santa Marta (Rol S N° 25-2016).

Vigésimo cuarto. Que, atendido lo razonado en los considerandos precedentes, resulta 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, término en el cual debe darse inicio al procedimiento administrativo sancionador -mediante la formulación de cargos- pues de lo contrario, las medidas provisionales quedarán sin efecto. Que en este contexto, constituye 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.

Vigésimo quinto. Que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32 inciso tercero de la Ley N° 19.880, se constata que la ley regula como sanción específica, para el caso de las medidas provisionales pre-procedimentales que se hayan excedido del plazo legal, la caducidad de las mismas, al disponer: *" [...] las medidas a que se refiere el inciso anterior, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas"*.

Vigésimo sexto. Que, en caso que la adopción de la medida provisional pre-procedimental, por un plazo superior al legal, fuese considerada como un vicio sancionado con la declaración de nulidad del acto, debe tenerse presente que, conforme a la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000194
ciento noventa
& cuatro

teoría general de la nulidad de los actos administrativos, y en particular de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 19.880, para que un vicio de procedimiento determine la nulidad del acto, debe configurarse un vicio de trascendencia, y generar "perjuicio" al interesado.

Vigésimo séptimo. Que, en virtud de lo señalado en el considerando anterior, corresponde al Tribunal analizar la hipótesis de un agravio para la reclamante. Al respecto, cabe señalar que ésta hace residir dicho "agravio" en el hecho de *"no tener certeza de los plazos legalmente aplicables para dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en las medidas provisionales"*. En consecuencia, lo importante es dilucidar si efectivamente existió un agravio o perjuicio para la reclamante consistente en la falta de certeza respecto de los plazos aplicables para el cumplimiento de las obligaciones impuestas en las medidas provisionales.

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.

Vigésimo noveno. Que, una demostración que la reclamante no tenía dudas sobre los plazos de cumplimiento de las medidas decretadas, lo constituye el hecho que al vencimiento del plazo de 10 días hábiles para presentar el Plan de Protección Global del Chungungo, mediante presentación de fecha 14 de septiembre de 2015, solicitó a la SMA un aumento del plazo para presentar el Plan en comento y el "listado de obras del SIAM", el que le fue concedido por la SMA mediante Resolución Exenta N° 829, de la misma fecha.

Trigésimo. Que, en definitiva, 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 19.880. A este respecto, cabe tener presente que relevando la necesidad del agravio o perjuicio efectivo, como presupuesto de una nulidad, la doctrina ha establecido que: "[...] el apartamiento de la ley debe dar lugar a una injusticia, causar agravios reparables con la nulidad del acto viciado. Los tribunales no pueden declarar, por regla general, la nulidad por la nulidad, sino sólo cuando el acto irregular afecta particularmente a las partes o en general al

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000196
ciento noventa
y seis

orden público. [...] en cuanto a las partes se refiere, es condición indispensable de toda pretensión -la nulidad en este caso-, el interés que en ella debe tener el solicitante, en orden a serle necesaria la protección jurisdiccional para reparar los agravios que, como en el caso que nos preocupa, se han derivado del apartamiento de las reglas del procedimiento. Si tal desviación es intrascendente, porque no origina injusticias reparables con la nulidad del acto defectuoso, el tribunal deberá negar declararla por falta de legitimación del sujeto" (SALAS VIVALDI Julio, Estudios de Derecho Procesal, LexisNexis, 2006, p. 224).

Trigésimo primero. Que, en el mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado: "Que en la doctrina del derecho procesal, el denominado "principio de trascendencia" supone en célebres palabras de Couture, que "las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes'. Tal como apunta Alsina, la ineficacia que se sigue de la nulidad debe tener una finalidad práctica, no procediendo la nulidad por la nulidad misma". (Gorigoitía Abbott, Felipe, "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso" XL, Valparaíso, Chile, 2013, 1° Semestre, pág. 579)". (Considerando 10 Rol ingreso N° 16.706-2014).

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 reclamante y reclamada.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Trigésimo tercero. Que, por último, en este acápite de su libelo, la reclamante señala que la Resolución Exenta N° 1147, omitió pronunciarse sobre la ilegalidad de la duración de las medidas provisionales, infringiendo con ello los artículos 8° y 41 de la Ley N° 19.880.

