

Santiago, veinticuatro de abril de dos mil diecisiete.

Vistos:

En estos autos Rol N° 61.291-2016 seguidos ante el Segundo Tribunal Ambiental, por sentencia de veintisiete de julio de dos mil dieciséis, escrita a fojas 165, se rechazó en todas sus partes la reclamación deducida por la empresa Pampa Camarones S.A., en contra de la Resolución Exenta N° 1147, de 1 de diciembre de 2015 que: i) rechazó el recurso de reposición interpuesto 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"; ii) rechazó la solicitud de la reclamante de dejar sin efecto la actividad de inspección ambiental de 6 de octubre de 2015; iii) alzó definitivamente la medida provisional de sellado de tuberías ordenado por la Resolución Exenta N°714 ya citada y ordenó remitir los antecedentes relativos al Sistema de Impulsión de Agua de Mar (en adelante SIAM) al Servicio de Evaluación Ambiental; iv) determinó que el titular no había cumplido la medida provisional de entrega de un Plan Global de Monitoreo y Protección del Chungungo, dispuesta también en la misma resolución y v) tuvo por cumplidas las demás medidas provisionales informadas por la reclamante el día 22 de septiembre de 2015.



En contra de dicha sentencia la empresa Pampa Camarones S.A. interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma.

Primero: Que el recurrente sostiene que la sentencia impugnada incurre en la causal de nulidad formal del artículo 26 inciso 4° de la Ley N°20.600, esto es, haber sido pronunciada con infracción de normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, motivo que funda en que en la resolución N°714, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante SMA), junto con adoptar medidas provisionales pre procedimentales, ordenó hacer entrega de un reporte informando el cumplimiento de ellas en el plazo de 30 días contados desde su notificación.

Al respecto, la empresa sostuvo en su reclamación que las medidas tienen una duración máxima de 15 días según lo dispone el artículo 32 de la Ley N°19.880, razón por la cual se vulnera esta norma legal al ordenarle que informe dentro de un plazo que excede dicho término, trayendo consigo una falta de certeza jurídica y la indefensión, en tanto el incumplimiento de medidas puede generar un procedimiento administrativo en su contra, sin que consten cuáles son los plazos precisos y claros para dar



cumplimiento a las obligaciones contenidas en la resolución reclamada.

Al respecto, afirma que el fallo impugnado resuelve que no se evidencia el perjuicio por el vicio de procedimiento, pero, en concepto del recurrente, la sola lectura del resuelvo primero de la Resolución Exenta N°714 evidencia que la entrega del reporte es en un plazo que excede los 15 días. Tal decisión administrativa, analizada a la luz de las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, permite establecer que se genera para su destinatario una falta de certeza en el plazo de cumplimiento de la obligación y, por consiguiente, un perjuicio que debió darse por establecido.

Segundo: Que, sobre el particular es menester señalar que la norma del artículo 26 de la Ley N° 20.600 exige, para tener por configurada la causal de nulidad formal en ella contenida, que haya existido una *"infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica"*. De lo anterior, se colige que para estar en presencia de dicho motivo de casación la apreciación de los sentenciadores debe ser de tales características que implique necesariamente ir de manera abierta en contra de los parámetros que proporcionan las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.



La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, a la actividad encaminada a considerar los medios probatorios tanto aisladamente como mediante una valoración de conjunto para extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que estos sucedieron. En la consideración de ambos aspectos corresponde tener presente las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, siendo variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos.

La explicitación en la aplicación de estos parámetros de la sana crítica permite el examen de las partes y los ciudadanos en general, así como el control que eventualmente pudieran llegar a efectuar los tribunales superiores a través del sistema recursivo que el procedimiento contemple. Por lo mismo, la inobservancia o transgresión de aquéllos puede dar origen a la interposición de los recursos que prevé el legislador y torna controlable el fallo mediante el recurso de casación, puesto que al no cumplir con las reglas de la sana crítica se vulnera la ley.

Tercero: Que el método de razonamiento desarrollado en la consideración anterior sólo es abordable por la vía de



casación en el evento de que en su ejercicio no haya sido factible el proceso deductivo que dicho raciocinio entraña, nada de lo cual ha sido esgrimido por el recurso en estudio. Es así como una primera falencia puede observarse en el hecho de que no se explicita cuál habría sido la prueba específica en cuya valoración se infringieron los antedichos parámetros, puesto que el contenido de la impugnación formal sólo se dirige a reprochar el alcance temporal que tanto el órgano administrativo como los sentenciadores atribuyeron a la obligación de informar el cumplimiento de las medidas provisionales pre procedimentales decretadas, sin reconducir su impugnación a los medios probatorios rendidos.

Por otro lado, si quisiera plantearse que la probanza erradamente ponderada es la documental, consistente en el instrumento que contiene el texto de la Resolución Exenta N°714, tampoco indica el recurrente la forma en que el razonamiento de los sentenciadores ha desatendido las normas científicas, simplemente lógicas o de la experiencia que la sana crítica ordena respetar. En este orden de ideas, su planteamiento más bien traduce una discrepancia con el plazo impuesto por la autoridad administrativa para el cumplimiento de la obligación de informar sobre la ejecución de las medidas provisionales y la interpretación que debe darse al artículo 32 de la Ley N°19.880, materias que resultan propias de un análisis de fondo y, por tanto,



no son susceptibles de ser analizadas por la vía de la nulidad formal.

