

Ingreso : 1608-2011  
Secretaría : Corte Suprema  
Materia : Apelación de protección

CHP  
4/FEB

EN LO PRINCIPAL: SOLICITA ALZAMIENTO DE ORDEN DE NO INNOVAR.-  
OTROSÍ: PERSONERÍA

EXCMA. CORTE SUPREMA

*(Cdo) A 322.*

IRMA SOTO RODRIGUEZ, Abogado Procurador Fiscal de Santiago (S) del Consejo de Defensa del Estado, por el recurrido, en autos Rol Ingreso N° 1608-2011, caratulados "REYES ALCAMÁN y OTROS con MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS", a S.S. Excma. respetuosamente digo:

Que vengo en solicitar a SS. Excma., se sirva decretar el alzamiento de la orden de no innovar concedida por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, por medio de resolución de fecha 24 de mayo de 2010, en atención a las siguientes consideraciones:

I) LA ORDEN DE NO INNOVAR DECRETADA.

La ltma. Corte de Apelaciones de Santiago ordenó suspender el Decreto N°121 del Ministerio de Obras Públicas de fecha 02 de febrero de 2010 y publicado en el Diario Oficial el día 17 de abril del mismo año, por el cual Adjudica Contrato de Concesión para la Ejecución, Conservación y Explotación de la Obra Pública Fiscal denominada "Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía".

II) FUNDAMENTOS PARA PROCEDER AL ALZAMIENTO DE LA CITADA  
ORDEN DE NO INNOVAR

A continuación desarrollaremos los fundamentos por los cuales esta defensa solicita el alzamiento de la medida decretada:

II.1. Naturaleza cautelar de la orden de no innovar

En este sentido es preciso resaltar que la orden de no innovar es considerada como una medida cautelar, por la cual se evita que una parte unilateralmente pueda poner término a un contrato o que una conducta determinada altere la situación de hecho existente.

Esta medida persigue el mantenimiento del status quo previo al conflicto, evitando que en el tiempo que media entre los hechos y el fin del proceso una de las partes lo resuelva interinamente, mediante la autotutela, alterando por sí y ante sí tal situación de hecho.

En efecto, como tal, la O.N.I. corresponde a una verdadera medida cautelar que, según MARÍN GONZÁLEZ *"reconoce las características que hemos señalado en general para este tipo de medidas: se encuentra subordinada a un proceso principal, asegurando la eficacia del fallo que posteriormente se dicte. Es una medida provisional, esto es, una vez que se expide la sentencia definitiva agota de inmediato su ciclo vital, no pudiendo subsistir más allá de esta resolución; si la sentencia es favorable al demandante, entonces la medida desaparece por haber cumplido su finalidad, esto es, asegurar la efectividad de lo resuelto, y es reemplazada por los efectos permanentes de la sentencia definitiva; si por el contrario, la sentencia rechaza la protección, entonces la orden de no innovar desaparece porque en definitiva no se produjo ninguna lesión a las garantías constitucionales del recurrente, y, por lo tanto, la adopción de las medidas fue injustificada"*<sup>1</sup>

En consecuencia, al ser la orden de no innovar una medida cautelar, le son aplicables las características y exigencias establecidas para el otorgamiento y alzamiento de estas últimas.

Al respecto, SS. Excma. debe tener en consideración que las medidas cautelares son provisorias, instrumentales, requieren un peligro en la demora o retardo y la posibilidad verosímil de obtención de sentencia favorable, proporcionales, etc.

## II.2. Exigencias para conceder la orden de no innovar como medida cautelar.

Como toda medida cautelar, la orden de no innovar requiere la concurrencia de los denominados *"presupuestos de aplicación"* que son: el *fumus boni iuris* -aparición verosímil de existencia del derecho invocado por el actor- y el *periculum in mora* -peligro en la demora de la dictación de la sentencia definitiva- y que el tribunal deberá valorar al momento de conceder o no la medida.

<sup>1</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Las Medidas Cautelares en el Proceso Chileno. Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp.447

En efecto, tratándose de la acción de protección, el Tribunal debe proceder a analizar las afirmaciones efectuadas por el recurrente en atención a los hechos que motivan la intervención judicial y los antecedentes que se le alleguen para su respaldo, de manera tal que formen no una convicción en el juzgador –que sólo se produciría una vez dictada la sentencia definitiva- sino que una probabilidad acentuada de la existencia de una ilegalidad o arbitrariedad y que éstas han conculcado derechos garantizados por la Constitución. (La doctrina considera que tal grado de conocimiento se encuentra entre la incertidumbre al inicio del procedimiento, y la certeza o convicción manifestada en la sentencia definitiva)

En este mismo sentido, y dada la provisionalidad de toda medida cautelar –entre las que se encuentra precisamente la orden de no innovar- ésta puede ser modificada o dejada sin efecto una vez que varíen los antecedentes que le sirvieron al juez para su concesión, como se daría en el caso de la dictación de una sentencia definitiva que rechace la acción constitucional impetrada.