Trigésimo cuarto. Que, revisada la Resolución Exenta N° 1147, impugnada en autos, se constata que no es efectiva la alegación de la reclamante en orden a que la resolución recurrida omitió pronunciarse sobre la ilegalidad de la duración de las medidas. En efecto, aquélla hace referencia a esta materia en sus considerandos 13° y 23°. En el primero, señala que la reclamante arguye que *"el plazo de las medidas provisionales, venció sin que se haya dado inicio al procedimiento sancionatorio en contra del titular"*, y que, en consecuencia, *"opera una condición resolutoria correspondiente a dar inicio al procedimiento o formular cargos en 15 días, por lo que la medida provisional ha quedado sin efecto, de pleno derecho"*. Por su parte, en el segundo, refiere que *"el recurrente alega la nulidad de la resolución que ordenó las medidas provisionales, señalando que tratándose de medidas provisionales pre procedimentales, la duración máxima de ellas es de 15 días corridos, según lo establece el artículo 32 de la Ley N° 19.880 en su inciso 2°, y se adoptan bajo la condición resolutoria de que si en dicho plazo no se formulan los respectivos cargos, éstas quedarán sin efecto"*. Asimismo, en el considerando 23.1, la resolución impugnada se hace cargo de la alegación, señalando que la resolución que ordena las medidas provisionales quedó sin efecto por no haberse formulado cargos dentro de plazo. De esta forma, la SMA en la resolución reclamada admite que el plazo de duración máxima de las medidas provisionales pre-procedimentales es de 15 días. En efecto, afirma que: *"es posible señalar que, sin perjuicio de que la resolución que ordena las medidas provisionales quedó sin efecto por no haberse formulado cargos dentro de plazo, ésta de todas maneras existió con todas sus consecuencias legales, mientras estuvo vigente"*.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Trigésimo quinto. Que, por consiguiente, a juicio del Tribunal, efectivamente hubo pronunciamiento de la SMA sobre esta alegación, por lo que no se aprecia vulneración a lo dispuesto en los artículos 8° y 41 de la Ley N° 19.880, relativo, este último a la fundamentación de los actos administrativos.

ii) Falta de la debida motivación

Trigésimo sexto. Que, además, la reclamante alega que la resolución recurrida -al haber rechazado sin argumentos aceptables el recurso de reposición- y la Resolución Exenta N° 714, carecen de la debida motivación, atendido que no se acreditó la existencia de un riesgo para el chungungo, habida consideración de una serie de antecedentes que descartarían su configuración. Respecto de esta alegación la reclamada sostiene que el riesgo fue acreditado y que se mantiene, aun con el SIAM actualizado, por la posibilidad de que el chungungo y las especies de las cuales se alimenta sean succionados, ya sea desde el intermareal rocoso o del fondo marino.

Trigésimo séptimo. Que, en sus considerandos 22 y 22.1, la resolución impugnada se refiere a la motivación de las medidas, haciendo presente la suficiencia de la misma, considerando que aquéllas tienen un carácter pre-procedimental. En efecto, señala en relación al fundamento que "*[...] basta con que sea adecuado a ese momento pre procedimental, atendido que aún no se ha dado inicio al procedimiento sancionatorio*". Concluye señalando que la motivación de las medidas provisionales, debe ser adecuada o suficiente para conocer las circunstancias que la Administración tuvo en consideración para apreciar la necesidad de las mismas, lo que se habría cumplido en este caso.

Trigésimo octavo. Que, en contra de lo que sostiene la reclamante, la SMA, en el considerando 19.1 de la resolución reclamada, afirma que "*el riesgo no tenía como causa exclusiva el que la aducción de agua de mar se realizaría desde una*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

tubería ubicada en el intermareal", sino que "se configuraba por las modificaciones que presentaba el proyecto, en relación a su RCA".

Trigésimo noveno. Que, el considerando 3.6.4 de la RCA N° 29/2012 establece que, teniendo en cuenta la escasez del recurso hídrico "se ha optado por usar agua de mar desde una captación en la zona costera de Punta Madrid, elevación mediante bombas de captación verticales de 110 kW cada una (una operando y otra de respaldo)". Además, dispone que una tubería de 6 pulgadas, construida en FRP de alta presión, llevará el agua hasta una piscina pulmón en la planta y que esta línea contará con dos bombas booster de 355 kW". Por su parte, en la Adenda 1 se señala que "el área de emplazamiento de la captación se ubica al pie de la bajada abrupta donde la cordillera de la costa [...] cae verticalmente al mar en forma de acantilado" y que el proyecto "considera la construcción de una piscina excavada con una cota de fondo marino a -2m NRS".

Cuadragésimo. Que, la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, de la modificación al SIAM del proyecto, fue posterior a la primera actividad de inspección ambiental y a la adopción de las medidas provisionales. En efecto, la consulta fue realizada el 2 de octubre de 2015 y la fiscalización fue llevada a cabo el 16 de junio de 2015. Que si bien, el SEA, en un primer momento, mediante Resolución Exenta N° 67, de 5 de noviembre de 2015, señaló que dicha modificación no debía ingresar obligatoriamente al SEIA, la reclamante no puede invocar esta respuesta para descartar el referido riesgo, más aún cuando el criterio fue modificado con posterioridad por dicho Servicio. En efecto, como consta en el SNIFA de la SMA, sistema de acceso público, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 y siguientes de la LOSMA, el SEA, una vez recibidos los antecedentes de la SMA, se pronunció mediante el Oficio Ordinario N° 160808, de 14 de junio de 2016 (<http://snifa.sma.gob.cl/v2/MedidaProvisional/Ficha/32>), en el sentido que "el proyecto "Modificación del Sistema de

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Impulsión de Agua de Mar (SIAM) del Proyecto Planta Cátodos Pampa Camarones", requiere ingresar obligatoriamente al SEIA, en atención a que tipifica en el supuesto del literal g).3) del artículo 2 del RSEIA, modificando sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto originalmente evaluado, en específico sobre los recursos hidrobiológicos del área de captación de agua de mar y en la componente avifauna debido al emplazamiento de la Línea de Transmisión Eléctrica". Por último, cabe tener presente que el Tribunal en sentencias dictadas en causas Roles R N° 33-2014 y R N° 51-2014, ha señalado consistentemente que la exigibilidad de las obligaciones de una RCA no puede ser modificada por una consulta de pertinencia, si ésta ha sido efectuada con posterioridad a la adopción -como en el caso de autos- de las medidas provisionales.