Cuarto: Que, en consecuencia, los argumentos que sustentan el motivo de casación en la forma no constituyen la causal invocada, de manera que el recurso no podrá prosperar en esta parte y deberá ser rechazado.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo.

Quinto: Que el primer capítulo de nulidad sustancial denuncia la infracción del artículo 48 de la Ley N°20.600 en relación a los artículos 11 y 41 de la Ley N°19.880, motivo que funda la actora en una falta de debida fundamentación o motivación que permita sostener la inminencia del daño como sustento para la adopción de medidas provisionales pre procedimentales.

Explica que la adopción de este tipo de cautelas siempre deberá venir precedida de un riesgo inminente de daño al medio ambiente que, en este caso, según la Resolución Exenta N°714 estaría dado por el hecho de haber modificado el SIAM o de estar construyendo un SIAM distinto al aprobado. Sin embargo, asevera la recurrente que para poder entender que el acto administrativo contenía fundamentación era necesario establecer si esas modificaciones generan o no un riesgo de daño adicional. En este sentido, el peligro no puede ser apreciado en abstracto por la sola construcción de un SIAM distinto,



sino que debe analizarse en concreto, con antecedentes ciertos de que ella genera daños.

Aclara que la Resolución de Calificación Ambiental autorizó como punto de captación una piscina excavada en el mar y el SIAM actualizado sólo modificó ese origen, a uno ubicado a 50 metros de distancia y 12 metros de profundidad, sin otros cambios, razón por la cual el señalado análisis de riesgo de daño se debió realizar comparando la obra autorizada con la efectivamente construida y nada de eso ocurrió en esta causa, ya que no se aportó dato técnico alguno que dé cuenta de la inminencia del perjuicio, solamente se cuenta con un informe de Sernapesca que no se confecciona sobre la base de todos los antecedentes disponibles, de manera que la afirmación de inminencia de un daño carece de asidero y de ello deriva que no se dan los presupuestos del artículo 48 de la Ley N°20.600 para la adopción de medidas provisionales.

Sexto: Que, a continuación, se reprocha la transgresión del artículo 48 en relación al 40, ambos de la Ley N°20.600, al dispensar la aplicación del presupuesto de proporcionalidad asociado al tipo de infracción y las circunstancias específicas aplicables.

Explica el recurrente que las medidas provisionales pre procedimentales que se adopten deben ser siempre proporcionales y adecuadas a la finalidad de proteger el



medio ambiente. Sin embargo, en este caso, la SMA no sustenta las medidas en el tipo de infracción ni en las circunstancias del artículo 40, instaurando un criterio no establecido en la norma para salvar la configuración de la proporcionalidad, como es aludir a una finalidad pública perseguida. En este sentido, la sentencia restringe el análisis de la proporcionalidad a una mera consideración de necesidad e idoneidad, en circunstancias que la norma exige que las medidas sean las menos lesivas y adecuadas a las infracciones, características que no se cumplen en este caso.

Séptimo: Que, en un tercer capítulo, da por vulnerado el artículo 48 de la Ley N°20.600 en relación a los artículos 32 de la Ley N°19.880, 19 y 22 del Código Civil, toda vez que la ley exige en este caso que se acredite la existencia de un daño, además de antecedentes técnicos que den cuenta de su materialización en un plazo breve, circunstancia que motiva que las medidas se adopten dentro de 15 días.

Reitera que no existió de parte de la SMA motivación en relación a la urgencia para decretar las medidas provisionales, puesto que no se hizo ninguna ponderación adicional al supuesto riesgo y no se analizó la probabilidad de ocurrencia en un breve plazo. En efecto, explica que desde junio 2015, fecha de la fiscalización, no se ha comprobado afectación alguna sobre el chungungo,



permitiendo descartar la urgencia por haber transcurrido más de 70 días contados desde la inspección y la SMA contaba con todos los antecedentes del SIAM actualizado, junto con monitoreos que concluían la inexistencia del riesgo, comprobándose con posterioridad la convivencia armónica entre el SIAM actualizado y la especie.

Octavo: Que, finalmente, se da por infringido el artículo 18 inciso tercero en relación con el 17 letra f), ambos de la Ley N°19.880, reproche que se funda en que la SMA instruye el procedimiento administrativo omitiendo publicar y agregar al expediente el Ordinario N°343 del Sernapesca, comunicación en la cual este último órgano sostuvo que la tubería no causa actualmente ningún daño. Además, afirma que tampoco tuvo acceso a una serie de comunicaciones entre la SMA y el Sernapesca que resultan relevantes en tanto fundaron la afirmación de existencia de un riesgo inminente de daño sobre el chungungo.

Explica que se trata de informes evacuados en el marco de un procedimiento administrativo, razón por la cual no es efectivo lo consignado en el motivo noveno del fallo recurrido en el sentido de no existir un plazo perentorio para cumplir con la obligación de constancia de los documentos en un expediente. En este caso, las comunicaciones fueron emitidas los días 19 y 25 de noviembre del año 2015, siendo publicadas el día 3 de



diciembre del mismo año, esto es, cuando ya se había dictado el acto terminal del procedimiento.

