REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Santiago, quince de marzo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

El 20 de diciembre de 2018, Rodrigo Guzmán Rosen, en representación de Hidroeléctrica Roblería SpA (en adelante, "la reclamante" o "HR"), interpuso reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N° 1.486, de 23 de noviembre de 2018 (en adelante, "Resolución Exenta N° 1.486/2018" o "la resolución reclamada") del Superintendente del Medio Ambiente (S) (en adelante, "la SMA" o "la reclamada"), que rechazó el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 1.369, de 29 de octubre de 2018 (en adelante, "Resolución Exenta N° 1.369/2018").

La reclamante comparece en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600").

La reclamación fue admitida a trámite el 28 de diciembre de 2018 y se le asignó el Rol R N° 198-2018.

I. ANTECEDENTES DE LA RECLAMACIÓN.

1. El proyecto y su evaluación ambiental.

El proyecto Generadora Eléctrica Roblería (en adelante, "el proyecto"), cuyo titular es Hidroeléctrica Roblería SpA, corresponde a una central hidroeléctrica de pasada que tiene una capacidad de generación de energía anual de 4,0 MW de potencia. El proyecto se encuentra en etapa de operación y fue aprobado mediante la Resolución Exenta N° 187, de 1 de octubre de 2010, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Maule (en adelante, "RCA N° 187/2010").

Las partes, obras y acciones que componen el proyecto son: 1) Captación de agua del canal Roblería de la Asociación de Canalistas del Melado, a través del mejoramiento de un canal en desuso, para la aproximación a la cámara de carga

(aproximadamente 1.150 metros); 2) Cámara de carga; 3) Rápido de descarga y disipador de energía para entrega al río Putagán, de los excedentes de aguas no turbinadas; 4) Tubería de presión; 5) Casa de máquinas, turbina, generador y sala de control; 6) Canal de devolución de aguas "turbinadas" al río Putagán; 7) Subestación y conexión a línea de 13,2 kilovoltios de la empresa Luz Linares.

El proyecto se emplaza en la comuna de Linares, próximo a la localidad de Robleria, en el costado norte del predio denominado General Badi. El acceso a la zona del proyecto, desde la ciudad de Linares, se efectúa por la ruta L-35, aproximadamente a 10 km. Luego por ruta la L-39, a una distancia de alrededor de 20 km, se ubica la casa de máquinas y la sala de control de la minicentral.

El proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA") el 10 de noviembre de 2009, por corresponder a la siguiente tipología del artículo 10 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, "Ley N° 19.300"): c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW.

El proyecto fue presentado mediante una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, "DIA") por no generar ni presentar los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, en relación con lo dispuesto por el artículo 6° del Decreto Supremo N° 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "Reglamento del SEIA"), y fue calificado favorablemente por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Maule (en adelante, "Comisión de Evaluación") mediante la RCA N° 187/2010.

2. Medidas Provisionales Preprocedimentales.

El 8 de junio de 2015, HR presentó una primera consulta de pertinencia con el objeto de aumentar la capacidad productiva

de su central, solicitando pronunciamiento al Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Maule (en adelante, "SEA"), sobre la obligatoriedad de ingreso al SEIA del proyecto denominado "*construcción de canal de 1,5 m³/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares*". La propuesta implicaba la ejecución de una serie de cambios al proyecto "Generadora Eléctrica Roblería", para dotarla de agua en los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre. Las obras correspondieron a la construcción de un canal entubado, en una tubería de HDPE de 1,2 a 1,4 metros de diámetro, para conducir agua desde el Estero Nacimiento hasta la sección final del canal Roblería, que es el lugar donde se encuentra el punto de captación de la Generadora Eléctrica Roblería.

El 12 de agosto de 2015, el Director Regional del Maule del SEA, mediante Resolución Exenta N° 96, resolvió que: "[…] *El proyecto denominado 'Construcción de canal de 1,5 m3/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares', […] no requiere ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) de forma obligatoria*" (Destacado del original).

El 13 de diciembre de 2016, HR presentó una segunda consulta de pertinencia respecto del mismo proyecto, aumentando la capacidad del canal a construir en 1,9 m³/s.

El 10 de enero de 2017, el Director Regional del Maule del SEA, mediante Resolución Exenta N° 12, resolvió nuevamente que el proyecto no requería ingresar al SEIA de forma obligatoria.

El 15 de junio de 2018, el titular ingresó en el sistema de reporte de contingencias de la SMA, un aviso que informaba de un incidente ambiental producido durante la construcción de una tubería que fue objeto de las consultas de pertinencia señaladas. En su reporte, el titular informó que mientras se realizaba una "*excavación de zanja para instalación de tubería […] debido a las condiciones climáticas del sector, parte del*

material acumulado en el costado de la zanja, se deslizó ladera abajo, llegando en algunos puntos hasta el cauce del Estero Nacimiento", para después relatar que el incidente generó el apozamiento de las aguas, calculándose la superficie afectada en 1.000 m^2.

Los dias 19 de junio y 11 de julio de 2018 se procedió a la fiscalización del incidente por parte de la SMA, en conjunto con funcionarios de la Corporación Nacional Forestal (en adelante, "CONAF"). En la actividad de fiscalización se constataron obras asociadas a la construcción de un acueducto, para lo cual se estaba habilitando en la ladera del cerro una faja de servidumbre de aproximadamente 6 metros de ancho, con presencia de bosque nativo, desde la cual se produjo el incidente de derrame de material en una distancia de aproximadamente 45 metros. Se indicó que el material derramado terminó en el cauce del estero Nacimiento, afectando el libre escurrimiento de sus aguas.

El dia 5 de julio de 2018, doña Jessica Ávila Mora presentó una denuncia ante la SMA en contra de HR, por la ejecución de las obras de modificación de cauce, el derrumbe de tierra al estero Nacimiento y la construcción de una bocatoma en el mismo curso de agua. Dicha denuncia fue remitida por la SMA a la Dirección General de Aguas (en adelante, "DGA") a través del oficio Ord. RDM N° 133, de 10 de agosto de 2018.

El 29 de octubre de 2018, la SMA dictó la Resolución Exenta N° 1.369/2018, mediante la cual ordenó a HR medidas provisionales preprocedimentales consistentes en: "[…] *a) Retirar el material resultante de las actividades involucradas en la instalación del acueducto y obras asociadas de la zona aledaña al acueducto y zona aledaña al Estero Nacimiento, a objeto de evitar una posible afectación al estero que se pueda generar por el posible deslizamiento de material. El retiro del material, se debe realizar en un plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución. Dentro de este mismo plazo, se debe presentar un*

informe que detalle la cantidad de material retirado, la empresa contratada para estos efectos, y el destino final del material, adjuntando fotografías georreferenciadas y los medios de verificación que sean pertinentes; b) Implementar sistema de control de taludes que sirva para la retención de tierra, rocas y material vegetal que puedan desprenderse del sector del trazado del acueducto. El sistema de control de taludes se debe realizar en un plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución, y dentro de este mismo plazo, se debe presentar un informe que detalle las obras que fueron construidas, sus especificaciones técnicas y la empresa contratada para estos efectos, adjuntando fotografías georreferenciadas y los medios de verificación que sean pertinentes; c) Realizar una revisión de las condiciones estructurales de las instalaciones asociadas al acueducto y bocatoma, que impliquen pruebas de seguridad en su instalación y que sean realizadas por un tercero acreditado y especialista en el rubro. En el plazo de 15 días contados desde la notificación de la presente resolución, se debe presentar un informe que detalle los resultados que se obtuvieron de la referida revisión estructural, adjuntando fotografías georreferenciadas y los medios de verificación que sean pertinentes; d) Presentar a esta Superintendencia en un plazo de 5 días hábiles, contados desde la notificación de la presente resolución, un Informe que detalle las obras asociadas a la bocatoma y el acueducto que nace en el Estero Nacimiento (incluyendo todas sus instalaciones anexas) que se han construido hasta la fecha, adjuntando fotografías georreferencias y los medios de verificación que sean pertinentes; e) En caso que el titular obtenga un alzamiento de la paralización de las obras que fue decretada por la DGA, se deberá informar de tal circunstancia ante la SMA en el plazo máximo de 2 días hábiles. La presente medida tendrá una duración de 15 días hábiles a partir de su fecha de notificación".

El 9 de noviembre de 2018, don Miguel Ángel Lara Pereira, en representación de HR, interpuso recurso de reposición en contra

de la Resolución Exenta N° 1.369/2018, que dispuso las medidas provisionales preprocedimentales. Fundamentó su reposición en la inexistencia de elusión de ingreso al SEIA por parte de HR, desestimando que el proyecto de construcción de canal fuere una obra mayor de acuerdo al artículo 294 del Código de Aguas; en la existencia de consultas de pertinencias formuladas al SEA y sus respuestas favorables; en la falta de elementos de juicio suficientes para la dictación de las medidas; en la infracción al deber de motivación por parte de la SMA; en la no concurrencia del requisito de daño inminente al medio ambiente; y en que las medidas no perseguirían un fin cautelar, pues su cumplimiento implicaría la generación de nuevos efectos ambientales.

El 23 de noviembre de 2018, el Superintendente del Medio Ambiente (S) dictó la Resolución Exenta N° 1.486/2018, rechazando el recurso de reposición interpuesto por HR. La decisión se fundamentó en que las medidas provisionales preprocedimentales decretadas buscaron evitar un daño inminente al medio ambiente y a la salud de la población que pudo haberse generado por la construcción del proyecto de acueducto dada su capacidad para conducir un caudal superior a los 2 m^3/s, tratándose de una obra hidráulica mayor, permitiendo con ello configurar una hipótesis de elusión al SEIA. Asimismo, señala la SMA que tuvo en consideración que la construcción del ducto se ha traducido en la afectación de 3 quebradas y en un constante vertimiento de material sobre el estero Nacimiento, afectando el libre escurrimiento de las aguas y poniendo en riesgo al medio ambiente y a la salud de la población.

II. DEL PROCESO DE RECLAMACIÓN JUDICIAL.

A fojas 26, don Rodrigo Guzmán Rosen, actuando en representación de HR, interpuso reclamación judicial ante este Tribunal, fundada en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 1.486/2018, del Superintendente del Medio Ambiente (S), que rechazó el recurso

de reposición interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 1.369/2018, que a su vez ordenó las medidas provisionales preprocedimentales ya pormenorizadas.

La reclamante solicitó que "[…] *se declare que se dictó sin conformarse a la normativa vigente, en particular, por contravenir lo dispuesto en el artículo 48 de la LOSMA, y en los artículos 11, 32, 41 y 57 de la LPA, o los que SS.I. estime pertinentes; y, en definitiva deje sin efecto la resolución singularizada, como también, por nulidad consecuencial, declare la nulidad de la Resolución Exenta N° 1.369, de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente*".

A fojas 47, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada de conformidad a la ley.

A fojas 52, la reclamada confirió patrocinio y poder, acompañó documentos y solicitó ampliación de plazo para informar, el que fue concedido mediante resolución de fojas 53, prorrogándose éste en 5 días contados desde el término original.

A fojas 54, la reclamada presentó el informe solicitado, requiriendo "[…] *Rechazar en todas sus partes la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el derecho, todo ello con expresa condenación en costas*".

A fojas 55, el Tribunal tuvo por evacuado el informe, quedando la causa en relación y fijándose como fecha para su vista el 30 de enero de 2019.

El 30 de enero de 2019 se llevó a cabo la vista de la causa, en la que alegaron los abogados Eduardo Ugarte Díaz, por la reclamante; y Pamela Torres Bustamante, por la reclamada; quedando la causa en estudio, según consta en el certificado de fojas 69.

A fojas 70, la causa quedó en estado de acuerdo.

III. FUNDAMENTOS DE LA RECLAMACIÓN Y DEL INFORME.

Conforme a los fundamentos de la reclamación, y a las alegaciones y defensas contenidas en el informe de la reclamada, las materias controvertidas en autos son: i) La pérdida de eficacia de las medidas provisionales; ii) La supuesta elusión al SEIA; iii) La inexistencia de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas; iv) La falta de proporcionalidad de las medidas provisionales; v) La existencia de vicios de legalidad de la Resolución Exenta N° 1.486/2018; y, vi) Las consecuencias de los eventuales vicios denunciados.

1. Pérdida de eficacia de las medidas provisionales.

La parte reclamante sostiene que las medidas provisionales perdieron eficacia, ya que al iniciarse el procedimiento sancionatorio, a través de la formulación de cargos, no se confirmaron las medidas dictadas con anterioridad, sino que solo se solicitó al Superintendente su adopción, sin que se hayan confirmado hasta la actualidad.

La reclamada, por el contrario, indica que los hechos que sirvieron de fundamento a la adopción de las medidas provisionales dieron origen al procedimiento sancionatorio Rol D-109-2018, y que con fecha 12 de diciembre de 2018, mediante Resolución Exenta N° 1.548, se ordenaron nuevas medidas provisionales, respecto de las cuales la reclamante interpuso recurso de reposición, cuya resolución se encuentra pendiente.

2. Supuesta elusión al SEIA.

La reclamante sostiene que el supuesto para la adopción de las medidas provisionales no es efectivo, ya que la SMA yerra respecto de la supuesta elusión al SEIA. Indica, además, que el proyecto consistente en la construcción del canal no

constituye una obra hidráulica mayor que requiera la autorización sectorial del artículo 294 del Código de Aguas. Agrega la reclamante que, presentó dos consultas de pertinencia, habiendo resuelto la Dirección Regional del SEA del Maule, en ambas oportunidades, que el proyecto no requería ingresar obligatoriamente al SEIA.

La reclamada replica que se adoptaron las medidas provisionales de acuerdo a lo observado en las acciones de fiscalización y en ejercicio de sus funciones. Expone la reclamada que las medidas provisionales tienen una naturaleza correctiva, y que fueron adoptadas ante una hipótesis de elusión, en el contexto de una investigación en la que advirtió la afectación de tres quebradas y en el vertimiento constante de material en el estero Nacimiento, que afectó el libre escurrimiento de las aguas, entre otros efectos al medio ambiente. Por otro lado, la reclamada señala que las normas que regulan el SEIA aplican tanto a los proyectos nuevos, como a sus modificaciones o ampliaciones, conforme se desprende del artículo 8° de la Ley N° 19.300.

