

Valdivia, a veinticinco de abril de dos mil veintitrés.

VISTOS:

1. A fs. 1 y ss., el 19 de octubre de 2022, compareció la abogada **PAULA ANDREA VILLEGAS HERNANDEZ**, en representación del **SR. FELIPE SABANDO DEL CASTILLO**, ambos con domicilio en calle O'Higgins N°630 oficina 404, Concepción, en adelante "**el Reclamante**", quien interpuso la reclamación del art. 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, Ley N° 20.417 (en adelante, LOSMA), en relación con el art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, contra la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante "la Reclamada" o "la SMA", por la dictación de la Resolución Exenta N° OBB 0101/2022, de 27 de septiembre de 2022, dictada por el Jefe Oficina Regional del Biobío de la Superintendencia del Medio Ambiente, que rechazó el recurso de reposición con jerárquico en subsidio deducido en contra de la Resolución Exenta N° OBB 051/2022, de 23 de mayo de 2022, que resolvió archivar sus denuncias en contra del local "Color Local".

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

2. En el informe evacuado a fs. 49, la SMA acompañó copia digital del expediente de las denuncias ID SIDEN 271-V111-2021 e ID SIDEN 154-V111-2022, con certificado de autenticidad de fs. 132, donde consta:
- a) A fs. 58 y ss., Denuncia N° 4500 efectuada por Sr. Felipe Sabando del Castillo en contra del local comercial "Color Local" por la comercialización de la especie *Boletus loyo*.
 - b) A fs. 66, ORD. OBB N°0366/2021 que contiene la respuesta de la SMA a la denuncia del Sr. Sabando.
 - c) A fs. 96, Denuncia N°20018 efectuada por el Sr. Felipe Sabando señalando hechos similares a los denunciados anteriormente.
 - d) A fs. 103, ORD. OBB N° 0147/2022 que contiene la respuesta de la SMA a la denuncia del Sr. Sabando.
 - e) A fs. 106, Resolución Exenta OBB N° 051/022 que archiva denuncias ya individualizadas.



- f) A fs. 110, Recurso de Reposición, en subsidio jerárquico en contra de la resolución anterior.
- g) A fs. 126, Resolución Exenta N° OBB 0101/2022, resolución reclamada, que rechazó el recurso de reposición.

II. Antecedentes del proceso de reclamación

3. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquélla, consta en autos que:

- a) A fs. 1 y ss., se inició el procedimiento mediante reclamación del art. 17 N°3 presentada por el Reclamante el 19 de octubre de 2022. Previo a proveer la reclamación, se ordenó a fs. 38 constituir mandato, dentro de tercero día, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada, según dispone el art. 2 inciso 4 de la ley 18.120.
- b) A fs. 39, la Reclamante cumplió lo ordenado, confiriendo patrocinio a la abogada Paula Villegas Hernández.
- c) A fs. 40, se dictó la resolución que admitió a trámite la reclamación. Se ordenó informar por parte de la autoridad reclamada en plazo legal, y se tuvieron por acompañados los documentos.
- d) A fs. 49, la SMA evacuó informe y acompañó copia digital del expediente de las denuncias ID SIDEN 271-V111-2021 e ID SIDEN 154-V111-2022, con certificado de autenticidad de fs. 132.
- e) A fs. 134, el Tribunal tuvo por evacuado el informe y ordenó pasar los autos a la Sra. Relatora.
- f) A fs. 135, se certificó la causa en relación y, a fs. 136, consta el decreto de autos en relación, fijándose audiencia de alegatos para el martes 3 de enero de 2023, a las 09:30 horas, de manera presencial en las dependencias del Tribunal.
- g) A fs. 137 las partes solicitaron la suspensión del procedimiento conforme al art. 64 del CPC, a lo cual el Tribunal accedió a fs. 138, por el tiempo solicitado, dejando sin efecto la audiencia fijada a fs. 136.

- h) A fs. 139 se reanudó el procedimiento y el Tribunal fijó audiencia de alegatos para el 11 de abril de 2023, a las 09:30 horas, de manera presencial en las dependencias del Tribunal.
- i) A fs. 140 y 141 constan las solicitudes de comparecencia vía remota de ambas partes y a fs. 141 y fs 143 constan los anuncios de las partes.
- j) A fs. 144, Acta de Instalación del Tribunal, a fs. 147 certificación de la realización de la audiencia, y a fs. 148 certificación del acuerdo.
- k) A fs. 149, resolución que designa ministro redactor.
- l) A fs. 150, certificación de entrega de proyecto de sentencia.