Estima que tampoco resulta atingente que se afirme por los sentenciadores que no hubo perjuicio en tanto accedió a los antecedentes después, toda vez que la situación descrita vulneró su derecho a aportar documentos y formular alegaciones que permitieran un adecuado análisis sobre el riesgo.

Noveno: Que, sobre la influencia de los señalados vicios en lo dispositivo del fallo, afirma que ella es sustancial, en tanto la correcta interpretación y aplicación de las normas que se dan por infringidas habría permitido acoger la reclamación deducida y, en consecuencia, proceder a anular parcialmente la Resolución Exenta N°1147, al haber sido dictada en un procedimiento arbitrario e ilegal, instruido con contravención a la ley.

Décimo: Que, de manera previa a entrar al análisis de los yerros jurídicos denunciados en el recurso, útil resulta exponer los siguientes antecedentes fácticos relacionados con la materia discutida:

1. Por Resolución Exenta N°29 de 6 de julio del año 2012 se califica ambientalmente de manera favorable el proyecto denominado "Planta de Cátodos Pampa Camarones", el cual ingresó al Sistema vía Declaración de Impacto Ambiental y 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 Punta de Madrid, Región de Arica y Parinacota, a través del Sistema de Impulsión de Agua de Mar o SIAM, el cual eleva el agua mediante bombas de captación e incluye construcción de una piscina excavada al efecto.

2. El 16 de junio de 2015 la SMA junto con el Servicio Agrícola y Ganadero y la Gobernación Marítima de Arica realizan una actividad de inspección ambiental en la cual se constata: i) la instalación de dos tuberías negras que bajaban desde cotas superiores hasta el intermareal, una balsa flotante y boyas; ii) la omisión en la construcción de la piscina de acumulación de agua de mar; iii) la presencia de una madriguera de chungungos con dos ejemplares en el sector aledaño a la tubería de aducción y iv) la presencia de cinturones de algas y fauna marina en el intermareal.

3. El 1 de julio de 2015 el Sernapesca informa a la SMA de otra 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.

4. El 2 de agosto de 2015 la reclamante presenta a la SMA el SIAM actualizado.

5. El 25 de agosto de 2015 la SMA emite la Resolución Exenta N°714 que decreta las medidas provisionales de las



letras a), b) y f) del artículo 48 de la Ley N°20.600, en carácter de pre procedimentales al tenor del artículo 32 de la Ley N°19.880 y por un plazo de 30 días.

Tales medidas son:

5.1. Aplicar en forma inmediata el sellado de las tuberías, reportando el cumplimiento en el plazo de 30 días

5.2. Describir el proyecto y su relación con el entorno, presentando mayor información sobre la obra construida:

A.- aportar información dentro del plazo de 10 días:

* indicar si las obras del SIAM se encuentran totalmente construidas

* la forma estimada para proceder con la construcción de las obras pendientes

* describir los efectos de la construcción del SIAM en términos distintos a lo autorizado, especialmente en el ecosistema terrestre y marino, con una lista de medidas de mitigación de los posibles efectos que se hayan generado.

B.- medidas de seguridad:

* implementar medidas de ahuyentamiento acústico

* entregar medios de prueba para determinar o descartar si ha ocurrido accidente o muerte de algún ejemplar de chungungo.

* entregar un plan de protección global para la detección temprana de afectaciones a la especie (dentro de 10 días hábiles).



5.3. Realizar campaña de monitoreo del chungungo y del ecosistema aledaño, para lo cual deberá reunirse previamente con Sernapesca para informar los días y forma de la campaña.

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

7. El día 2 de octubre del año 2015 la empresa Pampa Camarones S.A. ingresa al SEA una consulta sobre la pertinencia de ingresar las modificaciones del proyecto al Sistema de Evaluación Ambiental.

8. Con fecha 6 de octubre del mismo año se ejecuta una nueva fiscalización a fin de determinar si se cumplieron o no las medidas provisionales.

9. El día 5 de noviembre de 2015 el SEA resuelve la consulta que se hallaba pendiente, indicando que la modificación no requiere ingresar obligatoriamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pero que previo al inicio de la construcción del SIAM el titular del proyecto deberá dar aviso a la SEA.

10. Finalmente, la Resolución Exenta N°1147, que rechaza la reposición pendiente y constituye el acto reclamado, se emite el 2 de diciembre del año 2015.



Undécimo: Que los antecedentes se inician con el reclamo deducido por la empresa Pampa Camarones S.A. en contra de esta última decisión, respecto de la cual alega, en lo relativo al recurso de casación, una afectación al debido proceso y el derecho a la defensa, por no notificar ni publicar los actos trámite del procedimiento. En efecto, expresa, nunca le fueron dados a conocer el informe de las fiscalizaciones realizadas, como tampoco las comunicaciones entre la SMA y el Sernapesca sobre la existencia de riesgos producto de la modificación del SIAM y sobre el contenido del Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo, citados en la resolución recurrida. Ello implica, en su concepto, que estuvo imposibilitada de aportar al procedimiento administrativo argumentos que permitieran un correcto pronunciamiento sobre los riesgos del SIAM actualizado.