3. Inexistencia de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas.

La reclamante argumenta que no ha existido un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, ya que a su parecer no se configura la hipótesis de elusión que sirvió de fundamento a la adopción de las medidas provisionales. Agrega que el incidente ocurrido en el mes de junio pasado se generó por la acumulación temporal de material y por la presencia de vientos y lluvias de gran intensidad, condiciones que no existen actualmente, ya que la DGA ordenó el 5 de octubre de 2018 la paralización de las obras. Alega que tampoco se verifica el requisito de urgencia para la imposición de las medidas, toda vez que la SMA decidió luego de 4 meses y medio desde que tomó conocimiento de los hechos, que era imperativo adoptar las medidas provisionales.

Por el contrario, la reclamada argumenta que las medidas cuestionadas se fundamentaron no solo en la elusión al SEIA, sino que también se consideró que la construcción del ducto tuvo como consecuencia la afectación de tres quebradas y el constante vertimiento de material sobre el estero Nacimiento, afectándose con ello el libre escurrimiento de las aguas y provocándose cambios en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto.

4. Falta de proporcionalidad de las medidas provisionales.

La reclamante afirma que las medidas adoptadas no serían proporcionales. En el caso del retiro del material resultante de las obras de instalación del acueducto y otras relacionadas, a juicio de la reclamante esto implicaría la construcción de caminos hasta los lugares en que se depositó el material, debiendo realizarse movimientos de tierra y generando la destrucción de la vegetación ribereña. Respecto de la medida consistente en la implementación de un sistema de control de taludes, indica que esta resulta contradictoria con el retiro del material. Relata que HR se encuentra desarrollando estudios geológicos para determinar medidas para abordar lo ocurrido. En el caso de la revisión de las condiciones estructurales de las instalaciones asociadas al acueducto y a la bocatoma y la presentación de un informe que detalle las obras asociadas, la reclamante entiende que estas no se dirigen a evitar o controlar los riesgos del proyecto, sino que en realidad constituyen requerimientos de información.

La reclamada, por su parte, replica que en este caso solo se impusieron medidas carácter correctivo que buscaban impedir la continuidad en la producción del daño. Respecto de los supuestos efectos perniciosos que tendrían éstas, agrega que no se ha presentado antecedente técnico alguno que permita evaluar la factibilidad de dicha alegación. Concluye manifestando que las medidas no solo se dictaron en base a una presunción razonable de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, sino que también fueron

proporcionales en relación a los antecedentes existentes.

5. Vicios de legalidad de la Resolución Exenta N° 1.486/2018.

La reclamante sostiene que la Resolución Exenta N° 1.486/2018 contiene vicios de legalidad; infringe el principio de imparcialidad; que en ella no concurren los requisitos de humo de buen derecho y peligro en la demora que justifiquen la adopción de las medidas de que se trata, careciendo de motivación suficiente y habiendo sido injustificado e ilegal el rechazo a la solicitud de suspensión de los efectos del acto recurrido.

La reclamada, a su turno, argumenta que se ha cumplido a cabalidad con el principio de imparcialidad y motivación, y que en este caso ha existido una situación de urgencia, donde el riesgo ambiental fue suficientemente fundamentado a través de los antecedentes que se tuvieron a la vista al momento de la dictación de las medidas provisionales.

6. Consecuencias de los eventuales vicios denunciados.

La reclamante sostiene que los vicios denunciados son de naturaleza sustantiva o material, no correspondiendo a vicios de forma o de segundo orden, de manera que no resulta posible aplicar el principio de conservación o trascendencia.

Por el contrario, la reclamada indica que se han observado y cumplido con los requisitos y principios necesarios para la dictación de las medidas provisionales, en base a los antecedentes que obraban en el expediente administrativo al momento de su dictación.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, atendidos los argumentos de la reclamante, y las alegaciones y defensas de la reclamada, el desarrollo de esta parte considerativa abordará las siguientes materias:

I. **DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES PREPROCEDIMENTALES;**

1. De las medidas provisionales en general y de las medidas provisionales preprocedimentales en particular;
   A. Naturaleza jurídica;
   B. Elementos;
2. Humo de buen derecho e hipótesis de elusión;
3. Peligro en la demora y daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas;
4. Urgencia;
5. Proporcionalidad;
6. Vigencia.

II. **DE LAS DEMÁS ALEGACIONES.**

I. DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES PREPROCEDIMENTALES.

1. De las medidas provisionales en general y de las medidas provisionales preprocedimentales en particular.

Segundo. Que, para resolver la presente reclamación corresponde analizar, en primer lugar, si concurrieron en la especie los presupuestos y requisitos que la normativa exige para la dictación de medidas provisionales preprocedimentales. En efecto, para un correcto entendimiento de las medidas provisionales preprocedimentales reguladas en el artículo 48 de la Ley N° 20.417 Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"), es menester comprender tanto su regulación normativa como el desarrollo que sobre esta institución ha realizado la doctrina y la jurisprudencia. Para esto, se analizará la naturaleza jurídica de esta institución y luego se establecerán los elementos que deben concurrir para la dictación de estas medidas.

A. Naturaleza jurídica.

Tercero. Que, el artículo 48 de la LOSMA, que regula las medidas provisionales que puede decretar el Superintendente del Medio Ambiente, 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".

Cuarto. Que, el mismo artículo contempla la posibilidad de que estas medidas provisionales puedan ser dictadas incluso antes del inicio del procedimiento sancionador, prescribiendo que: "*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*". Como puede advertirse de lo expuesto, tratándose de medidas provisionales preprocedimentales, la regulación se remite al artículo 32 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, "Ley N° 19.880").

Quinto. Que, en efecto, el artículo 32 de la Ley N° 19.880, que regula las medidas provisionales en la actividad administrativa, dispone que pueden ser adoptadas también previo al inicio del procedimiento administrativo, señalando al efecto que: "[…] *Antes de la iniciación del procedimiento*

administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes. 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. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes". De lo expuesto, aparece que las medidas provisionales del artículo 48 de la LOSMA deben cumplir, además, en el caso que sean dictadas previo al inicio del procedimiento, con los requisitos y elementos establecidos en el artículo 32 de la Ley N° 19.880.

Sexto. Que, sobre las medidas provisionales, en su reglamentación general del artículo 32 de la Ley N° 19.880, la doctrina administrativista ha afirmado que: "*Tratadas en el artículo 32 de la LBPA, implican que una vez que el procedimiento se ha iniciado, el órgano administrativo respectivo podrá, de oficio o a petición de parte, adoptar las medidas provisionales que estime necesarias con el objeto de asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para eso. Sin embargo, el órgano administrativo también podrá adoptar las medidas que correspondan, con anterioridad a la iniciación del procedimiento administrativo, de oficio o a petición de parte, en casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados*" (BERMUDEZ SOTO, Jorge. *Derecho Administrativo General*. 2a ed. Santiago: Thompson Reuters, 2011. p. 159-160).

Séptimo. Que, a su turno, la Excma. Corte Suprema ha señalado

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* […]" (Excma. Corte Suprema, Rol N° 61.291-2016, de 24 de abril de 2017, c. 14).

Octavo. Que, el Tercer Tribunal Ambiental ha indicado también lo siguiente: "*Que, la aplicación de medidas provisionales no queda exenta de garantías para el regulado, ya que de acuerdo con el art. 48 de la LOSMA, en sus incisos primero y tercero, éstas deben ser motivadas y son esencialmente temporales, pudiendo ser alzadas si dejan de presentarse las condiciones que las justificaron; y procediendo, en todo caso, su impugnabilidad jurisdiccional en conformidad a la ley* […]" (Tercer Tribunal Ambiental, Rol R N° 11-2015, de 4 de agosto de 2015, c. 74).

Noveno. Que, sobre las medidas provisionales en general, este Tribunal ha sostenido que sus características son las siguientes: "[…] *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 sustantiva de la resolución definitiva; iv) la proporcionalidad e idoneidad, características que apuntan a la consistencia y equilibrio que 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* […]" (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 44-2014, de 4 de diciembre de 2012, c. 10).

Décimo. Que, respecto de las medidas provisionales contempladas en el artículo 48 de la LOSMA, este Tribunal ha resuelto previamente en la misma sentencia ya citada que: "[…] *En consecuencia, las medidas provisionales que puede adoptar la SMA comparten, directa o supletoriamente, todas las otras características señaladas en el considerando décimo. En efecto, precisamente el inciso primero del artículo 48, transcrito en el considerando anterior se refiere a la inminencia, cuestión que está indudablemente vinculada a la urgencia. Por su parte, la instrumentalidad se verifica en lo dispuesto en el inciso primero y segundo al utilizarse las expresiones 'Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador' y 'antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador'. El inciso tercero reconoce, en tanto, el requisito de la provisionalidad al mencionar la temporalidad y duración de las medidas, señalando que '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'*" (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 44-2014, de 4 de diciembre de 2012, c. 18-19).

Undécimo. Que, de lo indicado en los considerandos precedentes, es posible concluir que la LOSMA caracteriza a las medidas provisionales, contempladas en su artículo 48, como un tipo de medida cautelar para situaciones de urgencia o inminencia de riesgo de daño al medio ambiente o a la salud de las personas, de carácter esencialmente instrumental y provisoria. Luego, tratándose de medidas provisionales adoptadas en sede preprocedimental, su adopción exige una resolución fundada que justifique, además, su finalidad exclusivamente cautelar y su proporcionalidad con el tipo de infracción cometida y con las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Asimismo, estas se encuentran limitadas por su esencial provisionalidad, por cuanto no pueden tener una duración superior a 15 días desde su adopción, y por la necesidad de su confirmación, modificación o levantamiento al inicio del procedimiento respectivo.

B. Elementos.

Duodécimo. Que, sobre los elementos básicos de las medidas provisionales, en referencia a su naturaleza cautelar, se ha señalado que: "*Las medidas provisionales son consideradas como un tipo de medidas cautelares o bien como providencias de urgencia, cuyos requisitos pueden agruparse en: a) periculum in mora o la existencia de daño inminente; b) fumus boni iuris o apariencia de buen derecho o apariencia de la comisión de una infracción y, finalmente, c) proporcionalidad*" (BORDALI SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván. *El Contencioso Administrativo Ambiental*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2017. p. 355). Luego, las medidas provisionales preprocedimentales constituyen una especie de medida provisional, de manera tal que también han de cumplir con los elementos básicos indicados.

Decimotercero. Que, de esta forma, las medidas provisionales preprocedimentales deben cumplir tanto con los requisitos generales de toda medida cautelar, como con los supuestos y elementos que son propios de esta institución, vinculados con su carácter eminentemente cautelar, instrumental, provisional y proporcional.

Decimocuarto. Que, de todo lo expuesto, se desprende que en general para la adopción de medidas provisionales por parte de la SMA se requiere: i) La existencia de la apariencia de comisión de una infracción o antecedentes que den cuenta de una situación de riesgo para el medio ambiente o la salud de las personas (humo de buen derecho); ii) Que el riesgo o peligro de daño al medio ambiente o a la salud de las personas sea de carácter inminente (peligro en la demora); iii) Proporcionalidad con los hechos que le sirven de fundamento; iv) Solicitud fundada del Fiscal Instructor; y, v) Que se ordenen por el Superintendente del Medio Ambiente. Adicionalmente, en el caso de las medidas provisionales

preprocedimentales se agrega que éstas: i) Deben decretarse con fines exclusivamente cautelares; ii) Proceden solo en casos de urgencia; iii) La proporcionalidad de estas debe vincularse al tipo de infracción y a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA; y, iv) Deben ser confirmadas, modificadas o levantadas dentro de los 15 días siguientes a su adopción, encontrándose vinculadas necesariamente con el procedimiento sancionatorio, pudiendo ser adoptadas dentro de éste o previo a su inicio, como en el caso de autos.

Decimoquinto. Que, en consecuencia, las medidas provisionales decretadas por la SMA deben cumplir con los requisitos y elementos anteriormente analizados. De lo contrario, la resolución que las decreta incurre en un vicio que puede conllevar su nulidad. De esta forma, corresponde analizar las alegaciones realizadas por la reclamante y la reclamada a fin de revisar la legalidad de las medidas provisionales preprocedimentales decretadas por la SMA en contra de Hidroeléctrica Roblería SpA mediante la Resolución Exenta N° 1.369/2018.

2. Humo de buen derecho e hipótesis de elusión.

Decimosexto. Que, la reclamante sostiene que las medidas provisionales decretadas no satisfacen el requerimiento de *fumus boni iuris* o 'humo de buen derecho' para justificar su adopción, debido a la falta de fundamentos, ausencia de una infracción que sea de competencia de la SMA y existencia de errores en los supuestos bajo los cuales se construyó la existencia de riesgo. Agrega que, de conformidad al artículo 32 de la Ley N° 19.880, deben existir elementos de juicio suficientes para dictar medidas provisionales, lo que, a su parecer, no se verificaría en la especie por los siguientes motivos.

Decimoséptimo. Que, en primer lugar, la reclamante alega que la SMA yerra al sustentar el supuesto de elusión en que se habría ejecutado un proyecto listado en el artículo 3° del

Reglamento del SEIA, toda vez que, a su parecer, la SMA confunde la capacidad proyectada de una obra hidráulica con los derechos de aprovechamiento de aguas que dispone un titular. Expone que el proyecto consiste en la construcción de un canal que no consisten en una obra mayor de aquellas que requieren la autorización del artículo 294 del Código de Aguas y que tampoco cuenta con una capacidad de porteo superior a 2 m^3/s, por lo que no es posible calificar el proyecto como una obra mayor que requiera ingresar previamente al SEIA. Explica que el caudal considerado en el proyecto de construcción de bocatoma se refiere a los derechos de agua otorgados al titular y no a la capacidad de conducción del acueducto. Indica que el oficio Ord. DARH N° 208, de 8 de noviembre de 2018, del Jefe del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA (en adelante, "Ord. DARH N° 208/2018"), dispuso que "*el mero hecho de contar con derechos de aprovechamiento de aguas por un monto mayor a 2 m3/s, no implica que el mayor monto de caudal constituido corresponda necesariamente al caudal de diseño de la aducción*". Adiciona la reclamante que el oficio Ord. DGA N° 1612, de 12 de octubre de 2017, del Director Regional (S) del Maule, que sirvió de sustento para la hipótesis de elusión, es un instrumento de carácter remisor de los antecedentes pertinentes a la Unidad de Obras Mayores del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA, siendo aquel el órgano competente para determinar si el proyecto constituye una obra mayor a la luz de lo prescrito en el artículo 294 del Código de Aguas.