Cuadragésimo primero. Que, según se consigna en la Resolución Exenta N° 714, en la actividad de inspección ambiental llevada a cabo por la SMA, en conjunto con el SAG, SERNAPESCA y la Gobernación Marítima de Arica, el 16 de junio de 2015, se constató que se instalaron dos tuberías negras que bajaban desde cotas superiores hasta el intermareal, una balsa flotante y boyas, y que la piscina de acumulación de agua de mar no se había construido, todo lo cual constituye un SIAM diferente del autorizado en la respectiva RCA.

Cuadragésimo segundo. Que, en el considerando 11 de la resolución señalada precedentemente se describe el SIAM modificado, contrastándolo con el autorizado ambientalmente, y se concluye que, de los hechos constatados en la actividad de inspección ambiental y del examen de información realizado, "el proyecto en construcción presenta modificaciones respecto a las exigencias establecidas en los considerandos 3.6.4, de la RCA N° 29/2012 y en la Adenda 1 de la Declaración de Impacto Ambiental". Asimismo, en el considerando 13° de la misma resolución exenta, se señala que, en virtud de los hechos constatados durante la inspección ambiental y de lo informado

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

por el SERNAPESCA de Arica y Parinacota en el Ord. N° 154855/2015, el SIAM construido a la fecha, en forma distinta a la autorizada, y su eventual operación genera riesgos para la fauna cuyo hábitat se emplaza en la zona de Punta de Madrid, especialmente para el chungungo.

Cuadragésimo tercero. Que, a mayor abundamiento, la SMA al adoptar las medidas mediante la Resolución Exenta N° 714, tuvo en consideración el SIAM actualizado, según lo reconoce la propia reclamante en su libelo (fojas 58), el que le fue entregado por la propia empresa al ente fiscalizador el 2 de julio del mismo año.

Cuadragésimo cuarto. Que, siendo la construcción de un SIAM diferente del autorizado, el elemento que configuró el riesgo invocado por la SMA para adoptar las medidas, no reviste mayor incidencia ni puede ser considerado como un vicio de falta de motivación, el hecho que la resolución recurrida se refiera - en su considerando 22.1- a una circunstancia no tenida en cuenta en la Resolución Exenta N° 714, a saber, la potencia de succión de las tuberías del SIAM, pues lo esencial es que este último era diferente al previsto en la RCA correspondiente.

Cuadragésimo quinto. Que, a fin de aquilatar adecuadamente el estándar de motivación que puede exigirse a la SMA en la dictación de una medida provisional, resulta necesario recordar el pronunciamiento del Tribunal a propósito de la Reclamación Rol N° R 44-2014. En efecto, se señaló: *"Que, a pesar que la Ley N° 19.880, así como la LOSMA, no se pronuncian sobre el grado de certeza de los elementos de juicio necesarios para la adopción de una medida provisional, es posible afirmar que el estándar de motivación de las resoluciones exentas que decreten una determinada medida, que tenga por fin evitar un riesgo o daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, como dispone el artículo 48 de la LOSMA, no es el mismo que el de la resolución de término que impone alguna de las sanciones del artículo 38 del mismo cuerpo legal en un procedimiento*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

sancionatorio. De hecho, en dicho procedimiento administrativo, se contempla una serie de etapas regladas que permiten tanto a la Administración como al sujeto pasivo de éste, desplegar todos sus argumentos y ejercer todos sus derechos, garantizando de esta manera el principio de contradictoriedad. Este último, claramente se encuentra morigerado en el caso de las medidas provisionales en virtud del bien jurídico protegido -medio ambiente y/o salud de las personas- quedando siempre a salvo la vía impugnatoria, tanto en sede administrativa, como jurisdiccional" (Considerando quincuagésimo tercero).

Cuadragésimo sexto. Que, atendido lo anterior 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.

iii) Proporcionalidad de las medidas

Cuadragésimo séptimo. Que, la reclamante señala que la Resolución Exenta N° 714 no abordó en sus partes considerativas ni resolutivas el requisito de la proporcionalidad y, por ende, no era posible determinar cómo las medidas adoptadas cumplían con esta exigencia, por tanto, dichas medidas debían ser dejadas sin efecto. Señala que la proporcionalidad exigida por el legislador no se cumple sólo con tratarse de medidas adecuadas, sino porque dentro del universo de esas medidas, las adoptadas por la SMA son proporcionales a las infracciones que están siendo investigadas y a las circunstancias que resultan aplicables al caso concreto. Hace presente que la SMA

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

debió justificar la elección de las medidas, cuestión que no aconteció en la especie.