A lo anterior agrega la denuncia de ilegalidades y arbitrariedades en la Resolución Exenta N°1147, en tanto ella dispone medidas provisionales en contravención a la ley, dado que el artículo 32 de la Ley N°19.880 dispone que ellas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de 15 días, a pesar de lo cual, en este caso, se decretaron por 30 días.

Refiere también defectos en la motivación del acto reclamado, en tanto la empresa cuenta con medidas de



protección para evitar la succión de la especie y sus alimentos, realizando monitoreos entre los años 2013 a 2015 que demuestran la convivencia del proyecto y los chungungos. A pesar de ello, la SMA se limita a señalar que el riesgo existía y fue constatado, justificando la dictación de medidas que, en su concepto, resultan desproporcionales y desprovistas de la urgencia que exige la Ley N°20.600, motivos por los cuales solicita se anule la Resolución Exenta N°1147, salvo en cuanto tiene por cumplidas parte de las medidas.

Duodécimo: Que la sentencia recurrida, en primer lugar, se refiere a la alegación de falta de acceso a los actos trámite del procedimiento administrativo, señalando que, sin perjuicio del conocimiento del administrado en relación a las distintas piezas que se agreguen al expediente, no existe obligación ni corresponde que la SMA diera traslado al reclamante, toda vez que estos informes son facultativos y no vinculantes de acuerdo al artículo 38 de la Ley N°19.880 y nada impide que la actora ejerza los recursos contra el acto de término en cuya dictación incidieron tales informes. Tampoco hay norma alguna que establezca un plazo perentorio o determinado para la entrega de copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente, considerando que la obligación legal de notificar y publicar formalmente los actos administrativos sólo es exigible respecto de sus destinatarios para quienes



generan efectos directos, mas no en lo relativo a las comunicaciones que se dirigen entre sí los servicios que informan en un procedimiento administrativo. Por tanto, la pretensión de la reclamante en orden a que las comunicaciones entre la SMA y el Sernapesca le debían ser notificadas, carece de fundamento.

En cuanto a la vigencia de las medidas provisionales, ellas son adoptadas en relación a un procedimiento administrativo sancionador y la SMA está obligada a iniciar ese procedimiento en el plazo de 15 días. En este sentido, el artículo 32 inciso 3° de la Ley N°19.880 regula como sanción específica, para el caso que las medidas provisionales pre procedimentales se hayan excedido del plazo legal, la caducidad de las mismas y en caso que la adopción de la medida por un plazo superior al legal fuera considerada como un vicio sancionado con la nulidad, debe tenerse presente que ella debe configurarse por un vicio de trascendencia y que genere perjuicio al interesado.

En este orden de ideas, en la Resolución Exenta N°714 se constata que establece un conjunto de obligaciones que se encuentran asociadas a plazos claramente establecidos, por ello, en definitiva, al no configurarse la falta de certeza en los plazos que la reclamante pretende, no se observa agravio alguno al interesado, requisito que sería necesario en el caso que se estimara que concurre un vicio de procedimiento o de forma que pudiera afectar la validez



del acto. Por ello, estiman los sentenciadores que 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, circunstancia en la que concuerdan ambas partes.

Respecto del reproche de falta de motivación, expone el fallo que en su motivo undécimo la resolución reclamada describe el SIAM modificado, contrastándolo con el autorizado ambientalmente y concluye que, de los hechos constatados en la actividad de inspección ambiental y del examen de información realizado, *"el proyecto presenta modificaciones respecto de las exigencias establecidas en los considerandos 3.6.4 de la RCA 29/2012 y en la Adenda 1 de la Declaración de Impacto Ambiental"*. Asimismo, se señala que en virtud de los hechos constatados, el SIAM fue construido de forma distinta a la autorizada y su eventual operación genera riesgos para la fauna cuyo hábitat se emplaza en la zona de Punta Madrid, especialmente para el chungungo.

Por tanto, siendo la construcción de un SIAM diferente al 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 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 esta última era diferente a la prevista en la RCA.

En este orden de ideas, no puede sostenerse que la decisión impugnada carezca del debido sustento, al haberse identificado, descrito y acreditado razonada y fundadamente el riesgo o daño inminente que se intentó precaver con la adopción de las medidas provisionales. Este riesgo se configuró por la construcción de un SIAM distinto del autorizado por la RCA, circunstancia que constituye una justificación razonable y suficiente para la imposición de las cautelas.

Respecto de la proporcionalidad y urgencia, las medidas fueron adoptadas ponderando los elementos del artículo 48 de la Ley N°20.417, aun cuando no se haya hecho referencia particular respecto de cada una de las circunstancias del artículo 40 del mismo cuerpo legal, al tipo de infracción cometida, como tampoco a los cargos que podrían haberse formulado después. En concepto del tribunal, establecido como un hecho de la causa la existencia de un SIAM distinto al autorizado en la RCA y siendo las medidas provisionales 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, ellas resultan las adecuadas y



necesarias para el tipo de riesgo a evitar, el cual se consideró inminente toda vez que el SIAM modificado operaría sin contar con medidas de protección o mitigación para la especie.

Agrega que la posibilidad de un riesgo hipotético constituye una justificación suficiente para invocar el principio precautorio y remitir los antecedentes del SIAM actualizado al SEA para que se pronuncie sobre la obligación de ingreso al SEIA, toda vez que resulta claro que el SIAM fiscalizado no era el contemplado en la evaluación ambiental original del proyecto, razón por la cual resulta razonable a la luz del principio preventivo que la SMA enviara los antecedentes al SEA para evaluar íntegramente la modificación al proyecto.