Decimoctavo. Que, en segundo lugar, la reclamante afirma que habiéndose solicitado un pronunciamiento al Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA, éste señaló, mediante el ya citado oficio Ord. DARH N° 208/2018, que el proyecto presentado por HR no constituye una obra que requiera obtener el permiso del artículo 294 del Código de Aguas, agregando que "[…] *la autorización de operación del proyecto quedará limitada al caudal de diseño de la aducción que nace de la bocatoma* […]" y concluyendo que "[…] *al considerar que la aducción proyectada en el estero Nacimiento responde a un*

caudal de diseño de 1,9 m³/s, el acueducto no podrá conducir en condición normal de operación un caudal superior y, por lo tanto, no se daría la condición de porteo estipulada para una obra de la letra b) del artículo 294 del Código de Aguas".

Decimonoveno. Que, en tercer lugar, la reclamante indica que presentó dos consultas de pertinencia a la Dirección Regional del Maule del SEA, institución que resolvió mediante las Resoluciones Exentas N° 96/2015 y N° 12/2017, que "[…] *es posible concluir que el Proyecto no constituye un cambio de consideración en los términos definidos por el artículo 2° del RSEIA* […]", en tanto las obras del proyecto "*no constituyen un proyecto o actividad listada en el artículo 3° del RSEIA. En razón de lo anterior, es posible concluir que el Proyecto no se encuentra tipificado por sí mismo en ninguno de los literales del artículo 3° del RSEIA*". Agrega que estas resoluciones indicaron también que "[…] *en relación al análisis del artículo 2° letra g.3 del RSEIA, no se han identificado modificaciones sustantivas en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad evaluados en el proceso de calificación ambiental de la DIA*". En este sentido, argumenta la reclamante, que para considerar la existencia de infracción por elusión de ingreso al SEIA, la SMA debe contar con un informe previo del SEA, organismo que se habría pronunciado en dos oportunidades resolviendo que el proyecto no requiere ingresar al SEIA. Indica que la SMA ha aceptado y reconocido, en el contexto de programas de cumplimiento, las consultas de pertinencia como acciones tendientes a corregir y enmendar las infracciones atribuidas a los regulados, de lo que es posible colegir que les atribuiría un valor jurídico relevante a estos efectos.

Vigésimo. Que, en último lugar, la reclamante sostiene que la SMA ha aplicado erróneamente el artículo 2° letra g.2 del Reglamento del SEIA, toda vez que esta norma se refiere a proyectos anteriores a la entrada en vigor del SEIA, que posteriormente son modificados o complementados, cuando dichas modificaciones constituyan una actividad o proyecto listado en

el artículo 3° del Reglamento del SEIA, lo que no ocurre en este caso ya que el proyecto original sí cuenta con licencia ambiental, cual es la RCA N° 187/2010.

Vigésimo primero. Que, por su parte, la reclamada responde que no es necesario acreditar la existencia de una infracción administrativa para dictar una medida provisional, sino que basta con generar una presunción razonable de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. Agrega que para la dictación de una medida provisional debe existir el denominado 'humo de buen derecho', que significa la existencia de "[…] *una apariencia de que existe el derecho o, en este caso, de que existe una infracción cometida*". Indica que lo que se debe analizar es si con los antecedentes que se encontraban disponibles al momento de la dictación de las medidas provisionales era posible construir una hipótesis válida de daño inminente al medio ambiente o salud de las personas.

Vigésimo segundo. Que, la reclamada señala respecto del primer argumento que, en este caso, el daño inminente se configuró no sólo por la elusión que fue denunciada por la DGA de la Región del Maule, sino también porque "[…] *se constató y consideró que las obras se estaban construyendo sin la autorización de la DGA, generando efectos al medio ambiente que ampliaban los impactos ambientales evaluados del proyecto*". Indica que se consideró también la publicación en el Diario Oficial de una solicitud de construcción de bocatoma por parte de HR, cuyo punto de captación se encuentra en el estero Nacimiento y que estaría diseñada para captar caudales superiores a los 2 m^3/s. En tal sentido, aclara que si bien la solicitud se refiere a la construcción de una bocatoma, en ella se hace referencia a la tubería que forma parte de la aducción. Indica la reclamada que se tuvieron en cuenta también los antecedentes recabados en las acciones de fiscalización, los que dejaron en evidencia que la ejecución de las obras generó la afectación de tres quebradas y un constante vertimiento de material sobre el estero Nacimiento, afectándose con ello el libre escurrimiento

de las aguas y generando efectos al medio ambiente. Concluye la reclamada que el riesgo ambiental fue suficientemente motivado a través de los antecedentes que se tuvieron a la vista al momento de la dictación de las medidas provisionales.

Vigésimo tercero. Que, respecto del segundo argumento, la reclamada replica que la argumentación de HR omite el factor temporal, toda vez que el oficio Ord. DARH N° 208/2018 fue dictado el día 8 de noviembre de 2018, esto es, con posterioridad a la adopción de las medidas provisionales, de manera que no resulta posible cuestionar el acto administrativo en base a un antecedente que no existía al momento de su dictación. Expone la reclamada, que no existe claridad respecto de la naturaleza jurídica de las obras ejecutadas por HR, ya que la DGA ha entregado información disímil y contradictoria, no existiendo aún un pronunciamiento definitivo sobre el particular, estando pendiente de resolución el expediente VC-0703-51, referido a la solicitud de aprobación de bocatoma y cruce de quebradas asociadas a las obras. Indica que el oficio Ord. DARH N° 208/2018 no despejó las dudas existentes sobre la hipótesis de elusión, ya que carece de un análisis técnico de las obras, considerando solamente la capacidad informada por el titular en un examen que se verificó en tan solo un día. Señala que, de acuerdo al propio oficio en cuestión, "[…] *la determinación definitiva sobre si el acueducto es o no una obra hidráulica mayor, se realizará en la 'segunda fase de recepción de obras'*". Argumenta la reclamada que la situación de incertidumbre en torno a la real capacidad del ducto no impide la dictación de medidas provisionales, considerando que estas responden a la aplicación de los principios preventivo y precautorio. Agrega que las medidas provisionales, en este caso, tienen una naturaleza correctiva, siendo adoptadas ante una hipótesis de elusión en una investigación que constató la afectación de tres quebradas y el vertimiento constante de material en el estero Nacimiento, afectando el libre escurrimiento de las aguas, entre otros efectos al medio ambiente. Concluye que la SMA adoptó las medidas ante la existencia de un riesgo ambiental, no correspondiendo analizar

en esta sede cautelar los cuestionamientos a la hipótesis de elusión imputada, toda vez que con los antecedentes existentes no era, ni es posible su descarte.

Vigésimo cuarto. Que, respecto del tercer argumento, sobre la existencia de dos consultas de pertinencia y su valor jurídico, la reclamada no se refiere a ello en su informe.

Vigésimo quinto. Que, sobre el cuarto argumento, referente a la supuesta aplicación errónea del artículo 2° letra g.2 del Reglamento del SEIA, la reclamada sostiene, citando doctrina nacional, que las normas que regulan el SEIA aplican tanto a los proyectos nuevos, como a las modificaciones o ampliaciones de proyectos ya existentes, conforme se desprende el artículo 8° de la Ley N° 19.300. Entiende la reclamada que carece de sentido afirmar que luego de contar con una Resolución de Calificación Ambiental (en adelante, "RCA"), un proyecto no pueda ser objeto de cambios de consideración, ya que ello implicaría congelar el proyecto en un contexto en que la evaluación ambiental es esencialmente dinámica.

Vigésimo sexto. Que, como se ha expuesto, uno de los elementos fundamentales para la adopción de medidas provisionales, en tanto providencias de naturaleza cautelar, es el 'humo de buen derecho', en este caso, la apariencia de la comisión de una infracción o de una conducta que importe riesgo inminente para el medio ambiente o para la salud de las personas.

Vigésimo séptimo. Que, en el presente caso, la SMA configura el 'humo de buen derecho' en la apariencia de la comisión de una infracción, fundada en dos elementos principales. Por una parte, argumenta la existencia de una posible elusión al SEIA por parte de HR respecto de su proyecto "*Construcción de canal de 1,9 m3/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares*". Por otra parte, afirma que se estaban ejecutando obras que requerían el permiso del artículo 294 del Código de Aguas sin autorización de la DGA, por cuanto el proyecto

constituye una obra hidráulica mayor, generando efectos al medio ambiente y que ampliaban los impactos ambientales evaluados del proyecto.

Vigésimo octavo. Que, para resolver la presente controversia, en particular respecto de la configuración del elemento 'humo de buen derecho' en base a la supuesta elusión al SEIA y al valor jurídico de las consultas de pertinencia, resulta útil definir cuál es la autoridad competente para determinar si un proyecto requiere ingresar obligatoriamente al SEIA. En efecto, de conformidad al artículo 8° de la Ley N° 19.300 los proyectos o actividades que se encuentren listados en el artículo 10, del mismo cuerpo legal, solo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental. Luego, el mismo artículo 8° dispone en su último inciso que: "[…] *Corresponderá al Servicio de Evaluación Ambiental, la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental, así como la coordinación de los organismos del Estado involucrados en el mismo, para los efectos de obtener los permisos o pronunciamientos a que se refiere el inciso anterior*".

Vigésimo noveno. Que, asimismo, el catálogo de potestades del SEA, contenido en el artículo 81 de la Ley antedicha, incorpora en su letra (a) la función central de dicho organismo: "*La administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*", junto con establecer en la letra (g) que debe: "*Interpretar administrativamente las Resoluciones de Calificación Ambiental* […]". Es decir, todas las cuestiones que digan relación con la implementación del instrumento de gestión ambiental SEIA y con la modificación de su acto terminal, la RCA, corresponden de manera privativa al SEA.

Trigésimo. Que, adicionalmente, las letras i), j) y k) del artículo 3° de la LOSMA, contemplan como facultad del Superintendente del Medio Ambiente el "*i) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyecto* […]" para que "[…] *sometan a dicho*

Sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental […]", así sus "[…]*modificaciones o ampliaciones*" y también en los casos en que los titulares "[…] *hubieren fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo* […]". Como se puede apreciar, en todos los casos en que el Superintendente del Medio Ambiente se encuentra facultado para requerir el ingreso al SEIA, existe un rol asignado al SEA, quien debe pronunciarse previamente.

Trigésimo primero. Que, a nivel reglamentario, señala el artículo 26 del Reglamento del SEIA, lo siguiente: "*Consulta de pertinencia de ingreso. Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia*".

Trigésimo segundo. Que, respecto del órgano competente para definir la pertinencia de ingreso al SEIA, señala el Instructivo sobre Consultas de Pertinencia de Ingreso de Proyectos o Actividades o sus modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contenido en el Ord. N° 131.456, de 12 de septiembre de 2013, del Director Ejecutivo del SEA, que: "*Conforme a lo indicado en el artículo 26 del Reglamento del SEIA, el órgano competente para pronunciarse sobre si un proyecto o actividad o su modificación debe someterse al SEIA, es el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda. Por lo demás, la facultad de éstos para pronunciarse respecto de las consultas de pertinencia de ingreso al SEIA se encuentra reconocida por la Contraloría General de la República, en sus dictámenes N°s 27.856, de 2005; 45.330, de 2008 y 31.287, de 2010*".

Trigésimo tercero. Que, además, el Director Ejecutivo del SEA complementó el Instructivo señalado en los considerandos precedentes, mediante el Ord. N° 142.090, de 27 de noviembre de 2014, en el cual se aclara que: "[…] *La solicitud de pronunciamiento o consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, no constituye un requisito previo necesario para el otorgamiento de un permiso sectorial, sino que más bien consiste en un trámite efectuado por los proponentes, de carácter voluntario y previo al eventual sometimiento de un proyecto o actividad, o de su modificación, al SEIA*".

Trigésimo cuarto. Que, para la doctrina nacional la consulta de pertinencia: "[…] *Consiste en un procedimiento administrativo que se inicia con una consulta de un interesado en desarrollar un proyecto o actividad, que normalmente consiste en una modificación de una actividad ya existente, acerca de la necesidad de sometimiento del mismo al SEIA*" (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2a ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016. p. 295). Además, respecto a las facultades de la SMA para requerir el ingreso al SEIA, el mismo autor ha señalado que a diferencia del SEA "[…] *la SMA sí debe solicitar informe al SEA para requerir el sometimiento al SEIA* (art. 3 letras i); j); y k) LOSMA)", destacando, en este contexto, la importancia de la "[…] *aplicación rigurosa de los principios de coordinación administrativa y de protección de la confianza legítima*" (Ibíd, p. 295).

Trigésimo quinto. Que, en el presente caso, el titular había solicitado pronunciamiento de la Dirección Regional del Maule del SEA respecto a si el proyecto de modificación debía ingresar al SEIA. Al respecto, la Dirección Regional señaló en su Resolución Exenta N° 96, de 12 de agosto de 2015, que "[…] *es posible concluir que el Proyecto no constituye un cambio de consideración en los términos definidos por el artículo 2° letra g) del RSEIA*" (destacado del original), debido a dos razones, la primera, porque "[…] *el Proyecto no se encuentra tipificado por sí mismo en ninguno de los literales del*

artículo 3° del RSEIA […], y la segunda, porque "[…] *no se han identificado modificaciones sustantivas en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad* […]". Finalmente, se concluye en la resolución en comento que "[…] *el proyecto denominado 'Construcción de canal de 1.5 m3/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares'*, […] *no requiere ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) de forma obligatoria* […]" (destacado del original). Más tarde, la misma Dirección Regional del SEA concluyó en la Resolución Exenta N° 12, de 10 de enero de 2017, con idéntica fundamentación a la Resolución Exenta N° 96/2015, que "[…] *el proyecto denominado 'Construcción de canal de 1.9 m3/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares'*, […] *no requiere ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) de forma obligatoria* […]" (destacado del original).

Trigésimo sexto. Que, como se ha expuesto, conforme al artículo 8° de la Ley N° 19.300 y al artículo 26 del Reglamento del SEIA, la autoridad competente para determinar si un proyecto o actividad o su modificación requiere ingresar al SEIA es el Director Regional del SEA o su Director Ejecutivo, según corresponda. Esta conclusión se refuerza precisamente en el artículo 3° de la LOSMA, ya citado, en que el Superintendente del Medio Ambiente se encuentra facultado para requerir el ingreso de un proyecto o actividad al SEIA únicamente previo informe del SEA, éste es el órgano de la Administración facultado legalmente para dicha determinación.