Cuadragésimo octavo. Que, para determinar si efectivamente las medidas provisionales dictadas por la SMA, cumplieron con el requisito de la proporcionalidad, el Tribunal tendrá presente lo dictaminado en sentencia dictada en la causa Rol R N° 44-2014. El Tribunal hizo presente en esa oportunidad que la exigencia de proporcionalidad está expresamente incluida en el inciso segundo del artículo 48 de la LOSMA, el que dispone que las medidas "[...] deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40". Lo anterior, difiere de la regulación que contempla el artículo 32 de la Ley N° 19.880, disposición legal que no la incluye explícitamente, no obstante lo cual se desprende de lo señalado en su inciso cuarto, el cual establece que "no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar un perjuicio de difícil o imposible reparación de los interesados" (Considerando octogésimo). Asimismo, hizo presente que si bien la doctrina no ha consensuado cuándo se aplica la proporcionalidad a las medidas provisionales, por la multiplicidad de sus fines, sí ha señalado que en algunos casos la proporción deberá estar en relación con la naturaleza y gravedad de las infracciones, mientras que en otros, en relación a los perjuicios que se pueden ocasionar al infractor o, también, a los objetivos que se pretenda alcanzar con las mismas (MARINA JALVES, Belén, *Medidas Provisionales en la Actividad Administrativa*, Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2007, p. 111). Además, señaló que, en términos generales, el principio de proporcionalidad exige: i) adoptar la medida más idónea; ii) un equilibrio entre la intervención concreta, el fin que se pretende alcanzar y la limitación del derecho que se deriva de dicha intervención; y iii) optar por la solución menos lesiva entre todas las posibles (Considerando octogésimo primero).

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Cuadragésimo noveno. Que, la resolución impugnada, en su considerando 21.1, se refiere a la proporcionalidad de las medidas a partir de los elementos adecuación y necesidad, señalando que ambos concurren en el presente caso, teniendo en consideración la existencia de un riesgo, debido a la construcción de un sistema distinto del autorizado. Asimismo, en el considerando 22.1 se analiza la proporcionalidad a partir de las exigencias del artículo 48 de la LOSMA, señalándose que la resolución que ordena las medidas provisionales debe ser proporcional a la probable infracción cometida y al riesgo ambiental que se trata de evitar, lo que se daría en el presente caso, *"ya que las medidas contenidas en ella, buscaban evitar o mitigar los riesgos que la actividad del titular genera para el medio ambiente, y es también proporcional a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que se aplicará en el eventual procedimiento sancionatorio del presente caso"*.

Quincuagésimo. Que, por su parte, aunque la Resolución Exenta N° 714 no hace referencia expresa a la proporcionalidad de las medidas, sí formula -en su resuelvo segundo- razonadas consideraciones acerca de los fundamentos de la adopción de cada una de las medidas provisionales que ordenó. En efecto, para la adopción de la medida de sellado de las tuberías, tuvo en cuenta que existían obras en construcción distintas a las autorizadas en la RCA, cuyos posibles impactos al ecosistema marino aledaño a esas obras se desconocen. Por su parte, para la adopción de las medidas de control y seguridad refiere que consideró la cercanía de las madrigueras de chungungos a obras construidas distintas de las autorizadas ambientalmente y cuyos impactos no habían sido informados, descritos o caracterizados ante la autoridad competente por parte del titular. Finalmente, para la adopción de la medida de realización de una *"campana de monitoreo del chungungo y del ecosistema aledaño"* y de un monitoreo de las comunidades planctónicas, menciona que tuvo en consideración el hecho que el titular se encontraba construyendo un SIAM distinto del autorizado y, también, que

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

el "Plan de Caracterización del Borde Costero" existente a la fecha resultaba insuficiente para esos fines.

Quincuagésimo primero. Que, en este contexto, como ya ha señalado el Tribunal "*[...] determinadas circunstancias pueden morigerar el principio de proporcionalidad en atención a los fines que motivan la imposición de una determinada medida provisional y al bien jurídico protegido que puede estar involucrado*" (Considerando octogésimo segundo, Rol R N° 44-2014). Lo anterior, así ha sido entendido por el Tribunal Supremo de España en la sentencia de 26 de mayo de 1989, al afirmar que "*[...] la alegada proporcionalidad tampoco se haya de dar entre la medida cautelar y la sanción que, en su día, procediera imponer, sino más bien en función de la idoneidad o adecuación de aquélla 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 [...]*".

Quincuagésimo segundo. Que, por tanto, analizando la Resolución Exenta N° 714, se constata que 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 efectuar monitoreos para evitar riesgos al chungungo y, finalmente, la necesidad de evaluar integralmente el nuevo SIAM, son las 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.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

iv) Urgencia de las medidas provisionales y configuración de la hipótesis de riesgo

Quincuagésimo tercero. Que, la reclamante alega que en la Resolución Exenta N° 714 no se acredita la urgencia de la adopción de las medidas provisionales pre-procedimentales, considerando que transcurrieron más de 70 días desde la actividad de inspección ambiental y el hecho que la SMA contaba con todos los antecedentes del SIAM actualizado, así como con los monitoreos que permitían descartar la existencia de un riesgo. Junto con ello, alega que la resolución impugnada no contiene pronunciamiento alguno sobre el particular, vulnerando de esta forma lo dispuesto en los artículos 8° y 41 de la Ley N° 19.880. Por su parte, la reclamada refiere una serie de antecedentes que justificarían que, al momento de dictarse las medidas y con posterioridad, se encontraba acreditada la hipótesis de riesgo.