En virtud de las consideraciones anteriores, se rechaza el reclamo en todas sus partes, sin costas.

Décimo Tercero: Que los tres primeros capítulos del recurso de casación en el fondo deducido merecen, para un mejor orden en la exposición, un análisis conjunto, en tanto cada uno de ellos se refiere a la verificación de distintos requisitos cuya concurrencia resulta necesaria para decretar las medidas provisionales pre procedimentales. En efecto, el primer acápite del arbitrio reprocha una falta de fundamentación; el segundo, ausencia de proporcionalidad y adecuación al fin propuesto; y el tercero, la inexistencia de un daño que justifique la



adopción de las medidas en un plazo urgente. El examen de todos y cada uno de estos requisitos hace necesario también el análisis global de los supuestos fácticos que motivaron la intervención de la SEA en el proyecto.

Décimo Cuarto: Que las medidas provisionales se encuentran reguladas en el artículo 48 de la Ley N°20.417 que 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:*

a) *Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño.*

b) *Sellado de aparatos o equipos.*

c) *Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones.*

d) *Detención del funcionamiento de las instalaciones.*

e) *Suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental.*

f) *Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor.*

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.

Las medidas contempladas en este artículo serán esencialmente temporales y tendrán una duración de hasta 30 días corridos. En caso de renovación, ésta deberá ser decretada por resolución fundada cumpliendo con los requisitos que establece este artículo”.

Por su parte, es el artículo 32 de la Ley N°19.880 el que contempla la posibilidad de decretar estas medidas como pre procedimentales, al señalar que “iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.

“Sin embargo, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes. 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".

De las normas transcritas se advierte que la finalidad principal de la imposición de medidas provisionales es la evitación de un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. Sin embargo, corresponde enfatizar desde ya que el perjuicio a que se refiere la disposición es distinto al daño ambiental definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N°19.300 (*"toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes"*) y cuya reparación se somete a un procedimiento diferente. En este sentido, la expresión "daño inminente" utilizada por el precepto, a la luz de la naturaleza cautelar de las medidas provisionales, se identifica más bien con un riesgo ambiental, constituyendo una de las expresiones del principio precautorio.

La precisión anterior resulta de la mayor importancia, en tanto los parámetros para la evaluación de este riesgo ambiental no resultan tan rígidos como aquellos que determinan el daño ambiental.



Décimo Quinto: Que, en este caso, se imputa a la reclamante un incumplimiento de la RCA 29/2012, en tanto ella autorizaba a la construcción de un SIAM de características que luego fueron modificadas unilateralmente por la empresa. Es así como uno de los argumentos del recurso reprocha precisamente el que, a partir solamente de aquel cambio, se extrajo la existencia de un riesgo ambiental sin una mayor evaluación de la construcción nueva, de lo cual desprende la recurrente que tal riesgo fue evaluado en abstracto, mientras que debió examinarse en concreto.

El análisis de este argumento debe realizarse tomando en consideración las finalidades perseguidas por el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y, en específico, la naturaleza jurídica ambiental de la RCA.

Al respecto, la doctrina ha referido que *"La RCA es un acto administrativo parcialmente reglado, ya que en relación con la aplicación del ordenamiento jurídico ambiental al proyecto o actividad, no admite espacio para la apreciación discrecional; en cambio, respecto de las medidas que se propongan para mitigar, reparar, y compensar los efectos, características y circunstancias, la Administración ambiental que resuelve sobre la calificación ambiental de un proyecto o actividad tendrá un margen de apreciación (...) De todo ello se deduce que el procedimiento y la resolución con la que se concluye la evaluación del*



impacto ambiental tienen por objeto el análisis de la legalidad de los impactos de la actividad o proyecto, es decir, determinar si superan el límite de aceptabilidad del impacto que ha fijado el ordenamiento jurídico ambiental nacional. Si se trata de una resolución reglada, esto es, si se trata de apreciar la legalidad del impacto que una actividad genera, no podría existir margen de apreciación para la autoridad, el impacto será permitido o no, será legal o no, y conforme a ello deberá resolverse. Incluso más, en aquellos casos en que resulte procedente, frente a la falta de normativa ambiental nacional, deberá resolverse conforme a las de la normativa de referencia" (Jorge Bermúdez Soto. Fundamentos de Derecho Ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2014, páginas 311-312).

En consecuencia, al momento de evaluar al riesgo que motiva la imposición de medidas provisionales debe tomarse en consideración que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es precisamente el instrumento que busca predecir las consecuencias que el proyecto puede generar en el medio ambiente y si ellas se ajustan a las normas vigentes. Por tanto, el titular del proyecto sólo se halla autorizado para construir las obras que previamente se hayan sometido al sistema y por ello se contemplen en la RCA, en tanto son únicamente ellas las que fueron evaluadas y cuyos impactos no causan daño ambiental. En otras palabras, toda ejecución de un proyecto de manera distinta a la autorizada a través



de la RCA contiene en sí misma un riesgo ambiental, en tanto no se ha sometido al proceso de evaluación del eventual daño.

