

RESUELVE PRESENTACIÓN QUE INDICA

RESOLUCIÓN EXENTA N° 750

Santiago, 12 AGO 2016

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "LOSMA"); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 11 de septiembre de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 76, de 12 de noviembre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente que nombra a don Cristián Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente; y, en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de Toma de Razón;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1° **Lorena Faride Alarcón Rojas** (en adelante "la empresa" o "el titular"), Rol Único Tributario N° 11.503.183-4, es titular del proyecto ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante "SEIA"), mediante Declaración de Impacto Ambiental ("DIA"), denominado "**Declaración de Impacto Ambiental de Lorena Alarcón Rojas, Tratamiento de neutralización y depuración de residuos líquidos de un taller de confección, impregnación y lavado de redes, neutralización y depuración residuos líquidos**", cuyo nombre de fantasía es "Servinets" (en adelante "taller de redes", "Servinets" o "la empresa"), ubicadas en la Región de Los Lagos, comuna de Puerto Montt, específicamente sector Trapén-La Pirámide, que fue calificada ambientalmente favorable mediante Resolución Exenta N° 22 (en adelante "RCA N° 22/2010"), de fecha 22 de enero de 2010, por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región de Los Lagos.

2° Con fecha 10 de junio del 2016, la Municipalidad de Puerto Montt presentó una denuncia ante esta Superintendencia, por afectación o contaminación al estero Chinchihuapi ubicado en el sector de la Pirámide, Trapén, cercano al sitio Arqueológico Monteverde, declarado Monumento Histórico mediante la Resolución N° 0425/2008 del Ministerio de Educación. Según la mencionada denuncia, la afectación al estero tendría como causa directa la actividad realizada por el taller de redes Servinets, de Lorena Alarcón Rojas, regulada por la RCA N° 22/2010.

3° Con fecha 13 de junio de 2016, en virtud de la denuncia presentada ante esta Superintendencia por la Municipalidad de Puerto Montt, funcionarios de este servicio en conjunto con la Secretaría Regional Ministerial de Salud (en

adelante "SEREMI de Salud"), realizaron una inspección ambiental. La SEREMI de Salud, practicó tomas de muestras de agua y lodo (cuyos resultados a la fecha se encuentran pendientes por parte de la respectiva SEREMI de Salud). Las materias relevantes objeto de la fiscalización incluyeron el manejo de residuos líquidos, manejo de lodos, intervención y/o afectación de suelo e intervención y/o afectación de cursos de agua. Entre los hechos constatados se encuentran la afectación del predio vecino por escurrimiento y acumulación de residuos líquidos y una eventual afectación del sitio arqueológico Monteverde por el escurrimiento de residuos líquidos hacia el Estero Chinchihuapi.

4° Con fecha 15 de junio de 2016, por medio de Memorandum MZS N° 61, la División de Fiscalización de esta Superintendencia, solicitó la adopción de medidas provisionales pre-procedimentales, respecto del taller de redes Servinets, señalando que existe riesgo de afectación al sitio arqueológico Monteverde. Las medidas solicitadas fueron la detención del funcionamiento del Taller de Redes por un plazo no inferior a 15 días hábiles y el vaciado de todos los pozos que contengan residuos líquidos industriales en un plazo no superior a 10 días, y la limpieza de los sectores que presentan escurrimientos superficiales.

5° Por esta razón, con fecha 22 de junio de 2016, esta Superintendencia solicitó al Tercer Tribunal Ambiental, la autorización de la medida provisional establecida en el artículo 48 letra d) de la LOSMA, esto es, la detención del funcionamiento de las instalaciones del taller de redes Servinets.

6° Con fecha 23 de junio de 2016, mediante Resolución dictada a fojas 65 y siguiente en causa S-9-2016, el Tercer Tribunal Ambiental autorizó la medida provisional prevista en la letra d) del art. 48 de la LOSMA, referida a la detención de funcionamiento de las instalaciones del proyecto "Tratamiento de neutralización y depuración de residuos líquidos de un taller de confección, impregnación y lavado de redes, neutralización y depuración de residuos líquidos", del titular Sra. Lorena Alarcón Rojas, por el plazo de 15 días hábiles.