Quincuagésimo cuarto. Que, debe tenerse en cuenta que la urgencia o sumariedad, en cuanto presupuesto o requisito de las medidas provisionales, está explícitamente contemplado en el artículo 32 de la Ley N° 19.880. En efecto, la norma, en el inciso segundo, al referirse a las medidas provisionales pre-procedimentales, señala expresamente que éstas se pueden adoptar "en los casos de urgencia".

Quincuagésimo quinto. Que, las medidas provisionales de competencia de la SMA comparten las características de las medidas provisionales generales, a saber, i) la urgencia y sumariedad que presiden su adopción; ii) la instrumentalidad, en cuanto responden a la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al procedimiento o la integralidad de los intereses implicados en el mismo; iii) la provisionalidad, tanto en relación al tiempo de las mismas como en el sentido más amplio de la función sustitutiva de la resolución definitiva; iv) la proporcionalidad e idoneidad, características que apuntan a la consistencia y equilibrio que

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

debe existir entre la medida, la finalidad de la misma, la eventual sanción que finalmente se imponga, y el tiempo de duración de la medida en cuanto tal; v) la motivación de la resolución mediante la cual se adopta; vi) la habilitación legal en el sentido que deben estar expresamente previstas; vii) su ejecutividad, esto es su aplicación inmediata; y viii) su alcance, en el sentido que tienen como límite, no causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes (entre otros, MARINA JALVES, Belén, *Medidas Provisionales en la Actividad Administrativa*, Ed. Lex Nova, Valladolid, España, 2007; PONS CANOVAS, Ferrán, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2001; ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. Dirección der Servicio Jurídico del Estado, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Aranzadi, 2° Ed., Tomo I, 2009).

Quincuagésimo sexto. Que, desde ya, es necesario hacer notar que, en cuanto a la finalidad de las mismas, las medidas provisionales que puede decretar la SMA no están en relación directa con "asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer", sino que están dirigidas a evitar un *daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas*. De hecho, el inciso primero del artículo 48 de la LOSMA señala "Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de **evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas**, podrá solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales: [...]" (destacado del Tribunal). Así las cosas, del artículo 48 de la LOSMA se desprende que la *urgencia* se encuentra indudablemente vinculada a la *inminencia*.

Quincuagésimo séptimo. Que, en este contexto, la SMA junto con establecer la existencia de riesgo para el chungungo al momento de efectuar la actividad de inspección ambiental de 16 de junio

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de 2015, también señaló que éste persistía al momento de adoptarse las medidas provisionales, el 25 de agosto de ese año, atendido que a esa fecha, la SMA ya tenía conocimiento del SIAM modificado y, por consiguiente, tuvo en consideración que éste operaría *"sin contar con las debidas medidas de protección y/o mitigación"*, conforme al considerando 14 de la Resolución Exenta N° 714.

Quincuagésimo octavo. Que, a juicio del Tribunal, no obsta a lo concluido precedentemente el hecho que el Informe de SERNAPESCA (Ord. N° 154855/2015), que la SMA tuvo a la vista para la adopción de las medidas, haya sido emitido antes de la presentación del SIAM autorizado al órgano fiscalizador, atendido que el riesgo no se configuró sólo a partir de lo concluido por dicho Servicio, sino, principalmente sobre la base del examen sistemático de toda la información disponible y de otros antecedentes, a saber: i) lo constatado en la actividad de inspección ambiental; ii) lo informado por el propio titular respecto de la actualización del SIAM; y iii) el no cumplimiento de otras obligaciones de la RCA 29/2012. Además, la reclamante reconoce en su libelo que las conclusiones de SERNAPESCA en el referido Ord. *"tienen como causa exclusiva que el punto de captación de agua de mar estaría ubicado en el intermareal"* (fojas 37), en circunstancias que, tanto la resolución impugnada, como la Resolución Exenta N° 714 señalan que el riesgo está dado por la construcción de un SIAM distinto del autorizado, y no por la ubicación del punto de aducción de agua de mar.

Quincuagésimo noveno. Que, a juicio del Tribunal, lo relevante es la oportunidad en que se adopten las medidas provisionales, por lo tanto, la urgencia o inminencia exigida por la ley, constituye un requisito que debe configurarse al momento de adoptarse la decisión con miras a dar protección al bien jurídico involucrado, a saber, evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Sexagésimo. Que, sin perjuicio de las medidas de resguardo previstas en el SIAM actualizado, la SMA, en el considerando 11 de la Resolución Exenta N° 714, configura el riesgo por: i) la construcción de un sistema distinto al autorizado; y ii) en el reconocimiento -por parte de la reclamante- de la no implementación de las medidas contempladas en el acápite denominado "Plan de Manejo" plasmado en el Plan de Caracterización del Borde Costero presentado ante el órgano fiscalizador el 15 de octubre de 2013, en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-017-2013, o de otras medidas tendientes a evitar cualquier tipo de impacto al chungungo, que pudiese haber sido adoptada en la cota cero, en la porción de agua o en el fondo del mar.