CONSIDERANDO:

I. Discusión de las partes

A. Argumentos de la Reclamante

PRIMERO. Que, la reclamación deducida en autos se dirige contra resolución de la SMA dictada el 27 de septiembre de 2022 por el Jefe Oficina Regional del Biobío de la Superintendencia del Medio Ambiente, que rechazó en todas sus partes el recurso de reposición interpuesto por don Felipe Sabando del Castillo en contra de la Resolución Exenta N° OBB 051/2022, de 23 de mayo de 2022, que resolvió archivar las denuncias en contra del local "Color Local".

SEGUNDO. Que, sostuvo el Reclamante que el 4 de junio de 2021 realizó una denuncia en contra del establecimiento comercial "Color Local", por la comercialización del Hongo "*Boletus Loyo*", especie que se encuentra en categoría EN (en peligro), según DS N° 38/2015 del Ministerio de Medio Ambiente (en adelante MMA). Esta denuncia fue reiterada el 26 de abril de 2022. La SMA archivó las denuncias, y se interpuso recurso de reposición, el que fue rechazado.

TERCERO. Que, a fs. 5 agregó que la SMA tiene amplias facultades de fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental las que

puede ejecutar directa o indirectamente en virtud de los programas o subprogramas de los órganos sectoriales competentes.

CUARTO. Que, señaló que el DS 29/2012 que aprueba el reglamento para la clasificación de especies silvestres en estado de conservación, hace una remisión al art. 37 de la Ley N° 19.300 que define los Instrumentos de Gestión Ambiental (en adelante IGA); en consecuencia, la SMA tiene obligación de fiscalizar pues el DS 38/2015 se trata de un IGA. Agregó que a la fecha no se han dictado los correspondientes planes de manejo.

QUINTO. Finaliza señalando que la SMA no puede eludir su obligación de fiscalizar, pues según el art. 47 de la LOSMA luego de la denuncia corresponde iniciar el procedimiento administrativo sancionador.

B. Informe de la SMA

SEXTO. Que, en su informe evacuado en autos, la SMA explicó que no es competente para fiscalizar los hechos denunciados, ya que a la fecha no se ha dictado ningún plan de los que hace referencia el art. 42 de la Ley N° 19.300.

SÉPTIMO. Que, al efecto cita también el art. 37 de la Ley N° 19.300, y puntualiza que los planes de recuperación, conservación y gestión de especies contienen acciones, medidas y procedimientos que deberían ejecutarse para recuperar, conservar y manejar especies que hubiesen sido clasificadas en el marco del Reglamento de Clasificación de Especies Silvestres según Estado de Conservación, aprobado mediante DS 29/2011 del MMA. A fs. 53 agrega que solo estos planes son IGA cuya fiscalización y eventual incumplimiento es de competencia de la SMA de conformidad al art. 35 letra i) de la LOSMA.

OCTAVO. Que, indicó que el reclamante debió denunciar a CONAF por el incumplimiento del art. 19 de la Ley N° 20.283.

NOVENO. Finalizó señalando que debido a que los hechos denunciados no eran materia de su competencia, no se encontraba obligada a fiscalizar.

II. Controversia

DÉCIMO. Que, de acuerdo a las alegaciones formuladas por las partes, la controversia promovida se relaciona con el ejercicio de las potestades de fiscalización y sanción de la SMA respecto de las especies que hayan sido clasificadas en alguna categoría de conservación, sin que se haya dictado un plan de recuperación, conservación y gestión de la especie.

UNDÉCIMO. Que, el Reclamante a fs. 2 y siguientes señaló que la SMA incurrió en inactividad pues no desarrolló actividades de fiscalización frente a dos denuncias efectuadas por don Felipe Sabando del Castillo. La primera con fecha 4 de junio de 2021 y la segunda el 26 de abril de 2022, por la comercialización de la especie *Boletus loyo*, en el local comercial ubicado en calle Rengo N°15, de la comuna de Concepción. Señaló que dicha especie de acuerdo al DS 38/2015, fue clasificada en categoría de EN (En Peligro), por lo que debe ser fiscalizada por la SMA. Agregó que el archivo de la denuncia implica una actuación ilegal dado que la SMA debió ejercer sus potestades de fiscalización considerando que la clasificación de especies es un instrumento de gestión ambiental.

DUODÉCIMO. Que, la Reclamada a fs. 51 señaló que la SMA no es competente para fiscalizar y/o sancionar los hechos denunciados. Agregó que de acuerdo al art. 2 LOSMA solo tiene competencia para fiscalizar los planes de manejo, cuando corresponda, ya sea de aquellos que hace referencia el art. 42 de la Ley N° 19.300 o del inciso 2° del art. 37 de la misma norma. Añadió que a la fecha no se han dictado los planes de manejo, y por no existir mérito suficiente en relación a los hechos denunciados, no se realizaron actividades de fiscalización, procediendo al archivo de las denuncias.