7° De esta manera, con fecha 24 de junio del 2016, mediante Resolución Exenta N° 576, esta Superintendencia ordenó la adopción de medidas provisionales pre procedimentales al taller de redes Servinets de Lorena Alarcón Rojas. En particular, ordenó: (1) la medida establecida en el artículo 48 letra d) de la LOSMA, consistente en la detención de funcionamiento del taller de redes por un plazo de 15 días hábiles; (2) la medida establecida en el artículo 48 letra a) de la LOSMA, para que la empresa, dentro de un plazo de 10 días hábiles, vacíe todos los pozos que contengan residuos líquidos industriales, los que deberán ser destinados a lugares autorizados y la limpieza de sectores que presenten escurrimientos superficiales; y, (3) se ordenó la medida del artículo 48 letra f) de la LOSMA, consistente en el monitoreo que debe realizar la empresa en la calidad de las aguas y sedimentos del estero Chinchihuapi en el sector del predio Monteverde, el que debe realizarse por un laboratorio autorizado con una frecuencia diaria a partir del tercer día siguiente a la notificación y señalando que los parámetros a medir serán el Potencial de Hidrógeno (pH), Sólidos Suspendidos Totales (SST), Demanda Biológica de Oxígeno (DBO₅), Cobre (Cu), Zinc (Zn), Plomo (Pb), Amonio (NH₄) y Fósforo (P).

8° El día 11 de julio de 2016, la SMA realizó una actividad de inspección ambiental, con el objeto de verificar el estado de cumplimiento de las medidas provisionales ordenadas. Entre otros, se constató que el taller de redes se encuentra activo en el sector de reparación y pintura; los pozos constatados en la inspección de 13 de junio de 2016, se encontraban tapados con material; hay movimiento de despeje con maquinaria. Así, la

canalización detectada el 13 de junio de 2016, se profundizó, se constató la corta y remoción de bosque constatado en inspección de 13 de junio de 2016; y en el sector de deslinde el agua lluvia se está acumulando con posibilidad de escurrimiento hacia el predio vecino.

9° En el informe de cumplimiento de las medidas provisionales, presentado en esta Superintendencia por la titular con fecha 18 de Julio de 2016, se indicó que los resultados de los monitoreos realizados por el Laboratorio (Hidrolab), serán entregados a más tardar el 16 de agosto de 2016, razón por la cual, a la fecha esta Superintendencia no cuenta con la información solicitada.

10° Con fecha 18 de julio de 2016, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-040-2016, esta Superintendencia dio inicio al procedimiento sancionatorio por medio del cual se formularon cargos a doña Lorena Alarcón Rojas, titular del taller de redes. Los cargos fueron formulados por los siguientes hechos infraccionales: 1. Ejecución de modificaciones de consideración en la disposición de los residuos líquidos y sólidos del proyecto, según lo evaluado en la RCA N° 22/2010, sin ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En particular, la operación de las siguientes obras: (i) Tres pozos no impermeabilizados. (ii) Sistema de canalizaciones que conectan los pozos. (iii) Sistema de canalización para contención de rebalses de pozos del numeral (i). 2. Omisión de presentar previo a comienzo de descarga de RILes, un aviso y una propuesta de monitoreo mensual de los parámetros más relevantes. 3. La empresa no efectuó el vaciado de todos los pozos.

11° Luego, por medio de Memorándum DSC N° 381/2016, la fiscal instructora del Rol D-040-2016, solicitó medidas provisionales procedimentales a ser adoptadas por Lorena Alarcón Rojas. En particular, se solicitó que la medida de detención de funcionamiento, del artículo 48 letra d), se mantenga respecto del ingreso de nuevas redes y el lavado de las mismas, pues ambas son actividades que producen RILes. Respecto de la detención de la planta de tratamiento de RILes, se solicitó que la medida sea modificada por la de un inicio paulatino de funcionamiento de la misma, como una medida del artículo 48 letra a) de la LOSMA. Por último, y también como una medida de seguridad del artículo 48 letra a), ya señalado, se solicitó agregar la prohibición de que la empresa efectúe trabajos en el predio en que funciona el taller de redes, para impedir la producción de nuevos efectos que pudiesen afectar a los predios vecinos. Particularmente se solicitó que la empresa no pueda efectuar nuevas acciones de descepado y corta de flora, o cualquier otro movimiento de tierras que no tenga por objeto dar cumplimiento a lo establecido por medio de Resolución Exenta N° 576/2016.