Sexagésimo primero. Que, en definitiva, en concepto del Tribunal, la resolución impugnada sí 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.

b. Eventual ilegalidad de la actividad de fiscalización ambiental de fecha 6 de octubre de 2015

Sexagésimo segundo. Que, la reclamante señala que la SMA debió haber acogido su solicitud de dejar sin efecto la "actividad de fiscalización ambiental" efectuada el 6 de octubre de 2015, y el requerimiento de información ahí realizado, puesto que la Resolución Exenta N° 714 se extinguió de pleno derecho el 22 de septiembre de 2015, al vencer el plazo legal de 15 días de vigencia de las medidas. Señala que la SMA no puede fiscalizar

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

un acto administrativo que estuvo sometido a su competencia, pero que carecía de efectos jurídicos al momento de la inspección ambiental, por haberse extinguido, en este caso, por caducidad. Hace presente que concuerda con la SMA en que el modo de extinción que operó fue la caducidad, pero que difiere de ella en cuanto a los efectos que ésta produce sobre las competencias del órgano fiscalizador. Sobre el particular, sostiene que no es posible fiscalizar un instrumento de gestión ambiental extinto, puesto que la SMA tiene supeditadas sus competencias a la existencia de un instrumento que produzca efectos jurídicos. De lo contrario -sostiene- la SMA podría fiscalizar proyectos que cuentan con RCA caducadas, revocadas o invalidadas, por haber estado vigentes durante un período.

Sexagésimo tercero. Que, por su parte, la SMA señala que la postura del titular es inconsistente, toda vez que en sede administrativa solicitó la nulidad de las medidas, por el transcurso del tiempo, y en sede judicial adscribe a la tesis de la caducidad, pero atribuyéndole el efecto propio de la nulidad. Explica que, cuando opera la caducidad de las medidas, como en este caso, se entiende que cumplido el plazo de 15 días, éstas dejan de tener efecto, pero ello no significa que durante el tiempo en que estuvieron vigentes no generaron obligaciones para el titular, cuyo cumplimiento es susceptible de ser fiscalizado.

Sexagésimo cuarto. Que, a juicio del Tribunal, la extensión del plazo de las medidas provisionales pre-procedimentales contenidas en la Resolución Exenta N° 714, más allá de los 15 días legalmente contemplados, no constituye un vicio y por lo mismo no se encuentra sancionado con la nulidad. Lo que ocurre en ese caso, es que se hace efectiva la ineficacia o caducidad dispuesta en el artículo 32 inciso tercero de la Ley N° 19.880, según el cual: "[...], las medidas a que se refiere el inciso anterior, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas". Como puede

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

apreciarse, esta forma de extinción anormal de un acto administrativo, no implica vicio ni ilegalidad alguna del acto administrativo, "[...] simplemente ha ocurrido una circunstancia de hecho a la que el ordenamiento jurídico le atribuye como efecto la extinción del acto" (BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, LegalPublishing, Santiago, Chile, 2014, p. 173).

Sexagésimo quinto. Que, por consiguiente, aun cuando haya operado la caducidad de una medida provisional, ello no significa que durante el tiempo en que estuvo vigente no haya generado obligaciones para el destinatario de la misma, cuyo cumplimiento fuera susceptible de ser fiscalizado, pues la caducidad no tiene efectos *ex tunc*. Por tratarse la caducidad de un instituto formal o adjetivo, que en el caso de autos, implica la pérdida de vigencia de las medidas provisionales, lo anterior "no supone la nulidad de todos sus efectos materiales". (DE DIEGO DIEZ L. Alfredo, *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, Bosch, 2009, p. 283). En el mismo sentido, se ha pronunciado la doctrina administrativa nacional, al expresar que "[...] la caducidad opera sobre un acto regular y válido; [...] la caducidad actúa hacia lo futuro, manteniendo los efectos causados con anterioridad a su entrada en vigor". (CALDERA DELGADO, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Parlamento Ltda., 2001, p. 138).

Sexagésimo sexto. Que, por su parte, es preciso recordar que uno de los objetivos de la SMA es precisamente la fiscalización de las RCA (artículo 2 de la LOSMA) y que el artículo 3 letra a) de la LOSMA, señala entre sus funciones y atribuciones: "Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen, de conformidad a lo establecido en esta ley". Adicionalmente, en el mismo artículo 3, letra o), se menciona la función relativa

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

a "imponer sanciones de conformidad a lo señalado en la presente ley", lo que debe relacionarse en este caso con lo dispuesto en el artículo 35 letra 1) de la misma ley, donde se prescribe que "Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: 1) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas provisionales previstas en el artículo 48".

Sexagésimo séptimo. Que, aclarado que la caducidad no tiene efectos retroactivos y que, por su parte, la fiscalización ambiental es un objetivo y una función principal de la SMA, no es posible vincular ambas instituciones afirmando que se tornaría ilegal la fiscalización de las obligaciones válidamente originadas antes de operar la caducidad. En otras palabras, se podrá producir la caducidad de la medida provisional, pero no de las obligaciones derivadas de la misma. Por tanto, a juicio del Tribunal, la caducidad no afecta las facultades de fiscalización de la SMA, por cuanto, en el caso de autos, aun cuando las medidas provisionales hayan caducado por el solo ministerio de la ley, no ocurre lo mismo respecto de las obligaciones nacidas en el período de vigencia legal de las mismas.