Trigésimo séptimo. En consecuencia, existiendo dos pronunciamientos del órgano competente para determinar el ingreso de un proyecto o actividad al SEIA, señalando explícitamente que el proyecto de modificación no requería ingresar obligatoriamente al SEIA, la apariencia de haberse cometido una eventual infracción se ve comprometida como fundamento de la adopción de medidas provisionales de carácter

preprocedimental. En efecto, de los antecedentes existentes, en los cuales se fundaron tanto la resolución que decretó las medidas provisionales como la que resolvió el recurso de reposición, se desprende que no se configuró dicha apariencia, lo que debe entenderse sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva en el procedimiento administrativo sancionatorio relativo a la eventual elusión. En otras palabras, el 'humo de buen derecho' conduce a la conclusión contraria a la que arribó la entidad fiscalizadora.

Trigésimo octavo. Que, respecto del segundo argumento de 'humo de buen derecho', referido a la naturaleza de las obras ejecutadas por la reclamante, aparece que la imputación de elusión al SEIA se basó en que el proyecto de modificación, en opinión de la SMA, consistía en una obra hidráulica mayor que requería el permiso sectorial del artículo 294 del Código de Aguas.

Trigésimo noveno. Que, sobre el particular, se indica en la Resolución Exenta N° 1.369/2018 de la SMA que "[…] *mediante el Ord. DGA N° 1612 del 12 de octubre de 2017, se derivó a la Unidad de Obras Mayores de la DGA, una solicitud de bocatoma y cruce de quebrada asociadas a las obras antes descritas, toda vez que el acueducto en análisis tendría la capacidad de conducir un caudal superior a los 2 m3/s, siendo por tanto una 'obra hidráulica mayor'*". Agrega la resolución que también se consideró la publicación en el Diario Oficial de un "[…] *extracto de una solicitud de construcción de bocatoma por parte de Hidroeléctrica Roblería, cuyo punto de captación se encuentra Estero Nacimiento y que estaría diseñada para captar caudales superiores a los 2 m3/s*".

Cuadragésimo. Que, a su vez, el artículo 294 del Código de Aguas prescribe, en lo pertinente, que: "[…] *Requerirán la aprobación del Director General de Aguas* […] *la construcción de las siguientes Obras: b) Los acueductos que conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo* […]".

Cuadragésimo primero. Que, sin embargo, consta en autos el oficio Ord. DARH N° 208/2018, en el cual se afirma claramente que: "[…] *En atención al proyecto en evaluación que justifica el desarrollo de la Aducción desde el estero Nacimiento, así como a lo informado complementariamente en su presentación de la Suma, este Servicio deberá considerar como caudal de diseño de la obra de conducción, el valor de 1,9 m3/s*". Luego continúa señalando que "[…] *al considerar que la aducción proyectada en el estero Nacimiento responde a un caudal de diseño de 1,9 m3/s, el acueducto no podrá conducir en condición normal de operación, un caudal superior y, por lo tanto, no se daría la condición de porteo estipulada para una obra de la letra b) del artículo 294 del Código de Aguas*", concluyendo que al proyecto "Bocatoma Estero Nacimiento" "[…] *sólo le sería exigible el permiso estipulado en los artículos 151 y siguientes del Código de Aguas*".

Cuadragésimo segundo. Que, de lo expuesto, se concluye que la SMA debió haber ponderado este antecedente al momento de resolver el recurso de reposición interpuesto por la reclamante, conforme aparece que las obras asociadas al proyecto "Construcción de canal de 1,9 m^3/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares" no requerían el permiso del artículo 294 del Código de Aguas. Nuevamente, el 'humo de buen derecho' llevaba a una conclusión diversa a la que llegó la Superintendencia. Al haber rechazado la reposición administrativa sin considerar lo expuesto en el oficio señalado constituye, a juicio del Tribunal, un vicio de ilegalidad de la Resolución Exenta N° 1.486/2018, cuya entidad obliga a ordenar su anulación.

Cuadragésimo tercero. Que, por otro lado, si bien el antecedente señalando -el oficio Ord. DARH N° 208/2018- no existía al momento de la dictación de la Resolución Exenta N° 1.369/2018, no es menos cierto que sí estuvo a disposición de la SMA al resolver el recurso de reposición interpuesto y, por lo tanto, debió haber sido debidamente considerado al

emitir dicho pronunciamiento. Además, el argumento de la SMA para rechazar el recurso de reposición, a este respecto, tampoco resulta efectivo, pues el oficio señala expresamente, por un lado, que las obras no requieren el permiso del artículo 294 del Código de Aguas, y por otro, que la segunda fase a que el mismo se refiere guarda relación con la recepción de las obras y autorización de funcionamiento. En conclusión, la segunda fase a que alude la SMA no se refiere a la determinación de la pertinencia del permiso del artículo 294 del Código de Aguas, sino a la recepción de las obras y su autorización de funcionamiento, resultando patente que la pertinencia de un permiso no puede ser definida con posterioridad a la recepción de las obras.

Cuadragésimo cuarto. Que, de los dos puntos expuestos, se concluye que la SMA, al momento de resolver el recurso de reposición deducido por HR, contaba al menos con tres antecedentes que contradecían la apariencia de una infracción de elusión al SEIA. Estos son las Resoluciones Exentas N° 96/2015 y 12/2017 del Director Regional del Maule del SEA, y el oficio Ord. DARH N° 208/2018 del Jefe del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA.

Cuadragésimo quinto. Que, respecto al tercer argumento, referido al valor jurídico de las consultas de pertinencia, se debe tener presente lo razonado en los considerandos vigésimo octavo al trigésimo séptimo. Si bien es cierto que la consulta de pertinencia es un trámite de carácter voluntario y no constituye un permiso ambiental sectorial, el SEA es el organismo de la Administración del Estado competente para determinar la necesidad de ingreso al SEIA de un proyecto o actividad. De esta forma, el pronunciamiento del SEA a raíz de la consulta realizada por el titular, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 3° de la Ley N° 19.880, constituye un acto administrativo de juicio, constancia o conocimiento que, a la luz del principio de confianza legítima, ampara la actividad en los términos que ha sido propuesta. En consecuencia, y una

vez más, el humo de buen derecho indicaba lo contrario a lo sostenido por la SMA.

Cuadragésimo sexto. Que, sobre el cuarto argumento, y sin perjuicio de lo concluido en los considerandos precedentes, referido a la supuesta errónea aplicación del artículo 2° letra g.2 del Reglamento del SEIA por parte de la SMA, se debe tener presente que esta norma resulta aplicable, de acuerdo a su texto expreso, a "[…] *los proyectos que se iniciaron de manera posterior a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras y acciones que no han sido calificadas ambientalmente y las partes, obras o acciones tendientes a intervenirlo o complementarlo, constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento*".

Cuadragésimo séptimo. Que, al respecto, se debe tener presente que la autoridad pertinente, esto es, la Dirección Regional del Maule del SEA también se había pronunciado sobre el proyecto sometido por titular a consulta de pertinencia. En efecto, como se indicó en el considerando trigésimo quinto, la Dirección Regional del SEA había determinado que el proyecto no constituía un cambio de consideración a la luz del artículo 2° letra g) del Reglamento del SEIA, por no corresponder a un proyecto listado en ninguno de los literales del artículo 3° de dicho reglamento y porque no se identificaron modificaciones sustantivas en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto Hidroeléctrica Roblería.

Cuadragésimo octavo. Que, de esta forma, resulta efectivo que el artículo 2° letra g.2 del Reglamento SEIA contempla en su hipótesis normativa tanto a los proyectos previos a la existencia del SEIA como aquellos que se iniciaron en forma posterior. No obstante, el órgano competente ya había emitido un pronunciamiento expreso sobre la materia, concluyendo que el proyecto de modificación no requería ingresar obligatoriamente al SEIA, de manera que tampoco se configura el elemento 'humo de buen derecho' por este motivo.

Cuadragésimo noveno. Que, por todo lo señalado, es que la SMA incurrió en un vicio de ilegalidad tanto al dictar la Resolución Exenta N° 1.369/2018 en base a la hipótesis de elusión sin considerar el pronunciamiento emitido en las consultas de pertinencia, como al rechazar el recurso de reposición de deducido sin ponderar debidamente el oficio Ord. DGA DARH N° 208/2018.

3. Peligro en la demora y daño inminente al medio ambiente o a la salud de la población.

Quincuagésimo. Que, la parte reclamante sostiene que las medidas decretadas no satisfacen el requisito *periculum in mora* o peligro de retardo, por cuanto no es efectivo que la Resolución Exenta N° 1.369/2018 se hubiere fundado en que se estarían generando efectos que amplían los impactos evaluados del proyecto, sino que se basó en el eventual riesgo de entorpecimiento del estero Nacimiento, situación que no ha acaecido.

Quincuagésimo primero. Que, la reclamante agrega que el riesgo atribuido por la SMA es inexistente, toda vez que no se configuró la hipótesis de elusión que le sirve de fundamento. Argumenta que el acueducto no generará riesgos con ocasión de la conducción del agua, roturas, filtraciones o fracturas que pudieran crear peligro. Añade que no existe riesgo de entorpecimiento total del cauce del estero Nacimiento, el agua se encuentra corriendo libremente, sin que exista antecedente técnico alguno que permita sostener la existencia de una disminución del caudal pasante aguas abajo del área intervenida. Alega también que el incidente ocurrido en el mes de junio se generó por la acumulación temporal de material a un costado del camino y por la existencia de vientos y lluvias de gran intensidad que removieron dicho material, condiciones que no existen actualmente ya que la DGA ordenó, el 5 de octubre de 2018, la paralización de las obras. Aduce la reclamante que la SMA tomó como un hecho cierto lo señalado en el informe de

la DGA, en circunstancias que la DGA asoció la posibilidad de daño inminente a la ejecución de obras de construcción en el sector, actividades que cesaron con anterioridad a la adopción de las medidas provisionales.

Quincuagésimo segundo. Que, la reclamada, a su vez, argumenta que las medidas se fundamentaron no solo en la elusión al SEIA, sino que también en que la construcción del ducto tuvo como consecuencia la afectación de tres quebradas y el constante vertimiento de material sobre el estero Nacimiento, afectándose con ello el libre escurrimiento de las aguas y provocándose cambios en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto. Agrega que la resolución que decretó las medidas se refiere al peligro de interrupción total del estero Nacimiento a raiz de la alta pendiente existente en la zona, lo que facilita el eventual escurrimiento de material hacia su cauce, considerando además la sostenida baja de su caudal en época estival, lo que implicaría una menor capacidad de remoción de material acrecentando con ello las posibilidades de colapso del cauce. Señala que estos antecedentes demuestran la existencia de un riesgo ambiental, ante el cual el actuar oportuno de la autoridad permite evitar un daño inminente al medio ambiente y a la salud de las personas, ameritando la adopción de medidas de naturaleza cautelar.

Quincuagésimo tercero. Que, la reclamada agrega que las medidas provisionales se adoptaron en un contexto de daño inminente para el medio ambiente y la salud de las personas, sustentadas en la hipótesis de riesgo ambiental existente en relación con una denuncia por elusión al SEIA, con una solicitud de construcción de bocatoma por más de 2 m^3/s y con la magnitud de la afectación al estero Nacimiento y sus quebradas aledañas. Agrega que la hipótesis de riesgo no se ve refutada por el oficio Ord. DGA DARH N° 208/2018, que no existía al momento de su dictación y que más bien apunta a controvertir una eventual formulación de cargos.

Quincuagésimo cuarto. Que, concluye la reclamada que la

hipótesis de riesgo, en este caso, satisface plenamente los criterios legales y jurisprudenciales para la adopción de las medidas provisionales establecidas en el artículo 48 de la LOSMA.

Quincuagésimo quinto. Que, como se expuso previamente, el segundo elemento fundamental para revisar la legalidad de la resolución que decretó las medidas provisionales preprocedimentales es la existencia de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, en el contexto del elemento 'peligro en la demora'.

Quincuagésimo sexto. Que, sobre este presupuesto, resulta relevante tener presente la relación entre daño inminente y riesgo, respecto de la cual se ha pronunciado este Tribunal en diversas oportunidades. En efecto, se ha señalado que: "[…] *En términos generales, el daño al medio ambiente o a la salud de las personas es el resultado de la materialización de un riesgo, el que a su turno está determinado por el peligro que puede generar, por ejemplo, un contaminante ante una determinada exposición en un caso en concreto*". En consecuencia, "[…] *riesgo y daño inminente, para efectos de la adopción de las medidas provisionales, son expresiones en efecto intercambiables, pues se trata de un escenario todavia no, o no del todo, concretado*" (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 44-2014, de 4 de diciembre de 2015, c. 56; en el mismo sentido, Rol R N° 97-2016).

Quincuagésimo séptimo. Que, se debe hacer presente que la Resolución Exenta N° 1.369/2018 de la SMA fundamenta la hipótesis de riesgo en la existencia de una denuncia por elusión al SEIA, de una solicitud de construcción de bocatoma por más de 2 m^3/s y atendida la magnitud de la afectación al estero Nacimiento y sus quebradas aledañas.

Quincuagésimo octavo. Que, en este caso, consta de los antecedentes existentes en autos, en el expediente de medida provisional MP-024-2018 y en el procedimiento sancionatorio

iniciado con posterioridad Rol D-109-2018, que con fecha 5 de octubre de 2018 la DGA de la Región del Maule decretó la paralización total de las obras asociadas al proyecto "Construcción de canal de 1,9 m^3/s, para entregar agua por 5 meses para Generación Eléctrica a Mini Central de Paso, Sector Roblería, comuna de Linares".

Quincuagésimo noveno. Que, la orden de paralización decretada por la DGA de la Región del Maule se fundamenta en el Informe Técnico de Fiscalización N° 43, de 27 de septiembre de 2018. De este informe es posible extraer que dicho servicio identificó tres riesgos en su visita, a saber: i) Riesgo de interrupción total o colapso del flujo del estero Nacimiento en la temporada estival (2018-2019), debido a la menor escorrentía y la acumulación de material vertido al mismo por la implementación de las obras del proyecto; ii) Riesgo de derrumbes en las laderas del estero Nacimiento producto de la ausencia de un *sistema de retención de material* (vegetación natural); y, iii) Riesgo de remoción en masa desde las quebradas intervenidas y afluentes del estero Nacimiento, debido a la excesiva humedad del material que las obstruye.