Ciertamente, con la dictación de un fallo que rechace la protección solicitada, nos encontramos frente a una orden de no innovar que fue concedida con una “*probabilidad acentuada*” que debe ser confrontada con una “*convicción fundada*” a la que llega el tribunal en su sentencia definitiva una vez analizada la prueba rendida, de modo tal que ésta ha de ser dejada sin efecto, por carecer ya del *fumus* que fundamentó su concesión.

**II.3. La sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones denegó la acción de protección: El acto recurrido se encuentra sometido al imperio del Derecho.**

En la acción de protección de autos, mediante sentencia de fecha 31 de enero de 2011, pronunciada por la Octava Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago<sup>2</sup> se procedió a rechazar la acción constitucional deducida en contra del Ministerio de Obras Públicas.

Como conclusión, el Tribunal a quo señaló en el considerando 11° del citado fallo, lo siguiente:

*“Que, en consecuencia, y acorde a los argumentos que se han venido expresando, no ha podido verificarse una privación, perturbación o*

<sup>2</sup> Integrada por los Ministros Sres. Lamberto Cisternas Rocha, Sra. Gloria Ana Chevesich Ruiz y por la Abogada Integrante Sra. Claudia Chaimovich Guralnik

*amenaza ilegítima de las garantías constitucionales que los recurrentes estiman conculcadas.*"<sup>3</sup>

Para llegar a tal decisión, la ltma. Corte señaló:

*"8º) Que, en la especie, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, **cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio les otorga a las consultas**, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, según consta en la Resolución Exenta N° 252, de 15 de noviembre de 2006, modificada por la Resolución Exenta N° 2406, de 05 de octubre de 2007, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del mencionado proyecto.*

*9º) Que resulta indubitada la circunstancia que este procedimiento se llevó a efecto de acuerdo a las normas que establece la ley N° 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, basado en el principio de contradictoriedad del artículo 10 de la ley N° 19.880, en virtud del cual, los servicios plantearon dentro de la esfera de sus competencias las observaciones y aclaraciones que podría generar el proyecto.*

*10º) Que una interpretación armónica del Convenio N° 169, de la Ley Indígena y de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente permite a esta Corte concluir que el Estado cumplió con la finalidad de la Consulta prevista en el Convenio N° 169, toda vez que el artículo 34 de la Ley N° 19.253, establece que: "los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley."; y a su vez la Ley N° 19.300 establece que corresponderá a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan. Conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen,*

---

<sup>3</sup> Énfasis añadido

*satisface –en este caso por los antecedentes ya expuestos- la exigencia del Convenio en referencia”<sup>4</sup>*

En consecuencia, la ltima. Corte, en el procedimiento llevado a efecto para conocer y resolver la acción constitucional de protección deducida en estos autos, contó con todos los antecedentes necesarios para su adecuada decisión, llegando a una convicción fundada de la inexistencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales ni afectación a derechos constitucionales.

Esto le da tener gran relevancia al momento de considerar el mantenimiento o no del orden de innovar decretada al inicio del procedimiento de autos.

#### II.4. La necesidad de cautela ha desaparecido.

Certamente, esta defensa sostiene fundadamente, que la necesidad de cautela ha desaparecido.

El fundamento que se tuvo en consideración para su dictación –que no era más que una probabilidad de la existencia del derecho y del perjuicio o peligro que podría causar el acto recurrido- ha sido destruido mediante la convicción plena, obtenida por medio de los antecedentes y alegaciones aportados y expresados en la respectiva instancia, que llevaron a concluir al sentenciador que *“no ha podido verificarse una privación, perturbación o amenaza ilegítima de las garantías constitucionales que los recurrentes estiman conculcadas.*

A mayor abundamiento, se acreditó durante el procedimiento que:

1. No existen sitios de significación cultural mapuche o monumentos históricos en el área de influencia, bajo protección de la Ley 17.288, con la sola excepción de un sitio arqueológico ubicado dentro de la línea de la base arqueológica, el que deberá ser caracterizado y rescatado antes de empezar las obras del proyecto (Considerando 3°)
2. Respecto a las comunidades recurrentes que cuentan con la resolución de aplicabilidad del artículo 20 letra b) de la Ley N°19.254, en cuya virtud la CONADI les reconoce la pérdida territorial, que les permite ingresar a una segunda etapa, denominada de compensación de compras de tierras a las comunidades solicitantes;