Décimo Sexto: Que, en el caso de autos, la RCA 29/2012 da cuenta que para el funcionamiento de la Planta de Cátodos Pampa Camarones se requiere un caudal de agua de 12,5 litros por segundo, recurso que se extraerá del mar a través de una captación en la zona de Punta Madrid y una línea de aducción hasta una piscina pulmón en la planta. Lo anterior motiva que la RCA favorable quede condicionada, en lo pertinente, a que el titular del proyecto considere un plan de monitoreo sobre la caracterización del borde costero que, entre otros fines, determine la población de chungungos presentes en el área, identificando cantidad y ubicación de las madrigueras, en el marco del denominado "Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo", que debe presentarse al Servicio Nacional de Pesca, antes de la construcción del proyecto.

Pues bien, en fiscalización de fecha 16 de junio de 2015 se constatan una serie de hechos que, en concepto de la SMA, constituyen modificaciones respecto de las exigencias de la RCA, en síntesis:

1. se encontraron instaladas dos tuberías negras que bajaban desde cotas superiores hacia el intermareal, una balsa flotante y boyas.



2. la piscina de acumulación de agua de mar no se encontraba construida y, de acuerdo a personal de la minera, la obra no se construiría.

3. aledaño al sector donde se ubicaba la tubería de aducción de agua de mar que se utilizará, se constató una madriguera de chungungo, observándose dos ejemplares. Además, se encontraron cinturones de algas, cangrejos y soles de mar.

4. se consultó por las medidas adoptadas en el sector de aducción de agua de mar y la empresa indicó que se realizaba una inducción general y específica a los trabajadores de la empresa. Consultada si hay restricciones de trabajo en el sector, indicó que no se había implementado tal medida.

Por su parte, Sernapesca informa que, considerando el punto de aducción de agua de mar, entiende que la ubicación constituye un riesgo para los ejemplares de chungungos que habitan en el sector, agregando que no ha recibido el Plan Global de Protección y Monitoreo del Chungungo.

Con estos antecedentes, la SMA constata que se construyó un SIAM distinto a lo autorizado ambientalmente, lo cual motiva la adopción de las medidas provisionales detalladas anteriormente.

Décimo Séptimo: Que, tanto en su reclamo como en el recurso de casación en el fondo en examen, Pampa Camarones S.A. no discute la construcción de un SIAM distinto al que



fue calificado ambientalmente de manera favorable. En efecto, en sus presentaciones la empresa admite tal circunstancia y ella, por lo demás, se ve confirmada por la consulta que ingresa el 1 de octubre de 2015 - una vez decretadas las medidas provisionales - ante el SEA, requiriendo información sobre la pertinencia de ingresar las modificaciones del proyecto al Sistema de Evaluación Ambiental, circunstancia que implica reconocer que lo edificado no se condice con aquello sometido a aprobación administrativa.

El análisis sobre la conformidad y correspondencia de lo realmente construido con aquello aprobado ambientalmente es un examen concreto, que se realiza comparando el tenor de lo autorizado con aquello constatado por los fiscalizadores en terreno. En este caso, los ministros de fe dan cuenta de circunstancias que no fueron consideradas al momento de la evaluación ambiental, circunstancia que en sí misma configura un riesgo de daño ambiental. En este escenario, la única defensa posible para el titular del proyecto consiste en acreditar que lo construido corresponde a lo aprobado por la autoridad, sin que pueda, después de haber ejecutado un proyecto distinto, impugnar la medida provisional de clausura - en este caso, el sellado de las tuberías - bajo el argumento de que esta nueva obra no causa perjuicios al medio ambiente.



En otras palabras, la exigencia para la Administración de acreditar con antecedentes técnicos la certeza de un daño futuro para efectos de imponer medidas provisionales, solamente debe cumplirse en caso de que, habiéndose ajustado la titular del proyecto a la RCA, igualmente se quisieran decretar mecanismos de cautela. Por el contrario, al haber reconocido la reclamante que ejecutó un proyecto distinto al aprobado, tal circunstancia es suficiente para configurar el riesgo, siendo de su carga la prueba de la diligencia, la que sólo podría referirse a acreditar la correspondencia entre la RCA y lo efectivamente construido.

La interpretación anterior es la única que resulta concordante con las finalidades del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y el principio precautorio que rige en la materia, de acuerdo al cual el examen de los eventuales impactos ambientales de un proyecto debe siempre ser considerado antes de su ejecución y, por tanto, no es posible un escrutinio *a posteriori*, cuando las obras ya están ejecutadas. Ello resulta coincidente, además, con el hecho de que el artículo 36 de la Ley N°20.417 precisamente tipifica como una infracción gravísima en su N°1 letra f) la ejecución de proyectos o actividades al margen del sistema, sin que sea posible para el infractor excepcionarse invocando que el proyecto no causa los impactos ambientales que la institucionalidad ambiental busca prevenir.



Décimo Octavo: Que, en consecuencia, no es posible afirmar que la motivación de la resolución reclamada sea insuficiente, en tanto ella se sustenta en el riesgo de daño ambiental que fluye de la sola construcción de un SIAM distinto al evaluado ambientalmente, circunstancia que resulta acreditada en el proceso administrativo con las fiscalizaciones realizadas en terreno, tanto por la Superintendencia del Medio Ambiente como por el Sernapesca, refrendadas por el reconocimiento que expresamente hace la reclamante en sus presentaciones.