Sexagésimo. Que, por otra parte, aparece del mismo informe de fiscalización que los factores asociados a dichos riesgos guardan relación, en primer lugar, con que "[…] *según lo informado por la empresa constructora, se debe seguir trabajando en bajar la cota de la faja en construcción, lo que según este Servicio irremediablemente traerá mayor acumulación de material en el estero Nacimiento, estando en peligro su interrupción total, a raíz de la alta pendiente existente en la zona (promedio de 65%)*"; en segundo lugar, con que "[…] *ante la sostenida baja de caudales que traerá el estero Nacimiento a medida que avanza hacia la estación veraniega, se prevé una menor capacidad de remoción de material producto del escurrimiento de las aguas* […]" y, en tercer lugar, que "[…] *dada las altas pendientes y el tipo de suelo descubierto que está quedando en la zona, sobre todo ante eventos de precipitaciones en la zona* […]" (destacado del Tribunal). De

lo expuesto, se aprecia que los factores que inciden en que los riesgos identificados se verifiquen guardan relación con la ejecución de los trabajos y con la consecuente acumulación de material, con la supuesta menor capacidad de remoción del estero Nacimiento en la época estival y con la existencia de eventos de precipitaciones en la zona.

Sexagésimo primero. Que, de lo expuesto se desprende que el principal factor asociado a los riesgos identificados por la DGA guardaba relación con la ejecución de los trabajos de construcción de la faja de servidumbre, obras que, como se dijo, estaban paralizadas por orden del órgano sectorial competente, por lo que no cabe sino descartar la existencia de un riesgo inminente de daño al medio ambiente o a la salud de las personas a este respecto, pues la actividad que generaba el riesgo, esto es la construcción de la faja, ya se encontraba paralizada.

Sexagésimo segundo. Que, respecto del segundo factor asociado a los riesgos identificados, referente a la supuesta menor capacidad de remoción del estero Nacimiento en la época estival, cabe señalar que dicha aseveración no resulta efectiva, pues del análisis realizado por el Tribunal de los caudales mensuales promedio observados entre 2010 y 2018 en una estación hidrométrica de la DGA (http://snia.dga.cl), ubicada aguas abajo del sector donde se desarrollan las obras del proyecto, aparece que en la época estival es cuando registra los mayores caudales, como resulta normal y esperable para los cursos de agua superficiales de la zona. Los datos analizados se presentan en la tabla siguiente.

Tabla N° 1: Datos de caudal medio mensual (m³/s) estación hidrométrica DGA "Canal Roblería ante Bocatoma Ancoa".

PERIODO: 01/01/2010 - 01/01/2018

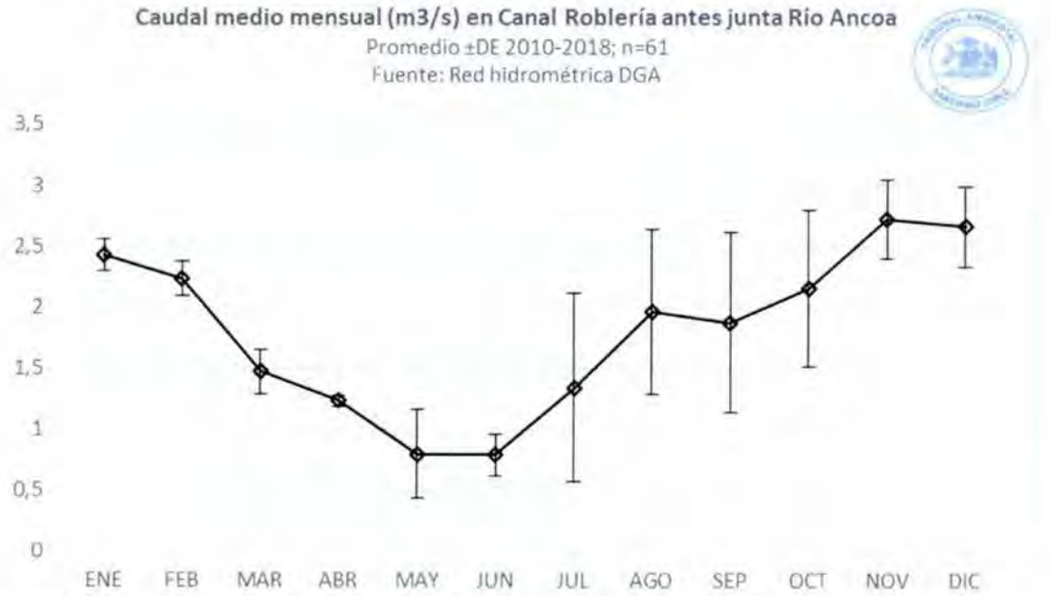
Estación: CANAL ROBLERIA ANTE BOCATOMA ANCOA
Codigo BNA: 07355008-4 | **Altitud (msnm):** | **UTM Norte (mts):** 6029438
Cuenca: RIO MAULE | **Latitud S:** | **UTM Este (mts):** 297701
SubCuenca: Rio Loncomilla | **Longitud W:** | **Área de Drenaje (km2):** 0.00

AÑO	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC
2010	2,72	2,43	1,08	1,24	0,34		0,05	0,01	0,04	0,94	2,00	
2011										0,96	2,23	2,61
2012				1,10	0,50				0,07	0,79	2,12	1,53
2013	2,23	2,07	1,53	1,25	1,89	0,49	0,96	2,35	2,42	2,04	3,26	2,86
2014	2,18	1,93					4,00	2,37	2,97	3,14	2,56	2,50
2015	2,56	2,52	1,80	1,33	0,45	0,72	1,19	3,11	3,50	3,76	3,40	2,97
2016												
2017						1,16	0,51		2,23	3,45	3,49	3,49
2018												
Promedio	**2,42**	**2,24**	**1,47**	**1,23**	**0,80**	**0,79**	**1,34**	**1,96**	**1,87**	**2,15**	**2,72**	**2,66**
DE	**0,26**	**0,28**	**0,36**	**0,10**	**0,73**	**0,34**	**1,55**	**1,35**	**1,48**	**1,29**	**0,64**	**0,65**

Fuente: Portal "Información Oficial Hidrometeorológica y de Calidad de Aguas en Línea". Dirección General de Aguas. Disponible en: <http://snia.dga.cl/BNAConsultas/>.

Sexagésimo tercero. Que, el gráfico N° 1 elaborado a partir de la información oficial muestra que durante los meses de noviembre a febrero se registran los mayores caudales en los ríos de la zona. Lo anterior refuerza la conclusión parcial de que el presente factor asociado a la generación de los riesgos descritos en el considerando quincuagésimo noveno no resulta efectivo.

Gráfico N° 1: "Caudal medio mensual (m³/s) en Canal Roblería antes junta Río Ancoa".



Fuente: Elaboración propia del Segundo Tribunal Ambiental a partir de la información disponible el portal "Información Oficial Hidrometeorológica y

de Calidad de Aguas en Línea". Dirección General de Aguas. Disponible en: <http://snia.dga.cl/BNAConsultas/>.

Sexagésimo cuarto. Que, respecto del tercer factor asociado a los riesgos descritos en el considerando quincuagésimo noveno, esto es, la existencia de eventos de precipitaciones en la zona se debe señalar que dicho factor claramente no concurría al momento de dictarse las medidas provisionales preprocedimentales, considerando especialmente que estas obedecen a la existencia de situaciones de urgencia que ameriten este tipo de cautela. Al efecto, el Tribunal analiza las precipitaciones promedio observadas entre 2010 y 2018 en una estación meteorológica de la DGA (<http://snia.dga.cl/BNAConsultas/reportes>), ubicada en las cercanías del sector donde se desarrollan las obras del proyecto. Los datos analizados se presentan en la tabla siguiente.

Tabla N° 2: Datos estación meteorológica DGA "Hornillo".

PRECIPITACIONES MENSUALES (mm)
PERIODO: 01/01/2010 - 31/12/2018

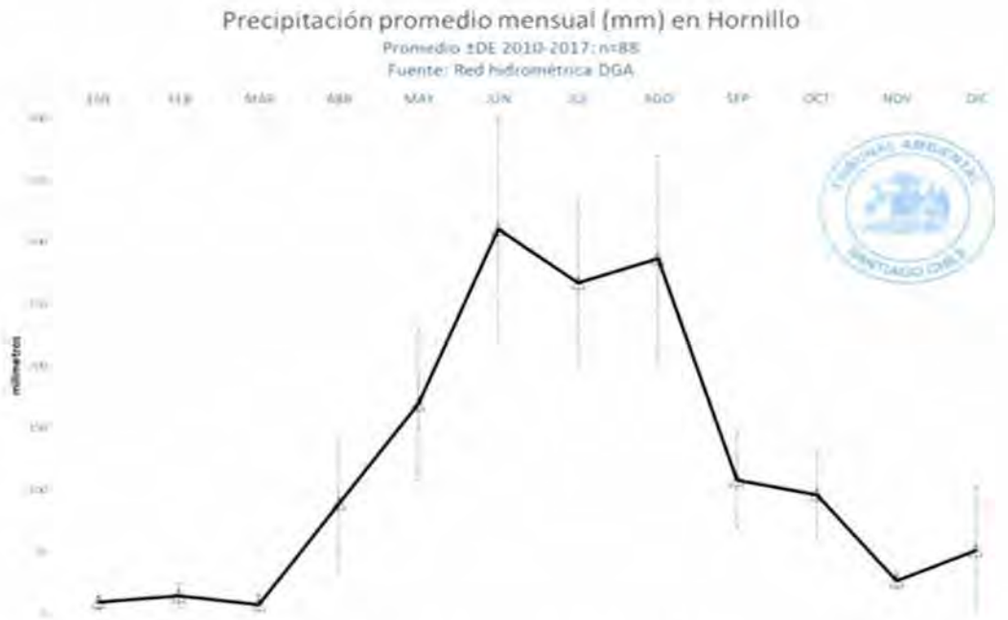
Estación: HORNILLO | Altitud (msnm): 810 | UTM Norte (mts): 6028621
Codigo BNA: 07355006-8 | Latitud S: 35° 52' 05" | UTM Este (mts): 308910
Cuenca: RIO MAULE | Longitud W: 71° 06' 60" | Área de Drenaje (km2): 0.00
SubCuenca: Rio Loncomilla

AÑO	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC
2010	10.50	13.50	0.00	0.00	112.00	430.00	240.50	180.50	16.70	61.50	28.00	21.50
2011	31.00	14.50	0.00	216.50	88.50	353.60	255.50	519.00	74.50	7.50	51.50	0.00
2012	0.00	56.00	0.00	29.50			36.00	222.50	12.00	155.50	31.00	263.00
2013	0.00	30.00	0.00	4.50	407.50	231.00	332.50	183.00	144.50	102.60	4.50	0.00
2014	14.00	0.00	40.00	49.00	252.00	370.00	381.00	255.00	214.50	13.00	31.00	24.00
2015	0.00	2.00	11.00	31.00	74.00	158.50	448.00	549.50	168.50	188.50	16.50	0.00
2016	9.00	0.00	0.00	292.70	90.00	43.50	310.50	82.00				
2017	7.00	0.00		88.00	161.00	584.00	131.00	299.50	124.00	143.00	24.00	
Promedio	**8,9375**	**14,50**	**7,29**	**88,90**	**169,29**	**310,09**	**266,88**	**286,38**	**107,81**	**95,94**	**26,64**	**51,42**
DE	**10,407544**	**19,82**	**15,00**	**107,78**	**121,68**	**180,37**	**133,43**	**165,72**	**76,66**	**71,02**	**14,48**	**104,25**

Fuente: Portal "Información Oficial Hidrometeorológica y de Calidad de Aguas en Línea". Dirección General de Aguas. Disponible en: <http://snia.dga.cl/BNAConsultas/reportes>.

Sexagésimo quinto. Que, el Gráfico N° 2 elaborado a partir de la información oficial disponible muestra que los eventos de precipitaciones, en promedio y considerando su desviación estándar, se producen durante los meses de junio a agosto, de manera que la existencia de este factor y su urgencia, al momento de la adopción de las medidas provisionales no era efectivo.

Gráfico N° 2: "Promedio de Precipitaciones y Desviación Estándar en estación Hornillo".



Fuente: Elaboración propia del Segundo Tribunal Ambiental a partir de la información disponible el portal "Información Oficial Hidrometeorológica y de Calidad de Aguas en Línea". Dirección General de Aguas. Disponible en: <http://snia.dga.cl/BNAConsultas/>.

Sexagésimo sexto. Que, de lo dicho hasta aquí se desprende que los riesgos que motivaron las medidas fueron abordados por la Dirección General de Aguas como autoridad sectorial, por lo que no queda sino concluir que al momento de ordenarse por la SMA las medidas provisionales en cuestionamiento, el riesgo inminente al medio ambiente o a la salud de las personas había cesado.

Sexagésimo séptimo. Que, en cualquier caso, lo señalado no implica que la SMA no pueda fiscalizar eventuales incumplimientos a partir del incidente ambiental denunciado o que no pueda, en el marco de sus competencias, ordenar medidas correctivas como resultado del procedimiento sancionatorio que se encuentra en curso, si ello fuere procedente. Pero en este caso, hubo un órgano de la Administración que abordó la situación con mayor premura y con una medida intrusiva, lo que hace que la actuación de la SMA aparezca como sobreabundante a la luz del principio de coordinación que debe regir los actos de las entidades públicas con competencias relacionadas. En lo que dice relación con los efectos del supuesto incumplimiento

detectado, la herramienta idónea para ello, en general, no son las medidas provisionales preprocedimentales, sino que el mismo procedimiento sancionatorio en curso, sea que éste se sustancie íntegramente o que se suspenda vía programa de cumplimiento.

Sexagésimo octavo. Que, de todo lo expuesto se concluye que la Resolución Exenta N° 1.369/2018 de la SMA no fundamentó adecuadamente los riesgos que motivaron las medidas provisionales preprocedimentales, de manera que el requisito 'peligro en la demora' no concurría al momento de adoptar las medidas provisionales preprocedimentales en cuestión.

4. Urgencia.

Sexagésimo noveno. Que, la reclamante alega que no se verifica el requisito de urgencia en la imposición de las medidas provisionales, debido a que HR informó a la SMA el deslizamiento de material el 15 de junio de 2018, transcurriendo cuatro meses y medio hasta la fecha en que la SMA decidió aplicar medidas provisionales.