DECIMOTERCERO. Que, para una correcta resolución de la controversia, se debe tener presente el siguiente cuadro normativo:

- a) El art. 70 letra i) de la Ley N° 19.300 establece como función del Ministerio del Medio Ambiente el *"Proponer políticas y formular planes, programas y acciones que establezcan los criterios básicos y las medidas preventivas para favorecer la recuperación y conservación de los*

- recursos hídricos, genéticos, la flora, la fauna, los hábitats, los paisajes, ecosistemas y espacios naturales, en especial los frágiles y degradados (...)*".
- b) Por su parte, el art. 37 inciso 1° de la misma norma, dispone que un *"reglamento fijará el procedimiento para clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, sobre la base de antecedentes científico-técnicos, y según su estado de conservación, en las categorías recomendadas para tales efectos por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) u otro organismo internacional que dicte pautas en estas materias"*.
- c) A partir de esta clasificación, el inciso 2° del art. 37, recién mencionado, establece que el MMA deberá aprobar planes de recuperación, conservación y gestión de dichas especies. Estos planes son un *"instrumento administrativo que contiene el conjunto de metas, objetivos y acciones que deberán ejecutarse para recuperar, conservar y manejar una o más especies que hayan sido clasificadas en el marco del Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres según Estado de Conservación"* (art. 2 letra a) del DS 1 de 2014, del MMA, Reglamento para la elaboración de planes de recuperación, conservación y gestión de especies).
- d) Sin perjuicio de ello, el MMA también puede exigir conjuntamente con el órgano sectorial, un Plan de Manejo de recursos naturales que considere la protección de especies clasificadas según lo dispuesto en el art. 37 (art. 42 Ley N° 19.300).

DECIMOCUARTO. Que, de lo anterior se deriva que el MMA tiene el deber de llevar a cabo un procedimiento administrativo basado en conocimiento científico para clasificar de acuerdo a su estado de conservación (Extinta, Extinta en Estado Silvestre, En Peligro Crítico, En Peligro, Vulnerable, Casi Amenazada, Preocupación Menor y Datos insuficientes) a las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres. La clasificación de las especies en una categoría de conservación constituye un instrumento de gestión ambiental puramente declarativo o de certificación (similar a la declaración de una zona saturada o latente), cuya finalidad es

permitir a la autoridad administrativa activar otros instrumentos de gestión ambiental como los Planes de Manejo (art. 42 de la Ley N° 19.300) o el plan de recuperación, conservación y gestión de especies (art. 37 inciso 2° Ley N° 19.300).

DECIMOQUINTO. Que, de esta forma, la incorporación de una especie dentro de una categoría de conservación no produce ni genera una prohibición, limitación u obligación alguna. Solo excepcionalmente se producen limitaciones como en el caso de las especies vegetales nativas. Pero en este último caso dicho efecto se genera por expresa disposición de la Ley N° 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, que, en su art. 19, establece la prohibición de eliminación, destrucción o descepado de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas, de conformidad con el artículo 37 de la ley N° 19.300 y su reglamento, en las categorías de "en peligro de extinción", "vulnerables", "raras", "insuficientemente conocidas" o "fuera de peligro", que formen parte de un bosque nativo, como asimismo la alteración de su hábitat.

DECIMOSEXTO. Que, por otro lado, no cabe duda que el uso y aprovechamiento de todos los recursos naturales renovables deberá siempre asegurar su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos (art. 41 de la Ley N° 19.300). Es precisamente para esos efectos que se dictan los planes de recuperación, conservación y gestión de especies, sin los cuales no existen medidas, condiciones u obligaciones cuya verificación de cumplimiento deba ser fiscalizada. En efecto, este plan es el que contiene un conjunto de acciones, medidas, y/o obligaciones destinadas a controlar y/o mitigar las amenazas que sufren estas especies, procurando su recuperación, conservación y/o manejo. Se trata de un instrumento cuya finalidad es concretar la conservación del patrimonio ambiental como objetivo de política pública, mediante el uso y aprovechamiento racionales o la recuperación, en su caso, de los componentes bióticos del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos (art. 2 letra b) de la Ley N° 19.300).

DECIMOSÉPTIMO. Que, el cumplimiento de estos planes resulta vinculante para la autoridad ambiental y los regulados. Por ende, es este el instrumento que debe ser fiscalizado por la SMA. Lo

anterior se verifica en el art. 2 inciso 2° LOSMA, que indica: "*La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley*". Esta norma es consistente con el art. 35 letra i) LOSMA, que establece que el incumplimiento de los planes de recuperación, conservación y gestión de especies clasificadas constituye una infracción ambiental. Por su lado, no hay infracciones ni prohibiciones en la Ley N° 19.300, en la LOSMA o en alguna norma sectorial, que se vinculen a la utilización o comercialización de especies en estado de conservación.