Décimo Noveno: Que el requisito de proporcionalidad, en cuanto adecuación del medio utilizado al fin perseguido, se encuentra atenuado en materia de medidas provisionales, en tanto ellas no se fundan en una certeza de la relación causal entre una determinada acción y el daño, sino en una probabilidad, análisis que responde a la concreción del tantas veces citado principio precautorio. En este sentido, el examen de adecuación, conjuntamente con el de necesidad e idoneidad, deben ir dirigidos precisamente al fin de evitar el daño al medio ambiente o a la salud de las personas, circunstancias que ciertamente confieren a las medidas una finalidad pública.

Con todo, efectivo resulta lo señalado por el recurrente en orden a que debe existir una correlación entre las medidas provisionales adoptadas y la infracción cometida que, en este caso, tal como lo consigna la propia



resolución reclamada, es en relación al artículo 8 de la Ley N°19.300, esto es, la modificación de un proyecto sin previa evaluación de su impacto ambiental.

Tal mención resulta suficiente tratándose de medidas provisionales pre procedimentales toda vez que, al no haberse formulado todavía cargos contra la reclamante, no resulta posible asociar la cautela más que a la señalada norma general que, igualmente, al tener asignada una infracción expresa en el artículo 36 N°1 letra f) de la Ley N°20.417 ya citado, que consigna como una transgresión gravísima la actuación al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, permite realizar una prospección de las eventuales sanciones, esto es, multa de hasta 10.000 Unidades Tributarias Anuales o revocación de la RCA, a la luz de las cuales el sellado de las tuberías en razón del riesgo que ellas representan para las especies marinas, se evidencia como proporcionada y adecuada al fin buscado.

En efecto, tomando en cuenta que las señaladas tuberías no fueron incluidas en la Declaración de Impacto Ambiental primitiva, de manera que su impacto no fue analizado por la institucionalidad ambiental, circunstancia que configura un riesgo de succión tanto del chungungo como de la flora marina de que éste se alimenta, contingencia confirmada por el órgano sectorial respectivo (Sernapesca), aparece que la única medida posible de adoptar para mitigar ese riesgo era precisamente el sellado de las tuberías y la



imposición de un plan de monitoreo y protección de las especies - que, por lo demás, no es sino una exigencia que se contempló originalmente en la RCA y que la empresa no cumplió - actividades que debían ejecutarse de manera urgente puesto que la materialización del riesgo resultaba inminente.

En cuanto a las circunstancias del artículo 40 de la Ley N°20.417, su análisis también se dificulta tratándose de medidas pre procedimentales por los mismos motivos ya consignados. Al respecto, baste señalar que, aun cuando se coincidiera con la reclamante en que el riesgo ambiental no se ha materializado, el sólo conocimiento de su probabilidad resulta un elemento importante de valorar al momento de determinar la incidencia de la intencionalidad en la regulación de una eventual sanción. Por otro lado, no resulta gravitante la alegación relativa a que el SIAM efectivamente construido cuenta con las medidas necesarias para no causar los perjuicios ambientales que se tratan de evitar con las medidas cautelares, en tanto la reclamante, en conocimiento que aquella no era la obra que se le había autorizado, igualmente inició su operación. Esto implica desconocer los principios preventivos y precautorios sobre los que descansa la preceptiva ambiental a través de una actuación consciente y dirigida al incumplimiento de la RCA.



En consecuencia, no resulta efectivo aquello que reprocha el recurso, por cuanto la imposición de las medidas provisionales tomó en consideración la naturaleza del incumplimiento, la finalidad buscada y la urgencia de su implementación, todo lo cual resultó plasmado en una resolución debidamente fundada.

Vigésimo: Que, en consecuencia, no se observan en la sentencia los yerros jurídicos atribuidos por el recurrente en los tres primeros capítulos del arbitrio de nulidad sustancial, de manera que éste deberá ser necesariamente rechazado en esta parte.

Vigésimo Primero: Que, en cuanto al último acápite de casación en el fondo, denuncia la infracción de los artículos 17 y 18 de la Ley N°19.880, en tanto la titular del proyecto asevera no haber tenido acceso a ciertos documentos del procedimiento administrativo, específicamente las respuestas del Sernapesca a solicitudes de informaciones formuladas por la SMA. Al respecto, indica haber accedido a ellos solamente el 3 de diciembre del año 2015, cuando ya se habían decretado las medidas provisionales, esto es, el acto terminal del procedimiento administrativo.

Sobre el particular, resulta efectivo que el artículo 17 de la Ley N°19.880 contempla en su literal d) el derecho de las personas en sus relaciones con la Administración a *"acceder a los actos administrativos y sus documentos, en*



los términos previstos por la ley". Sin embargo, reconociendo el derecho del administrado a tomar conocimiento de los fundamentos que respaldan todo acto administrativo, de esta norma no es posible extraer las consecuencias que plantea el recurrente, puesto que no existe obligación legal alguna de dar traslado al titular del proyecto respecto de todas las comunicaciones que se verifiquen entre los órganos administrativos a efectos de reunir antecedentes destinados a evaluar la procedencia de una medida provisional pre procedimental. Ello resulta concordante, además, con el carácter urgente de su establecimiento, que dificulta la notificación y transcurso de un término de emplazamiento en relación a cada una de tales comunicaciones.