Septuagésimo. Que, la reclamada argumentó al respecto que la reclamación resulta infundada, debido a que desconoce las circunstancias de hecho que sirven de base para ponderar los requisitos establecidos para adoptar las medidas provisionales, las que son de carácter esencialmente temporal y urgente, y que se fundan en antecedentes contingentes que demuestran -o tienen la entidad para demostrar- la existencia de un riesgo ambiental. Agrega la reclamada, en otra parte de su informe, que existió una situación de urgencia, estando las medidas provisionales suficientemente motivadas en razón del riesgo existente mediante los antecedentes que se tuvieron a la vista al momento de su dictación. Además, se indica en el informe que los antecedentes que fundamentaron el riesgo ambiental "[…] *dicen relación con una denuncia por elusión al SEIA, con una solicitud de construcción de bocatoma por más de 2 m^3/s, y con la magnitud de la afectación al estero Nacimiento y a sus quebradas aledañas*". Finalmente, se debe tener presente

lo señalado por la abogada de la reclamada en estrados, en donde indicó que: "[…] *Aquí tenemos una situación de urgencia* […] y que "[…] *el hecho de que esta Superintendencia pueda quizás llegar, a juicio de la reclamante, que pueda llegar tarde, no quita la urgencia a los hechos que ocurrieron* […]".

Septuagésimo primero. Que, en el caso de las medidas provisionales preprocedimentales, es relevante tener presente que además de los requisitos comunes a toda medida provisional, estas resultan procedentes únicamente en caso de urgencia y con fines exclusivamente cautelares. En cuanto a la urgencia, señala el artículo 32 de la Ley N° 19.880 que las medidas provisionales podrán ser dictadas antes de la iniciación del procedimiento administrativo "[…] *en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados* […]".

Septuagésimo segundo. Que, es así como resulta menester analizar lo que se entiende por urgencia, y como dicho elemento ha sido tratado en la doctrina y jurisprudencia relevante. En este sentido, de acuerdo al elemento gramatical de interpretación contenido en el artículo 20 del Código Civil, las "[…] *palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas* […]". Entonces, para determinar el sentido natural y obvio del vocablo 'urgencia', es útil referir la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entendiendo por tal la "*necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio*" ("Urgencia". Real Academia Española. [en línea]. Disponible en: < http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=FTAZSKFkeDXX2PGagfeG>. Consultado el: 19 de febrero de 2019).

Septuagésimo tercero. Que, la doctrina nacional se ha referido a la urgencia en el contexto de las medidas provisionales vinculándola con el principio precautorio y con el estándar de fundamentación requerido, señalando que: "[…] *Estas medidas deben integrar al principio de la precaución en la valoración*

de ciertos estándares generales de adopción, como la necesidad de contar con 'elementos de juicio suficientes' (art. 32 LBPA). Dicha lectura es aun más relevante respecto de medidas adoptadas con anterioridad a la iniciación del procedimiento, donde la reglamentación general requiere estándares superiores de certeza. Tal es el caso de la noción de urgencia señalada en términos generales por el art. 32 inc. 29 LBPA" (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2a ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016. p. 501).

Septuagésimo cuarto. Que, sobre este elemento, este Tribunal se ha referido en diversas sentencias, señalando 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"* (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 44-2014, de 4 de diciembre de 2012, c. 59). Además, se ha resuelto 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'"* (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 88-2015, de 27 de julio de 2016, c. 54). Finalmente, este Tribunal también ha resuelto, en procedimiento de solicitud de autorización de medidas, que: "[…] *En cuanto a la inminencia del daño que ameritaría la adopción de medidas provisionales respecto de los riesgos invocados por la SMA, resulta inconsistente la urgencia de la solicitud formulada con el excesivo tiempo transcurrido desde que dicho Servicio realizó la actividad de fiscalización, con fecha 14 de mayo de 2013, sin haber adoptado otras medidas tendientes a precaver los riesgos que indica ni haber adoptado medidas de seguridad o*

control, contenidas en su normativa orgánica" (Segundo Tribunal Ambiental, Rol S N° 6-2013, de 19 de diciembre de 2013, c. 8).

Septuagésimo quinto. Que, en el mismo sentido, el Tercer Tribunal Ambiental ha resuelto: "[…] *Que las medidas provisionales, en tanto medidas administrativas de naturaleza cautelar, requieren para su procedencia que el hecho sea actual o posible de producir una afectación a los bienes jurídicos tutelados. En virtud de ello, las medidas en comento, se encuentran consideradas en un contexto de urgencia*" (Tercer Tribunal Ambiental, Rol R N° 35-2016, de 15 de julio de 2016, c. 53).

Septuagésimo sexto. Que, es así como la oportunidad a la hora de decretar medidas provisionales preprocedimentales no resulta baladí, ya que su objetivo es evitar un peligro o riesgo inminente y, por lo tanto, que amenaza o está por suceder prontamente. Además, la procedencia de la cautela preprocedimental se restringe, como se expuso, a casos de urgencia, donde el pronto actuar del ente fiscalizador resulta crucial. De esta manera, resulta inconsistente la urgencia a la que alude la SMA y en la que funda la aplicación de las medidas con el tiempo transcurrido desde que tomó conocimiento de los hechos -el 15 de junio de 2018- sin que hubiere adoptado las acciones de seguridad o control sino hasta el día 29 de octubre de 2018, vulnerando el principio de celeridad, contemplado en el artículo 7° de la Ley N° 19.880, y los de eficiencia, eficacia e impulso de oficio, consagrados en el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575.

Septuagésimo séptimo. Que, de lo razonado en los considerandos precedentes se concluye que las medidas provisionales preprocedimentales no fueron adoptadas en una situación de urgencia, pues se dictaron luego de un tiempo considerable y una vez que ya había sido decretada la paralización de las obras por parte de la DGA, de manera que no se cumplía en la especie el supuesto habilitante para este tipo de medidas.

CIENTO CATORCE
000114

5. **Proporcionalidad.**

Septuagésimo octavo. Que, la reclamante sostiene que las medidas provisionales no son proporcionales. En el caso de la medida decretada en la letra a) del resuelvo primero de la Resolución Exenta N° 1.369/2018, consistente en el retiro del material resultante de las obras de instalación del acueducto y obras asociadas, señala que su ejecución produciría efectos perniciosos, ya que remover el material implicaría la construcción de caminos hasta los lugares en que se depositó el material, debiendo realizarse movimientos de tierra del orden de 3.000 m^3, generándose con ello una destrucción de la vegetación ribereña, además del acondicionamiento del terreno en la zona a trabajar dada su importante pendiente. Indica que HR se encuentra realizando estudios de medidas que sean factibles de implementar para cumplir el mismo objetivo.

Septuagésimo noveno. Que, en segundo término, la reclamante argumenta que la medida decretada en la letra b), consistente en la implementación de un sistema de control de taludes que sirva de retención de tierra, rocas y material que puedan desprenderse, resulta contradictoria con la medida decretada en la letra a) de la misma resolución, toda vez que la SMA ordena al mismo tiempo retirar y retener el material. Informa que HR se encuentra desarrollando estudios geológicos para determinar medidas, los que indican, preliminarmente, que deben ejecutarse acciones de estabilización que lleven a disminuir la inclinación de la ladera, intentando reducir el peso de la cabecera del talud, rebajando la inclinación desde el escarpe de erosión, para posteriormente trabajar en la construcción de bancos intermedios. Asimismo, indica la reclamante que se están estudiando otras medidas tales como incrementar las cargas en el pie del talud, la construcción de un muro de escollera y la posibilidad de implementar un sistema de drenaje, en atención a los efectos que el agua puede generar, todo lo que en definitiva tiene que ser respaldado por los estudios pertinentes y asimismo que da cuenta de la desproporcionalidad

en los plazos establecidos.

Octogésimo. Que, la reclamante señala respecto de las medidas decretadas en las letras c) y d), consistentes en una revisión de las condiciones estructurales de las instalaciones asociadas al acueducto y bocatoma, que impliquen pruebas de seguridad en su instalación, y en la presentación de un informe detallando estas obras (incluyendo todas sus obras anexas) y que se han construido hasta la fecha, que éstas no se dirigen a evitar o controlar los riesgos del proyecto, sino que se trata de requerimientos de información que podrían encuadrarse fuera del marco de una medida provisional. Expone que los antecedentes solicitados se encuentran a disposición de la SMA, por cuanto estos conforman las materias de estudios de los procedimientos sectoriales seguidos ante la DGA, en los cuales se está conociendo de los proyectos de modificación de cauce y construcción de bocatoma. Respecto de la medida contemplada en la letra e) de la Resolución Exenta N° 1.369/2018, consistente en la obligación de informar a la SMA en el evento que se obtenga el alzamiento de la paralización de las obras que fue decretada por la DGA, señala la reclamante que este supuesto no se llegó a verificar, toda vez que las obras siguen paralizadas de acuerdo con lo ordenado por la DGA.

Octogésimo primero. Que, por el contrario, la reclamada argumenta que la SMA está facultada para adoptar cualquiera de las medidas contempladas en el catálogo del artículo 48 de la LOSMA, comprendiendo incluso medidas más intrusivas, como por ejemplo una paralización o clausura, sin embargo, la SMA se limitó a imponer medidas de carácter correctivo que buscaban impedir la continuidad en la producción del daño. Explica que las medidas correctivas decretadas consistieron en el retiro del material resultante de las actividades involucradas en la instalación del acueducto para evitar el deslizamiento de material; la implementación de un sistema de control de taludes; y, la revisión de las condiciones estructurales de las instalaciones asociadas al acueducto y bocatoma. Indica que retirar el material que quedó en la ladera de las quebradas

e implementar un sistema de control de taludes, no son bajo ningún respecto medidas desproporcionadas, pues solo buscan controlar los deslizamientos de tierra que fueron constatados por sus fiscalizadores en terreno. Señala respecto de los supuestos efectos perniciosos alegados por la reclamada que no se ha presentado antecedente técnico alguno que permita evaluar la factibilidad de dicha alegación. Asimismo, la reclamada confirma que las obras se encuentran paralizadas en virtud de la Resolución Exenta N° 567/2018 de la DGA de la Región del Maule, sin que se hubiere informado el alzamiento de tal medida. Concluye que lo señalado por la reclamante no permite desvirtuar las medidas provisionales adoptadas, las que no solo fueron dictadas en base a la existencia de una presunción razonable de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, sino que también permitieron determinar la proporcionalidad de éstas en razón de los pronunciamientos de la DGA y la eventual infracción de elusión al SEIA, imputación que se materializó en la instrucción del procedimiento sancionatorio Rol D-109-2018.

Octogésimo segundo. Que, como se explicó en el análisis general de las medidas provisionales del artículo 48 de la LOSMA, estas deben ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40 de la misma ley.

Octogésimo tercero. Que, la proporcionalidad y el denominado test de proporcionalidad ha sido ampliamente desarrollado en la doctrina nacional e internacional y, resultan cruciales tanto en la actividad administrativa como en la labor jurisdiccional.

Octogésimo cuarto. Que, sin duda la obra del jurista alemán Robert Alexy resulta fundamental para comprender este principio y sus alcances en la revisión judicial. En efecto, para este autor el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios, cuales son, el principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Cfr. ALEXY, Robert. "1. Proportionality and Rationality". En: JACKSON, Vicki C. y

TUSHNET, Mark (eds.). *Proportionality, new frontiers, new* challenges. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 14). La idoneidad se relaciona con la aptitud o eficacia de la medida para alcanzar el fin que la motiva (Cfr. ALEXY, Robert, op. cit., p. 14-15). La necesidad, a su vez, plantea que ante medidas orientadas al logro de un objetivo que ha de ser ponderado con otro, se ha de adoptar aquella que resulte menos gravosa, rechazándose aquellas medidas que puedan ser reemplazadas por otras que sean igualmente eficaces, pero menos intensas (Ibíd., p. 15-16). Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto requiere de un ejercicio de ponderación o balance entre principios, buscando que la medida en estudio sea equilibrada con el interés general al que responde, derivándose de ella un mayor beneficio para el interés público que el perjuicio sobre los otros bienes o valores en conflicto (Ibíd., 17-18).

Octogésimo quinto. Que, en materia ambiental, se ha indicado por doctrina nacional que el principio de proporcionalidad "[…] *constituye un elemento fundamental para el control de las actuaciones administrativas en el marco del Derecho Ambiental, como ordenamiento esencialmente limitativo o restrictivo, morigerando así sus consecuencias*" (ASTABURUAGA SÁEZ, Andrés. "La naturaleza, reglas y el principio de proporcionalidad como límite al establecimiento de exigencias en la calificación ambiental de proyectos". *Revista de Derecho Ambiental*. Año VI, núm. 9, p. 186-208). Asimismo, se ha sostenido que la proporcionalidad de las medidas provisionales: "[…] *Deberá tenerse siempre en cuenta, ya que la SMA no podría adoptar una medida desproporcionada, a pesar de no exigirlo expresamente el inc. 1° del art. 48, ya que la proporcionalidad constituye un principio general para toda actuación administrativa*" (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Op. cit., p. 501).

Octogésimo sexto. Que, además, la proporcionalidad se impone a toda actuación de la Administración, sobre el particular ha señalado la doctrina que: "[…] *La actuación administrativa debe*

ser proporcionada, es decir, debe respetar la relación equilibrada que debe existir entre finalidad perseguida y medio utilizado. Esto se aprecia especialmente respecto de las actuaciones gravosas para la Administración del Estado. La actuación administrativa debe ser, en todo caso, necesaria, adecuada y proporcionada a la finalidad que persigue la norma jurídica" (BERMUDEZ SOTO, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Op. Cit., p. 444). En el mismo sentido, se ha indicado que: "[…] *El principio de proporcionalidad alude a la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto. La adecuación se logra a través de una idónea ponderación de los medios a emplear, lo que permite que la intervención administrativa se componga por todo y además, por solo lo que sea necesario y suficiente para la satisfacción del interés general que en cada caso la Administración debe servir*" (CAMACHO CÉPEDA, Gladys. "Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado". En: RUIZ ROSAS, Andrea y PANTOJA BAUZÁ, Rolando (eds.). Derecho Administrativo: 120 años de cátedra. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 269-270). Continúa señalando la misma autora que: "*Las intervenciones administrativas que se realicen en ejecución de la regulación de la actividad deben guardar la adecuación a los fines y deben ser las estrictamente necesarias*" (Ibíd.).