Sexagésimo octavo. Que, la reclamante afirma que aceptar la fiscalización de una medida provisional que ha caducado, supondría que la SMA podría, asimismo, fiscalizar una RCA caduca o inválida, lo que, en su concepto, constituiría un "absurdo". A este respecto, es necesario hacer presente que la potestad de fiscalización, por su naturaleza, procederá existiendo un presupuesto de hecho que la legitime. Por lo mismo, existiendo obligaciones válidamente originadas, la fiscalización de las mismas no ha perdido objeto una vez transcurrido el plazo de vigencia de la medida respectiva. Lo contrario exigiría a la SMA fiscalizar esas obligaciones solo durante el plazo de vigencia de la medida provisional, lo que no parece razonable. Adicionalmente, resulta evidente que

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

ambas caducidades no son asimilables en sus efectos por ser de distinta naturaleza. La caducidad de la RCA constituye una sanción por el no ejercicio de derechos, mientras que la caducidad de las medidas provisionales consiste en su pérdida de eficacia ante la inacción de la Administración en un determinado plazo.

c. Eventual ilegalidad del pronunciamiento respecto del incumplimiento de la medida provisional de entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo

Sexagésimo noveno. Que, la reclamante señala que la resolución recurrida, al declarar incumplida la medida de entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo, es ilegal y le causa agravio, puesto que las medidas provisionales adoptadas no cumplieron con los requisitos esenciales establecidos en los artículos 48 de la LOSMA y 32 de la Ley N° 19.880, debiendo haberse acogido el recurso de reposición, y anuladas las mismas. Sobre el particular, la SMA sostiene que el recurso de reposición está correctamente rechazado, toda vez que el titular incumplió la medida ordenada por ella, la que, además, sólo reiteraba una exigencia comprometida en el considerando 7.1 de la RCA. Señala que el 22 de septiembre de 2015 la reclamante le hizo entrega de un informe denominado "*Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo*", el cual estaba incompleto, y que el 16 de octubre de 2015, al solicitar dejar sin efecto la actividad de inspección ambiental, acompañó los documentos denominados "*Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo, aspectos metodológicos del muestreo intermareal y submareal*" y "*Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo, metodología, comunidades planctónicas, intermareal, submareal (tuffys) e hidrografía*". Sostiene que dicha información fue analizada por SERNAPESCA (Ord. N° 155344), concluyendo éste que no se apreciaba ni singularizaba Plan de Contingencia alguno y que tampoco se identificaba claramente qué medida de protección se aplicaría respecto de la referida especie. Agrega que lo anterior fue

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

concordante con lo señalado por su División de Fiscalización, y que el encargado del Programa de Gestión Ambiental y de Gestión de Programas de Fiscalización de la Acuicultura del SERNAPESCA, había comunicado que el documento presentado por el titular no correspondía a un Plan, sino que más bien era un diseño de éste y/o una etapa de planificación.

Septuagésimo. Que, constituye un hecho no controvertido que conforme a la RCA N° 29/2012, considerando 7.1, la empresa Pampa Camarones S.A., estaba obligada a entregar un Plan de Protección Global para la especie Chungungo y de su ecosistema, plan que de conformidad a lo informado por SERNAPESCA mediante Ordinario N° 154869, no fue entregado a la autoridad competente.

Septuagésimo primero. Que, como se constata del análisis de este acápite de la reclamación, Pampa Camarones S.A. no cuestiona ni controvierte que la obligación de entrega del Plan en comento que pesaba sobre ella, se encontraba incumplida. Que tampoco controvierte, lo establecido por la SMA en la Resolución Exenta N° 1147/2015, en orden a que los antecedentes entregados por la empresa con fechas 22 de septiembre y 16 de octubre de 2015, *"no corresponde a un plan propiamente tal, sino que más bien a un diseño de éste"*. En efecto, como señalaron los servicios, del análisis de la información recibida, no se aprecia o singulariza algún Plan de Contingencia; no se identifica cuál es la medida de protección para el chungungo; y que en definitiva, el plan no cumple con los requisitos exigidos en la RCA del proyecto.

Septuagésimo segundo. Que, la reclamante, ampara su alegación de ilegalidad del resuelvo cuarto de la Resolución Exenta N° 1147/2015, en que las medidas provisionales ordenadas mediante la Resolución Exenta N° 714, no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 48 de la LOSMA y artículo 32 de la Ley N° 19.880.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Septuagésimo tercero. Que, al respecto, deberá tenerse en cuenta que -sin perjuicio que las medidas provisionales caducaron después de los 15 días de decretadas-, estas fueron legalmente dictadas. Por ello, la caducidad pone término a la vigencia de las medidas, pero no determina la ilegalidad ni falta de validez de todos los efectos jurídicos producidos en el transcurso del plazo de 15 días.

Septuagésimo cuarto. Que, la medida provisional contenida en la Resolución Exenta N° 714/2015, consistía en la entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo, en el plazo de 10 días hábiles desde la notificación de la Resolución en comento.

Septuagésimo quinto. Que, constituye un hecho no controvertido que Pampa Camarones, no entregó el Plan Global de Monitoreo ya señalado, dentro del término de 10 días fijado en la Resolución Exenta N° 714/2015. Que precisamente, la reclamante, mediante presentación de fecha 14 de septiembre de 2015 (fojas 273 expediente administrativo), solicitó a la SMA un aumento del plazo para presentar "listado de obras del SIAM y el Plan de Protección Global del Chungungo", lo que constituye, no sólo un reconocimiento expreso del incumplimiento de la obligación, sino particularmente de la validez de la medida provisional decretada.