A lo anterior se añade el hecho de resultar discutible la calificación jurídica de "acto terminal del procedimiento administrativo" que atribuye la recurrente a la resolución que decreta tales cautelas, en tanto el tenor literal del artículo 32 de la misma ley refiere expresamente que ellas se adoptan "*antes de la iniciación del procedimiento administrativo*". Aun con ello, consta del mérito del proceso que la titular del proyecto solicitó a la SMA copia autorizada de todos los documentos que rolan en el expediente, petición que le fue concedida y le permitió fundar adecuadamente la solicitud de reposición que presentó el día 7 de septiembre de 2015.



Vigésimo Segundo: Que, a mayor abundamiento, conforme lo dispone el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en el fondo se concede para invalidar sentencias que se hayan pronunciado con infracción de ley que haya influido en lo dispositivo del fallo, esto es, que contengan errores de derecho consistentes en una equivocada aplicación, interpretación o falta de aplicación de aquellas normas destinadas a decidir la cuestión controvertida.

Pues bien, aun cuando se coincidiera con la parte recurrente en que debió dársele traslado de cada una de las comunicaciones que se remitieron entre la SMA y el Sernapesca, relativas a la construcción del SIAM, resultó un hecho no discutido en la causa que el Sistema de Impulsión de Agua de Mar construido no se ajustó a aquello aprobado ambientalmente, de manera que cualquier alegación que durante el procedimiento de recopilación de antecedentes pudiera haber formulado para impugnar el contenido de los oficios evacuados por este último servicio, no habría sido apta para desvirtuar esa circunstancia. Ello implica que el vicio denunciado, de verificarse, tampoco posee una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, en tanto se dirige a cuestionar el riesgo ambiental que, según ya se ha razonado, se verifica por el solo hecho de haberse erigido una construcción



distinta a la aprobada, cuestión reconocida por la reclamante y asentada en el fallo recurrido.

Finalmente, aunque lo ya expuesto resulta suficiente para el rechazo de este último capítulo, corresponde señalar que las normas que se denuncian como vulneradas gozan de una evidente naturaleza ordenatoria del procedimiento administrativo y, por tanto, no se trata de preceptos que digan relación con el fondo del asunto, motivo que nuevamente resta influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia a su eventual infracción.

Vigésimo Tercero: Que en atención a lo precedentemente razonado y concluido, el recurso de casación en el fondo intentado por la reclamante deberá también ser desestimado.

Por estos fundamentos y además lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por Pampa Camarones S.A. en lo principal y en el primer otrosí de fojas 220, en contra de la sentencia de veintisiete de julio de dos mil dieciséis, escrita a fojas 165.

El ministro Cerda **previene** que concurre a ambas decisiones, pero en lo que respecta al recurso de casación en el fondo lo hace sobre las siguientes bases: **A.-** el primer grupo de hipotéticas infracciones discurre en torno a la ausencia o a la insuficiencia de la fundamentación que contemplan los artículos 11 y 41 de la Ley 19.880, en el



sentido que la Resolución Exenta N° 1147 no se habría atendido a los mandatos de expresar siempre los "hechos y fundamentos de derecho" en que se apoya ni de contener una decisión "fundada", cuestión de carácter formal que escapa al control substantivo; **B.-** la segunda sección del recurso se refiere, exclusivamente, al tema de si las medidas impuestas a la recurrente han sido o no proporcionales y adecuadas a la finalidad de proteger el medio ambiente. Es ésa una circunstancia fáctica indubitadamente sentada por las instancias, que en esta sede está vedado alterar, como quiera que la proporcionalidad y la pertinencia no constituyen conceptos de derecho, sino juicios descriptivos de situaciones reales, que el legislador ha dejado en este caso a discreción de la autoridad, a la que lo único que este fiscalizador puede enmendar, es el proceder caprichosamente, con desapego a las directrices que guían el sano uso de la razón, extremo éste que *ut supra* se deja descartado; **C.-** el tercer grupo de violaciones de ley critica que no se haya acreditado por la Administración la existencia de un daño inminente o muy próximo en el tiempo, lo que derivó en falta de motivación. El artículo 32 de la Ley 19.880, que en esta parte se acusa conculcado, deposita en el órgano administrativo la atribución de "adoptar... las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiese recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello." Huelga repetir



lo recién predicado en la letra B. que antecede: la situación de hecho ha de ser calibrada por la Administración y no es materia jurídica controlable en esta excepcional cuerda impugnativa, como no sea en el extremo igualmente allí precisado. Por lo demás, en rigor de verdad lo que hace la recurrente es discrepar de los elementos de juicio que efectivamente tuvo en vista el resolutor. **D.-** Tocante al presunto atentado a los artículos 17 y 18 de la Ley 19.880, tiene únicamente en cuenta lo razonado en el último párrafo del fundamento vigésimo segundo de la sentencia de mayoría.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Lagos y de la prevención, su autor.

Rol N° 61.291-2016.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes Sr. Jaime Rodríguez E., y Sr. Jorge Lagos G. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Lagos por estar ausente. Santiago, 24 de abril de 2017.





CRPYBBLZR

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