Octogésimo séptimo. Que, en la aplicación del principio en comento, resulta relevante el comentario del profesor Ángel Ruiz de Apodaca de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto T-614/13, en la cual se señala que: "[…] *Acerca de la proporcionalidad de la injerencia apreciada, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa en cuestión,*

entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (véase la sentencia de 8 de julio de 2010, Afton Chemical, C-343/09, EU:C:2010:419, apartado 45 y jurisprudencia citada)" (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto T-614/13, de 26 de septiembre de 2014, c. 62, en: RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel María. "Sentencia del Tribunal General (Sala quinta), de 26 de septiembre de 2014, asunto T-614/13, por la que se resuelve demanda de anulación de la Decisión 2013/448/UE de la Comisión, relativa a las medidas nacionales de aplicación para la asignación gratuita transitoria de derechos de emisión de gases de efecto invernadero". *Actualidad Jurídica Ambiental*. 2014, núm. 41, p. 49-50).

Octogésimo octavo. Que, en el plano jurisprudencial nacional, la Excma. Corte Suprema ha resuelto 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*" (Excma. Corte Suprema, Rol N° 61.291-2016, de 24 de abril de 2017, c. 19).

Octogésimo noveno. Que, el principio de proporcionalidad ha sido desarrollado y recogido también en diversas sentencias previas de este Tribunal. Al efecto, este Tribunal ha señalado 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 […]" (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 95-2016, de 17 de noviembre de 2016, c. 26).

Nonagésimo. Que, de todo lo expuesto, se desprende que el análisis de la proporcionalidad de una medida provisional requiere el examen de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad con la finalidad de su adopción, de manera que la afectación derivada de su adopción sea más beneficiosa en relación con los otros intereses a ponderar. Además, la regulación legal de las medidas provisionales que puede adoptar la SMA exige su proporcionalidad en relación con la infracción cometida y con las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

Nonagésimo primero. Que, del análisis de la Resolución Exenta N° 1.369/2018 se desprende que la SMA imputa a la reclamada una hipótesis infraccional de elusión al SEIA, además de los riesgos ambientales asociados a la afectación de quebradas y al libre escurrimiento de las aguas del estero Nacimiento. Al efecto, concluye que "[…] *se ha constatado que el acueducto y sus obras relacionadas, deben someterse al SEIA, por constituir un proyecto listado en el artículo 3° del Reglamento del SEIA, ya que el acueducto en análisis tiene la capacidad de conducir un caudal superior a los 2 m3/s, por lo que nos encontramos frente a una 'obra hidráulica mayor', según los términos descritos en el artículo 294 del Código de Aguas*".

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

Nonagésimo tercero. Que, ahora bien, queda en segundo término determinar si las medidas provisionales decretadas fueron

proporcionales a las circunstancias señaladas en el articulo 40 de la LOSMA. Al efecto, este artículo determina como circunstancias relevantes para la determinación de la sanción las siguientes: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; e) La conducta anterior del infractor; f) La capacidad económica del infractor; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

Nonagésimo cuarto. Que, como se indica en la Resolución Exenta N° 1.369/2018 "[…] *el antecedente fáctico que le permite a esta Superintendencia dictar una medida provisional, se encuentra en la generación de un daño inminente para la salud de la población o el medio ambiente y en la existencia de una necesidad urgente de cautela* […]". Continúa señalando la resolución que "[…] *en este caso la elusión al SEIA no es el único antecedente que nos permite justificar las medidas provisionales, pues en este caso es evidente que la ejecución de obras que no están autorizadas, se han traducido en la afectación de 3 quebradas, y en un constante vertimiento de material sobre el Estero Nacimiento, que están afectando el libre escurrimiento de las aguas y poniendo en riesgo al medio ambiente y la salud de la población*".

Nonagésimo quinto. Que, de esta forma, es posible vincular el fundamento utilizado por la SMA con la circunstancia listada en la letra a) del articulo 40 de la LOSMA, consistente en el peligro ocasionado por los trabajos ejecutados por la empresa contratista de HR. Al respecto, debe recordarse que, a la época de dictación de las medidas provisionales, el 29 de octubre de 2018, ya se encontraban paralizadas las obras por la

Resolución N° 567 de la DGA de la Región del Maule. Por lo que de los antecedentes referidos anteriormente se desprende que el peligro asociado a la caída de material y la afectación de las tres quebradas no representaba una hipótesis actual de riesgo, toda vez que habiéndose paralizado los trabajos no existía un riesgo inminente para el medio ambiente o para la salud de las personas. Es así como, contenido el riesgo que fundamentó las medidas provisionales preprocedimentales, esto es, las labores de construcción de la faja de servidumbre, las medidas perdieron objeto.

Nonagésimo sexto. Que, por otro lado, en cuanto al juicio de proporcionalidad, se debe tener presente que la propia Resolución Exenta N° 1.369/2018 reconoce que "[…] *los trabajos que se alcanzaron a realizar han afectado la estabilidad estructural de las laderas*" en un lugar que presenta una "[…] *alta pendiente existente en la zona*". Por otro lado, la resolución en cuestión indica la existencia "[…] *de gran cantidad de material proveniente del escarpe (tierra, piedras, árboles y rocas)* […]" en el estero Nacimiento, y de acuerdo al reporte de la empresa, señala la resolución citada que se estimaron las cantidades derramadas en "*1000 m2 de superficie*", sin incluir una estimación en términos de volumen.

Nonagésimo séptimo. Que, sobre la medida contemplada en la letra a) de la Resolución Exenta N° 1.369/2018, consistente en el retiro del material "*de la zona aledaña al acueducto*" y "*de la zona aledaña al Estero Nacimiento*", cabe señalar lo que se expone a continuación.

Nonagésimo octavo. Que, en primer lugar, no resulta posible identificar un daño inminente o riesgo a la salud de las personas, debido a que ninguno de los fundamentos de las medidas prescritas por la SMA se basa en aquello. La única mención a un daño inminente o riesgo es realizada por la DGA Regional del Maule en el considerando quinto de su Resolución N° 567, de 5 de octubre de 2018, cuando se refiere a eventuales perjuicios a los regantes, señalando que las obras del proyecto

"[…] *pueden ocasionar perjuicios a terceros toda vez que se está en temporada de riego*", es decir, se trataría del riesgo a limitar el ejercicio de un derecho, pero no a la salud de las personas. Por otra parte, de los antecedentes referidos en la Resolución Exenta N° 1.369/2018 y de aquellos existentes en el expediente administrativo de medida provisional MP-024-2018, aparece que estos no señalan la presencia de poblados, aldeas o lugares habitados en el área de las faenas de la obra en comento. Por lo tanto, el análisis debe concentrase sólo en los riesgos ambientales descritos anteriormente.

Nonagésimo noveno. Que, en segundo lugar, la formulación de la medida no resulta del todo precisa en relación a "*la zona aledaña al acueducto*", toda vez que puede tratarse del material depositado en la faja de construcción o bien del material derramado o depositado en la ladera ubicada antes del cauce del estero Nacimiento. En el caso del material depositado temporalmente en la faja de construcción, excepto aquel que obstruyó las quebradas, su presencia en la faja no debiera involucrar un riesgo ambiental cuya probabilidad de ocurrencia sea alta si se considera que por su naturaleza la faja de construcción debe presentar baja pendiente. Por su parte, en el caso del material derramado 'ladera abajo', su retiro podría, teóricamente, reducir el riesgo de nuevos derrumbes a pesar de que las obras se encuentren detenidas, pues una disminución de la carga de estos materiales no consolidados reduciría la probabilidad de que dichos materiales continúen depositándose hacia el cauce del estero Nacimiento por efecto de desgaste y transporte que el propio estero realiza naturalmente. Sin embargo, la materialización de esta medida podría gatillar, en la práctica, un nuevo riesgo pues las obras o actividades asociadas -habilitación de caminos, tránsito de maquinaria- son potencialmente capaces de generar una nueva desestabilización de la ladera.

Centésimo. Que, lo señalado en el considerando precedente, también resulta válido para el material "*de la zona aledaña al Estero Nacimiento*", entendida ésta como aquel espacio cercano

y/o el propio cauce de dicho cuerpo de agua actualmente alterado o parcialmente obstruido. En ambos casos, es decir, la remoción con maquinaria rodante del material de ladera o del cauce antes de la siguiente temporada de lluvias, si bien reduciría la probabilidad del riesgo de interrupción o colapso del flujo de agua del estero Nacimiento, su implementación podría generar nuevos procesos de remoción y/o desgaste lateral, que a su vez podrían desestabilizar el nuevo equilibrio gravitacional alcanzado en la ladera en comento, generando de este modo un nuevo riesgo ambiental cuya probabilidad de ocurrencia aumentaría a causa de la medida impuesta por la SMA.

Centésimo primero. Que, en relación al plazo de implementación de la medida, esto es 15 días, resulta poco probable que en dicho período se pueda movilizar maquinaria, personal y equipos auxiliares para remover todo el material derramado en las quebradas involucradas en el caso, las cuales se distribuyen, según la DGA (Informe Técnico de Fiscalización N° 43/2018), en unos 560 metros lineales del cauce del estero Nacimiento, y en unos 1.000 metros cuadrados de superficie, de acuerdo a lo señalado por el titular del proyecto.

Centésimo segundo. Que, por otro lado, se debe tener presente lo razonado en los considerandos sexagésimo segundo a sexagésimo tercero, que dan cuenta que durante la época estival los caudales promedio en la estación hidrométrica más cercana son mayores. Es así como el retiro del material desde el cauce del estero Nacimiento o de su zona inmediatamente aledaña no resulta razonable, pues el riesgo de remociones o deslizamientos al intervenir cauces y laderas podría incrementarse. Lo anterior refuerza la conclusión parcial de que las medidas adolecen de fundamentos técnicos. No obstante, en relación con los trabajos de estabilización y control que puedan desarrollarse en el sector de construcción de la faja de servidumbre o en sus taludes, sí resulta recomendable su ejecución en la época estival atendido incremento promedio en las precipitaciones que existe durante el invierno en el

sector, de acuerdo a lo señalado en los considerandos sexagésimo cuarto a sexagésimo quinto.

Centésimo tercero. Que, además se debe considerar que la SMA no fundamentó debidamente su decisión de descartar las dificultades técnicas señaladas por la reclamante, en particular respecto de la construcción de caminos y movimientos de tierra que generaría la medida de remoción del material derramado en el estero Nacimiento, pues solamente se limitó a impugnar la falta de antecedentes técnicos que acreditaran dichas circunstancias, sin evaluar debidamente el riesgo de las propias medidas provisionales que ordenaba.

Centésimo cuarto. Que, considerando lo anterior, es posible concluir que la medida de remoción de material, por una parte, podría generar en sí misma un nuevo riesgo ambiental, y por otra, que dicha medida no se encuentra debidamente motivada, pues no cuenta con una fundamentación técnica suficiente y su plazo de implementación resulta poco razonable.

Centésimo quinto. Que, en cuanto a la medida de control de taludes, el riesgo ambiental que pretende controlar dicha acción previsiblemente dice relación con el riesgo de derrumbes desde los mismos y de los deslizamientos de material sobre las laderas producto de la remoción de la cubierta de vegetación nativa. De la aplicación de los mismos criterios indicados resulta lo siguiente: a) Respecto de la idoneidad de la medida para corregir, controlar o dar seguridad a los taludes, cabe señalar que, en términos generales, apuntaría a dichos fines, toda vez que intenta la retención de tierra, rocas y material vegetal, sin perjuicio de lo que se indica a continuación; b) Respecto a si la medida cumple con el criterio de proporcionalidad, esto no resulta efectivo, pues el derrame de material no provino desde los taludes en la ladera, sino que se trató del material de excavación generado por la construcción de la faja de construcción, de manera que el proceso erosivo que se pretende controlar no se encuentra relacionado con la situación de hecho que le sirve de

fundamento para esta medida provisional preprocedimental; c) En cuanto a la motivación o fundamento técnico, la medida está pobremente descrita, pues la SMA se limita sólo a señalarla, sin describir medios, métodos, técnicas, tecnologías o criterios de diseño que permitan verificar su alcance, efectividad o precisión.

Centésimo sexto. Que, sobre los plazos establecidos, al igual que en el caso de la medida anterior, el término otorgado de 15 días para la ejecución de la medida resulta poco realista, pues a juicio de este Tribunal, el diseño e implementación de la misma en todos los taludes del trazado requeriría de un tiempo mayor a fin de disminuir el riesgo que se pretendía controlar. Asimismo, se ha de considerar que dicha medida, al requerir mayores estudios y su posterior implementación, contempla acciones que escapan del contexto de urgencia e inminencia de daño que caracteriza a las medidas provisionales preprocedimentales.

Centésimo séptimo. Que, de lo expuesto, es dable concluir que las medidas contempladas en las letras a) y b) de la Resolución Exenta N° 1.369/2018, consistentes básicamente en el retiro del material y en la construcción de un sistema de control de taludes, no resultaron proporcionales a los antecedentes fácticos que la propia resolución cita, pues no resulta razonable ordenar acciones de retiro de "[…] *gran cantidad de material proveniente del escarpe*" y construcción en un área que según la propia resolución se encontraría afectada su "[…]*estabilidad estructural*" y en una zona de alta pendiente, sin que la resolución que impone las medidas se funde en un estudio que avale la seguridad y efectividad de las mismas. En este sentido, las medidas contenidas en las letras a) y b) en estudio, resultan inidóneas respecto de los riesgos ambientales advertidos, no siendo necesarias ya que podrían aplicarse otras medidas tendientes a la disminución de los riesgos indicados y, finalmente, no fueron proporcionales en relación con la finalidad preventiva buscada una vez ponderados los riesgos que se pretendía prevenir y a los que causarían su

implementación, a lo menos en los términos que indica la Resolución Exenta N° 1.369/2018.

Centésimo octavo. Que, en cuanto a las medidas decretadas en las letras c), d) y e) de la Resolución Exenta N° 1.369/2018, consistentes principalmente en realizar una revisión de las condiciones estructurales de las instalaciones asociadas al acueducto y bocatoma, en la presentación de un informe que detalle las obras construidas hasta la fecha y en el aviso a la SMA en el evento de alzamiento de la paralización de las obras, respectivamente, aparece que dichas medidas no gozan de una naturaleza propiamente cautelar, pues no se encuentran orientadas a abordar de manera urgente un riesgo inminente para la salud de la población o del medio ambiente, de manera que no resultan atingentes a la hipótesis de riesgo señalada, en tanto medidas provisionales preprocedimentales.

Centésimo noveno. Que, sobre todo lo expuesto cabe destacar que la adopción de medidas provisionales preprocedimentales por parte de la SMA debe estar basada en una debida fundamentación técnica, de lo contrario se torna, como en la especie, en una decisión ilegal por falta de motivación. De lo razonado previamente se concluye que la Resolución N° 1.369/2018, que decretó las medidas provisionales preprocedimentales, adolece de vicios de legalidad por falta de motivación, en particular, en lo que guarda relación con su proporcionalidad.