---

<sup>4</sup> Énfasis añadido.-

3. Respecto de los sitios de significación cultural mapuche en el área de influencia del proyecto: se efectuaron observaciones en la etapa del Estudio de Impacto Ambiental, respecto de 32 comunidades indígenas y consignaron su preocupación sobre los sitios de significación cultural existente, su visión sobre la participación de las comunidades en este proceso y la inclusión en el Fondo de Compensación del proyecto, las que fueron acogidas parcialmente por la CONAMA. Al respecto, se efectuó un informe socio cultural que fija como criterio extensivo todos los sitios de significación cultural que existen en el área de influencia indirecta, existiendo 17 sitios de significación cultural, aumentando a 6 los sitios de gillatuwe reconocidos y vigentes en el sector, criterio que a la fecha no ha variado. Al respecto, la CONAMA acogió parcialmente la reclamación y sus conclusiones están contenidas en la Resolución Exenta N° 2406.

Entonces, la convicción adquirida por el juzgador al pronunciar el fallo debe primar por sobre el *fumus* que se tuvo en consideración al decretar la orden de no innovar, especialmente por la prueba rendida. En este caso existe una decisión del Tribunal, que es desfavorable a quien obtuvo la medida cautelar, por lo que la primera debe primar por sobre la segunda, debiendo, entonces SS. Excma., ordenar el alzamiento de la orden de no innovar.

#### II.5. El mantenimiento de la Orden de No Innovar causa grave perjuicio fiscal.

Al respecto, sin perjuicio que lo anterior demuestra que no existe antecedente alguno que sustente el mantenimiento de la orden de no innovar, es preciso hacer presente a SS. Excma. que dicha orden, desde su dictación ha producido grave perjuicio a los intereses fiscales, difíciles de cuantificar.

Ciertamente, el acto suspendido, consistente precisamente en la adjudicación de contrato de concesión de obra pública, se traduce en un prolongado retraso<sup>5</sup> en la construcción de un aeropuerto en la Región de la Araucanía, perjudicando directamente tanto al Fisco de Chile, como a los ciudadanos que habitan o trabajan en dicha región.

Lo anterior se ha traducido en la paralización de todas las actividades del contrato por parte del Concesionario, como toma de posesión material de los terrenos de las propiedades expropiadas, ejecución de estudios

---

<sup>5</sup> A la fecha, por más de 9 meses

complementarios en terreno (estudio de mecánica de suelos, levantamiento topográfico), elaboración de la ingeniería definitiva, etc.

En este mismo sentido, la Sociedad Concesionaria, mediante carta 018/10 de fecha 10-Agosto-2010 ha solicitado al MOP extender el plazo de vigencia de la concesión durante todo el período que permanezca vigente la Orden de No Innovar, sin perjuicio de las indemnizaciones que se deriven de los perjuicios sufridos por la Concesionaria por el retraso que ha significado y sigue significando la Orden de No Innovar. Asimismo, debo hacer presente a SS Excma. que existen contratos celebrados con empresas privadas -con anterioridad a la orden de no innovar- y respecto de las cuales el Fisco ha debido dar cumplimiento a numerosos pagos, que ascienden a la cantidad de unos 30 millones de pesos mensuales, aproximadamente.

Sin embargo, a la fecha no es posible hacer una estimación del monto que podrían tener estos perjuicios económicos.

En consecuencia, mantener vigente la orden de no innovar decretada, sin perjuicio que ello no se ajustaría a los principios ya reseñados en atención a su calidad de medida cautelar, causa grave daño tanto al erario público como a los habitantes y trabajadores de la Región de la Araucanía, en circunstancias que la decisión razonada adoptada por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago se tradujo en rechazar la acción de protección deducida.

### III) CONCLUSIONES.

En atención a los antecedentes y consideraciones anotadas, y en especial el tenor del fallo por el cual se rechaza la acción de protección impetrada, ha desaparecido el fundamento que se tuvo en consideración al momento de decretar la orden de innovar sobre el Decreto N°121 del Ministerio de Obras Públicas, por el cual Adjudica Contrato de Concesión para la Ejecución, Conservación y Explotación de la Obra Pública Fiscal denominada "Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía".

En consecuencia, al desaparecer la "*apariencia o probabilidad de existencia del derecho*", debe dejarse sin efecto tal medida cautelar, dada la provisionalidad de la misma y la convicción del juzgador que en este caso "*no ha podido verificarse una privación, perturbación o amenaza ilegítima de las garantías constitucionales que los recurrentes estiman conculcadas*".-

POR TANTO,

CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO  
PROCURADURÍA FISCAL SANTIAGO

RUEGO A V.S. EXCMA., se sirva acceder a lo solicitado, ordenando alzar la orden de innovar decretada en estos autos.

OTROSÍ: Sírvase S.S. Excma., tener por acompañado certificado otorgado por el Sr. Secretario Abogado del Consejo de Defensa del Estado, en el cual consta mi personería para actuar en estos autos