Septuagésimo sexto. Que, lo anterior revela una falta de congruencia entre lo reclamado ante la Administración y los fundamentos de la presente reclamación judicial, lo que implica una infracción del principio "*venire contra factum proprium non valet*", o doctrina de los actos propios que proclama la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos, que como bien se sabe, constituye un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, como expresión de la buena fe. Como ha dicho la doctrina, en virtud del principio en comento, el sujeto "*debe mantener un estándar de coherencia con su comportamiento (...) no puede hacer valer unas pretensiones que resulten contrarias*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

al sentido objetivo de su comportamiento anterior" (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción, Teoría del Contrato*, Editorial Civitas, 2009, p. 63)

Septuagésimo séptimo. Que, en este contexto, habiendo sido dictadas legalmente las medidas provisionales, las que surtieron plenos efectos en los 15 días hábiles previos a su caducidad, y habiendo sido acreditado que la reclamante incumplió la obligación derivada de la medida provisional relativa a la entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo, medida, que como bien señala la SMA, efectivamente no fue una exigencia innovativa, sino una mera confirmación de una exigencia contenida en la RCA N° 29/2012, este Tribunal desestimaré la alegación de ilegalidad.

d. Eventual ilegalidad de la remisión al SEA de los antecedentes relativos al SIAM

Septuagésimo octavo. Que, en el petitorio de la reclamación se solicita anular el resuelvo tercero de la resolución recurrida -que ordenó remitir al SEA los antecedentes relativos al SIAM, para que evalúe íntegramente la modificación del proyecto- no obstante lo cual, el libelo no fundamenta los motivos de esta alegación. Por su parte, la SMA, en su informe, sostiene que dicha decisión constituía una verdadera obligación para una adecuada ponderación y manejo de los impactos, en virtud de los principios preventivo y precautorio, considerando la hipótesis de riesgo, que se generaría con la operación del nuevo SIAM. Agrega que la consulta de pertinencia, efectuada en octubre de 2015, fue resuelta por el SEA sin tener a la vista la opinión de SERNAPESCA, que era necesaria, atendidos los impactos relacionados con el ecosistema marino.

Septuagésimo noveno. Que, de acuerdo a lo informado por la Directora Regional de SERNAPESCA de Arica y Parinacota, mediante Ord. N° 155343, de 25 de noviembre de 2015, el proyecto

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

000217
Asiento decisivo

SIAM no se encontraba en funcionamiento, sin embargo dicho Servicio "no puede asegurar que el proyecto SIAM no causará ningún daño a *L. felina*, ya que puede existir un riesgo hipotético cuando comience el funcionamiento de dicho proyecto, debido a que el chungungo utiliza la columna de agua para desplazarse y cazar su alimento".

Octogésimo. Que, la posibilidad de un "riesgo hipotético" para el chungungo, al que se refiere el SERNAPESCA, constituye una justificación suficiente para invocar -en su concepto- el "principio precautorio" y, en virtud de él, remitir los antecedentes del SIAM actualizado al SEA, para que se pronuncie sobre la obligación de ingreso al SEIA, de manera que se evalúen los impactos que éste puede producir.

Octogésimo primero. Que, a la luz de los antecedentes tenidos a la vista, resulta claro que el SIAM fiscalizado no era el contemplado en la evaluación ambiental original del Proyecto, por lo cual, resulta razonable -en concepto del Tribunal- a la luz del **principio preventivo**, no del precautorio, que la SMA derivara los antecedentes al SEA, a fin de que se evaluara íntegramente la modificación del proyecto. Lo anterior, no solo era razonable, sino posible a la luz de las "potestades inherentes e implícitas" derivadas del artículo 3 letra j) de la LOSMA con la finalidad de proteger el medio ambiente. Por ello, no puede haber reproche de ilegalidad respecto de una actuación de la SMA que por sí misma no implica gravamen ni sanción alguna al titular, máxime, si en definitiva, la eventual evaluación ambiental integral del proyecto, dependerá de la opinión fundada del servicio público competente, a saber, el SEA, conforme al mérito de los antecedentes. En razón, de lo anterior, se desestimará este capítulo de la reclamación.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 17 N° 3, 18 N° 3 y 29, de la Ley N° 20.600; 48 y 56 de la LOSMA; 13, 15, 17, 18, 19, 32, 38, 41 y 48 de la Ley N° 19.880; y demás disposiciones pertinentes,

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

SE RESUELVE:

1.- 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, conforme a lo señalado en los considerandos precedentes de esta sentencia.

2.- No condenar en costas a la reclamante por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 88-2015.



Pronunciada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidente, Ministro señor Rafael Asenjo Zegers, y por los Ministros señor Sebastián Valdés De Ferari y señora Ximena Insunza Corvalán.

Redactó la sentencia la Sra. Ximena Insunza Corvalán.

En Santiago a veintisiete de julio de dos mil dieciséis, autoriza el Secretario del Tribunal, señor Rubén Saavedra Fernández, notificando por el estado diario la resolución precedente.