DECIMOCTAVO. Que, en el caso concreto, mediante Decreto Supremo N°38/2015, del Ministerio del Medio Ambiente, se aprueba y oficializa la clasificación de especies según estado de conservación, undécimo proceso, en el que se clasificó a la especie *Boletus loyo* en categoría EN (En Peligro). Lo anterior se traduce en que la autoridad administrativa ambiental en cumplimiento de la Ley N° 19.300, art. 37 inciso 2°, deberá dictar el respectivo Plan de recuperación, conservación y gestión de la especie, o el Plan de Manejo de recursos naturales del art. 42 de la Ley N° 19.300. Esto es obligatorio para la autoridad administrativa. La doctrina, respecto de la declaración de zona saturada o latente, que constituyen instrumentos de certificación similares a la clasificación de especies, ha indicado: "*si bien podría discutirse si tiene (el Ministerio del Medio Ambiente) una potestad discrecional para declarar una zona latente o saturada, según corresponda, no existirá duda alguna de que, efectuada la declaración, es obligatoria la elaboración y puesta en práctica de los respectivos planes de prevención o descontaminación*" (Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, p. 244). Por ende, corresponderá al MMA como parte de sus funciones, iniciar el procedimiento de dictación del plan respectivo, con el objeto de establecer condiciones, acciones y medidas para mitigar y/o eliminar las amenazas a la conservación de dicha especie,

promoviendo su recuperación. Ese plan podrá ser fiscalizado por la SMA y eventualmente sancionar las infracciones que se cometan. Es en el MMA donde el Reclamante debe instar por el ejercicio de sus potestades.

DECIMONOVENO. Que, por otro lado, la clasificación de especies efectuada conforme al art 37 de la Ley N° 19.300 produce efectos inmediatos en relación a otros instrumentos de protección ambiental. Tal es el caso del SEIA, que deberá considerar para efectos de determinar si existen impactos adversos significativos sobre los recursos naturales renovables "*la presencia y abundancia de especies silvestres en estado de conservación*" (art. 6 letra b) RSEIA). Estos efectos no dependen de la dictación de otro instrumento de gestión ambiental.

VIGÉSIMO. Que, a mayor abundamiento, consta a fs. 103, que la SMA el 23 de mayo de 2022, envió una carta al establecimiento comercial "Color Local" en el que se habría estado comercializando la especie *Boletus loyo*. En esta carta se informa que la especie comercializada se encuentra en categoría de conservación EN (en peligro) y se solicita se adopten las medidas de prevención para no afectar la población de la especie, lo que incluye evitar su mal manejo, recolección desde el bosque nativo y su venta posterior sin contar con aquellos permisos o autorizaciones sectoriales que puedan resultar pertinentes. Esta carta puede considerarse una especie de carta admonitoria, que es un instrumento informal que detenta la autoridad administrativa y que permite generar advertencias a los regulados vinculadas al cumplimiento normativo (García, Javier, "Las cartas admonitorias como alternativa al ejercicio de la potestad sancionatoria", en Huergo, Alejandro (director) *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*, Iustel, 2018, p. 101). Es decir, la SMA a pesar de entender que el asunto contenido en la denuncia no estaba dentro del ámbito de sus competencias, de igual forma, realizó una actividad de advertencia y recomendación para un correcto manejo y gestión del recurso natural.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, por las razones indicadas, y no habiéndose dictado por el MMA el respectivo plan de recuperación, conservación y gestión de la especie *Boletus Loyo*, no existen obligaciones,

acciones o medidas que puedan ser fiscalizadas por la SMA. En consecuencia, la reclamación de autos será íntegramente rechazada.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los arts. 17 N°3, 18 N°3, 20, 25, 27, 29, 30 y 47 de la Ley N° 20.600; arts. 2, 3, 35, 56 y demás aplicables de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en la Ley N° 20.417; arts. 37 y 42, de la Ley N° 19.300; DS 38 de 2015, del Ministerio del Medio Ambiente y DS 1 de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente; DS 29/2011 del Ministerio del Medio Ambiente; Ley N° 20.283, en lo que resulten aplicables; arts. 15 y demás aplicables de la Ley N° 19.880; arts. 158, 160, 164, 169, 170 y demás aplicables del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y demás disposiciones pertinentes.

SE RESUELVE:

- I. Rechazar** la Reclamación de fs. 1 y siguientes, por las razones vertidas en la parte considerativa de la sentencia.
- II.** No condenar en costas al Reclamante, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Rol N° R-67-2022

Pronunciada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros, Sr. Javier Millar Silva, Sra. Sibel Villalobos Volpi, y Sr. Iván Hunter Ampuero.

Redactó la sentencia el Ministro, Sr. Iván Hunter Ampuero.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Francisco Pinilla Rodríguez.

En Valdivia, a veinticinco de abril de dos mil veintitrés, se anunció por el Estado Diario.