6. Vigencia.

Centésimo décimo. Que, la reclamante relata que con posterioridad a la dictación de las medidas preprocedimentales adoptadas por la Resolución Exenta N° 1.369/2018, se dio inicio a un procedimiento sancionatorio, efectuándose con fecha 22 de noviembre de 2018 la formulación de cargos mediante la Resolución Exenta N° 1/Rol D-109-2018. Adiciona que, en la formulación de cargos no se confirmaron las medidas dictadas anteriormente, sino que solamente se le solicitó al Superintendente del Medio Ambiente (S) su adopción, sin que

esto se hubiere verificado hasta la fecha. Indica que de conformidad al artículo 32 de la Ley N° 19.880, al cual reconduce el artículo 48 de la LOSMA, las medidas provisionales ordenadas por la SMA quedaron sin efecto, pues en el acto administrativo que contiene la formulación de cargos no se emitió pronunciamiento sobre su confirmación, modificación o levantamiento. Señala que se deduce la reclamación para eliminar la posibilidad de que la SMA formule cargos, además, por no haber cumplido con las medidas provisionales preprocedimentales.

Centésimo undécimo. Que, la reclamada, en tanto, no se refiere específicamente a este punto en su informe. Solo indica que los hechos que sirvieron de fundamento a la adopción de las medidas provisionales dieron origen al procedimiento sancionatorio Rol D-109-2018, donde la SMA procedió a formular cargos para investigar una hipótesis de elusión al SEIA y que con fecha 12 de diciembre de 2018, mediante Resolución Exenta N° 1.548, se ordenaron nuevas medidas provisionales contempladas en las letras a) y f) del artículo 48 de la LOSMA. Agrega que respecto de las nuevas medidas provisionales la reclamante interpuso recurso de reposición cuya resolución se encuentra pendiente.

Centésimo duodécimo. Que, en lo que respecta a la eficacia de las medidas provisionales preprocedimentales, se debe considerar que el inciso segundo del artículo 32 de la Ley N° 19.880 previene que: "[…] *Estas medidas deben 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*".

Centésimo decimotercero. Que, sobre la provisionalidad de las medidas ha señalado la doctrina, que: "[…] *Como estas medidas*

tienen un carácter eminentemente provisional, al momento de la iniciación del procedimiento ellas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas. Además, dicha iniciación deberá verificarse dentro de los 15 días siguientes a la adopción de la medida respectiva, pudiendo, el acto respectivo, ser objeto del recurso que proceda. Si no se inicia el procedimiento dentro del plazo indicado anteriormente, la medida quedara sin efecto. Lo mismo ocurrirá si, habiéndose iniciado el procedimiento dentro del plazo, la decisión de iniciación no contiene un pronunciamiento acerca de la medida provisional" (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Op. cit., p. 160-161).

Centésimo decimocuarto. Que, sobre la provisionalidad de las medidas, el Tribunal ha resuelto que: *"Respecto de esta característica de las medidas, la doctrina sostiene que "Toda medida cautelar presenta un acentuado carácter provisional toda vez que su vigencia en el tiempo se encuentra subordinada a la pendencia del procedimiento administrativo sancionador en el que se adopta y opera; en cuanto éste concluya, la medida seguirá sus pasos […] En la nota de provisionalidad, por último, se subsume la característica de temporalidad de las medidas cautelares (SERRA DOMÍNGUEZ), en tanto que su operatividad se prolonga en un espacio de tiempo que nunca es definitivo sino sujeto a la duración del proceso principal, u otros períodos de tiempo legalmente especificados"* (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 123-2016, de 18 de mayo de 2017, c. 52-53).

Centésimo decimoquinto. Que, de lo expuesto, se desprende que el acto que inicie el procedimiento administrativo sancionatorio deberá contener un pronunciamiento expreso respecto de la confirmación, modificación o levantamiento de las medidas, de lo contrario estas quedan sin efecto. Esto se deriva, además, de la naturaleza esencialmente provisional e instrumental de estas medidas, que exige una vinculación con el procedimiento sancionatorio, de manera que si no existe pronunciamiento expreso al respecto las medidas quedarán sin efecto por el solo ministerio de la ley. Por otro lado, resulta

importante reiterar que las medidas provisionales preprocedimentales, como se expuso previamente, proceden ante situaciones de urgencia e inminencia de daño, de manera que su utilización resulta de naturaleza excepcional, siendo su interpretación necesariamente restrictiva.

Centésimo decimosexto. Que, sobre las consecuencias de la falta de confirmación de las medidas provisionales, este Tribunal ha señalado que: "[…] *Como puede apreciarse, esta forma 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'* […]" (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 44-2014, de 4 de diciembre de 2012, c. 64).

Centésimo decimoséptimo. Que, en el presente caso, con posterioridad a la dictación de las medidas preprocedimentales la SMA procedió a formular a HR cargos el día 22 de noviembre de 2018, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-109-2018, acto en el cual no se contiene un pronunciamiento expreso sobre la confirmación, modificación o levantamiento de las medidas provisionales preprocedimentales adoptadas en el procedimiento MP-024-2018. En efecto, en la formulación de cargos el Fiscal Instructor solo solicitó al Superintendente del Medio Ambiente (S) la "[…] *adopción de las medidas provisionales descritas en el artículo 48, letras a) y f), de la LO-SMA, en atención a los antecedentes señalados en la parte expositiva de la presente resolución, y en los términos expuestos en los considerandos N° 89 a 96, para la corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o daño, con el objeto de evitar un riesgo inminente de daño a la salud de las personas y el medio ambiente*". Luego, con fecha 12 de diciembre de 2018, el Superintendente del Medio Ambiente (S), mediante Resolución Exenta N° 1.548, dictó un segundo conjunto de medidas provisionales en el procedimiento Rol MP-025-2018.

Centésimo decimoctavo. Que, de acuerdo a lo expuesto previamente, se concluye que las medidas provisionales preprocedimentales no fueron confirmadas ni modificadas en la iniciación del procedimiento, motivo por el cual han quedado sin efecto, operando la caducidad como una forma de extinción anormal del acto administrativo, conforme lo dispone el artículo 32 de la Ley N° 19.880, ya citado. Ahora bien, como señala la doctrina y jurisprudencia ya citada, la no confirmación de las medidas provisionales no implica vicios ni ilegalidad alguna y solo tiene como consecuencia la extinción de sus efectos, lo que ha ocurrido en el caso de autos y que torna innecesario un pronunciamiento explícito al respecto por parte del Tribunal.

II. DE LAS DEMÁS ALEGACIONES.

Centésimo decimonoveno. Que, la reclamante sostiene la existencia de diversos vicios de legalidad de la resolución recurrida. El primero de ellos dice relación con una supuesta falta de imparcialidad, al no haber sido considerado por la SMA el oficio Ord. DARH N° 208/2018 que descarta la existencia de una obra hidráulica mayor.

Centésimo vigésimo. Que, el segundo se refiere a que la resolución recurrida adolece de "*falta de motivación o de motivación suficiente*", ya que en su fundamentación no se hace cargo de: La alegación concerniente a la imposibilidad de la SMA para adoptar medidas en ausencia de una infracción de su competencia; Por qué sustentó la imputación de elusión basándose meramente en una comunicación interna de la DGA, la que finalmente resolvió que la obra no constituye una obra hidráulica mayor; La alegación de existencia de supuestos erróneos que la SMA estimó como efectivos, mientras que la DGA solo los consideró como potenciales; A la existencia de dos pronunciamientos del SEA en los cuales se determinó que el proyecto no requería ingresar al SEIA; y, no se pronunció respecto de los alcances de las medidas decretadas y a los efectos negativos que podrían generar sobre el medio ambiente.

Centésimo vigésimo primero. Que, el tercer vicio alegado por la reclamante consiste en que la SMA habría rechazado la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución Exenta N° 1.369/2018 aduciendo que no se habrían aportado antecedentes que permitieran justificar el perjuicio irreversible del cumplimiento de las medidas. No obstante, indica la reclamante, que la SMA omitió referirse al otro supuesto de procedencia de suspensión de los efectos del acto, contemplado en el artículo 57 de la Ley N° 19.880, consistente en que el cumplimiento de acto recurrido pudiere "[…] *hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviere, en caso de acogerse el recurso*", a pesar de haber sido alegado por su parte.

Centésimo vigésimo segundo. Que, a su turno, la reclamada replica, sobre el primer supuesto vicio, que la SMA ha cumplido a cabalidad con el principio de imparcialidad y motivación y que en este caso ha existido una situación de urgencia, donde el riesgo ambiental fue suficiente fundamentado a través de los antecedentes que se tuvieron a la vista al momento de la dictación de las medidas provisionales. Respecto del segundo vicio alegado, la reclamada plantea que se debe considerar la naturaleza cautelar de las medidas provisionales al determinar su estándar de motivación y que la decisión adoptada cumple con los estándares de motivación asociados a una medida de naturaleza cautelar y urgente. Sobre el tercer argumento, la reclamada no se refiere en su informe.

Centésimo vigésimo tercero. Que, la reclamante, además, sostiene que los vicios denunciados guardan relación con aspectos sustantivos del acto decisorio, de manera que no resulta posible aplicar el principio de conservación o de trascendencia. Cita al efecto jurisprudencia de la Corte Suprema en causa Rol N° 16.706/2014. Agrega que lo discutido no son cuestiones formales o de segundo orden, sino que se están acusando vicios de gran entidad, que se relacionan directamente con la cuestión de fondo y que han tenido repercusiones inmediatas en el contenido de la decisión

administrativa. Indica que lo expuesto le ha generado perjuicio, toda vez que le puso en una situación de incumplimiento por falta de ejecución de las medidas. Argumenta que el examen de legalidad es ineludible al existir vicios materiales o sustantivos, considerando que se ha acusado un supuesto de incompetencia y vicios que importan la ilegalidad de lo resuelto.

Centésimo vigésimo cuarto. Que, indica la reclamante que lo realizado por la SMA al pronunciarse sobre el recurso de reposición, fue: i) Extenderse a puntos que no habian sido planteados ni por la recurrente ni por la autoridad, variando los términos sobre los cuales debía resolver, dejando en indefensión a su parte; ii) No pronunciarse respecto de diversas alegaciones planteadas en el recurso; iii) Desestimar la validez del pronunciamiento de la DGA, argumentado solamente que no fue un antecedente tenido a la vista al momento de disponer las medidas; iv) Denegar en forma arbitraria, ilegal e inoportuna la solicitud de suspensión de los efectos del acto recurrido, sin considerar la otra causal prevista por la ley para su procedencia; y, v) Dejar expuesta a su representada a una posible formulación de cargos por incumplimiento de las medidas provisionales. Concluye la reclamante que existieron graves vicios sobre aspectos materiales o sustantivos del acto recurrido, los que hacen de la Resolución Exenta N° 1.486/2018 ilegal y susceptible de anulación, quedando desprovista de la presunción de legalidad y de la aplicación del principio de conservación.

Centésimo vigésimo quinto. Que, la reclamada, por su parte, responde que se han observado y cumplido los requisitos y principios necesarios para la dictación de las medidas provisionales, en base a los antecedentes que obraron en el expediente al momento de su dictación. Adiciona que ha existido un erróneo planteamiento de descargos anticipados ante una eventual formulación de cargos, lo que impide o a lo menos obstaculiza la revisión de legalidad que debe realizar el Tribunal. Concluye señalando que la reclamación es infundada y

que en consecuencia debe ser rechazada.

Centésimo vigésimo sexto. Que, sobre las alegaciones precedentes, este Tribunal no se pronunciará, pues carece de objeto al haber concluido que no concurren los requisitos y elementos que justifiquen la dictación de las medidas provisionales preprocedimentales, lo que implica un vicio de legalidad en la resolución que las pronuncia y de manera consecuencial en la resolución reclamada. En consecuencia, el Tribunal no abordará el fondo de las materias alegadas en este acápite de la reclamación.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 17 N° 3, 25, 27 y siguientes de la Ley N° 20.600; 8, 9, 10 y 11 de la Ley N° 19.300; artículos 2°, 3°, 6° y 26 del Decreto Supremo N° 40 de 2012; artículo 294 del Código de Aguas; artículo 20 del Código Civil; artículos 7°, 8°, 9°, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 32, 41, 53 y 57 de la Ley N° 19.880; artículos 40, 48 y 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente N° 20.417 y en las demás disposiciones citadas y pertinentes;

SE RESUELVE:

1. **Acoger la reclamación interpuesta por Hidroeléctrica Roblería SpA**, dejando sin efecto las Resoluciones Exentas N° 1.369/2018 y 1.486/2018, ambas del Superintendente del Medio Ambiente, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.
2. **Condenar en costas a la Superintendencia del Medio Ambiente** por resultar totalmente vencida.

Se previene que el Ministro Sr. Felipe Sabando Del Castillo concurre a la decisión, sin perjuicio de no compartir lo señalado en el considerando quincuagésimo sexto, relativo a la sentencia dictada en causa Rol R N° 44-2014 de este Tribunal, ni lo razonado en el considerando sexagésimo octavo, puesto que la SMA evaluó los antecedentes, tanto al momento de ordenar las medidas como al resolver el recurso de reposición

CIENTO TREINTA Y CINCO 000135

interpuesto por la reclamante, con manifiesta infracción de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. En efecto, no resulta lógico ni conforme a las máximas de la experiencia su decisión de adoptar las citadas medidas provisionales preprocedimentales, toda vez que a esa fecha no existía, primero, peligro en la demora ni daño inminente, al encontrarse las obras paralizadas; tampoco urgencia, pues la temporada de precipitaciones más intensas, las que habrían causado el deslizamiento y derrumbe de materiales excavados, ya había culminado; ni proporcionalidad, al requerir, sin debida fundamentación, obras que implicaban mayores intervenciones que la corrección que aspiraba lograr.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 198-2018

Pronunciada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Alejandro Ruiz Fabres, Presidente, Felipe Sabando Del Castillo y Juan Manuel Muñoz Pardo.

Redactó la sentencia el Ministro Alejandro Ruiz Fabres, Presidente y la prevención su autor.

En Santiago, a quince de marzo de dos mil diecinueve, autorizada el Secretario del Tribunal, señor Luis Prieto Pradenas, notificando por el estado diario la resolución precedente.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL - SANTIAGO
SECRETARIO ABOGADO