12° Con fecha 20 de julio de 2016, se solicitó al Tercer Tribunal Ambiental, autorización para ordenar la medida provisional del artículo 48 letra d) de la LOSMA, esto es, la detención del funcionamiento del taller de redes, respecto del ingreso y lavado de nuevas redes.

13° Así, con fecha 21 de julio de 2016, mediante Resolución dictada a fojas 44 y siguiente en causa S-10-2016, el Tercer Tribunal Ambiental autorizó la medida provisional prevista en la letra d) del art. 48 de la LOSMA, referida a la detención de funcionamiento de algunas de las instalaciones del proyecto "Tratamiento de neutralización y depuración de residuos líquidos de un taller de confección, impregnación y lavado de redes, neutralización y depuración de residuos líquidos", del titular Sra. Lorena Alarcón Rojas, por el plazo de 30 días corridos. En el considerando segundo de la resolución indica "Que, en lo relativo a evitar el daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, de acuerdo a lo constatado por el acta de fiscalización de fs. 8 y ss., la Superintendencia demuestra que persiste una situación de alto riesgo de daño al medio ambiente y a la salud de las personas, como los que dieron lugar a la resolución de autorización de fs. 65 y ss., en el expediente rol N° S-9-2016. Los

canales de aguas lluvias siguen a máxima capacidad y estas siguen contaminadas por estar en contacto con la cancha de lavado, se mantiene en situación de alto probabilidad de ocurrencia de daño al sitio arqueológico Monteverde y a la población aledaña”.

14° De esta manera, con fecha 22 de julio de 2016, por medio de Resolución Exenta N° 674, se ordenaron medidas provisionales a Lorena Alarcón Rojas. En particular, se ordenó la medida de detención de funcionamiento, del artículo 48 letra d), respecto del ingreso de nuevas redes y el lavado de las mismas. También, y como una medida de seguridad del artículo 48 letra a), se solicitó agregar la prohibición de que la empresa efectúe trabajos en el predio en que funciona el taller de redes, para impedir la producción de nuevos efectos que pudiesen afectar a los predios vecinos. Se ordenó que la empresa no pueda efectuar nuevas acciones de despejado y corta de flora, o cualquier otro movimiento de tierras que no tenga por objeto dar cumplimiento a lo establecido por medio de Resolución Exenta N° 576/2016.

15° Con fecha 1 de agosto de 2016, Lorena Alarcón Rojas, dedujo recurso de reposición ante esta Superintendencia, en contra de la Resolución Exenta N° 674, solicitando la sustitución de la medida provisional, por otras menos gravosas “acordes a la magnitud y extensión de los hechos”. En particular pide:

1) Reemplazar la medida de detención del ingreso y lavado de redes, por alguna medida “señalada en el artículo 48 letra a)”;

2) En relación a la medida que ordenó el inicio paulatino de la planta de tratamiento de RILes, pide su sustitución por “la libre operación de la planta de tratamiento de RILes”. Argumenta que no existe un riesgo que justifique la adopción de las medidas que le fueron ordenadas, por lo que propone otras más convenientes de ejecutar. En síntesis, expone lo siguiente:

i) Falta de circunstancias que legitiman el proceder de la renovación de medida provisional ordenada bajo resolución exenta N° 674.

ii) Ausencia de la inminencia del daño.

iii) Ausencia del daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas.

iv) Extemporaneidad de la medida.

v) Falta de proporcionalidad de los criterios señalados en el artículo 40.

16° En concreto, la recurrente propone otras medidas menos gravosas, para sustituir a las medidas ordenadas mediante Resolución Exenta N° 674:

a) En reemplazo de la medida de detención del ingreso y lavado de redes, solicita una medida de corrección, seguridad o control que impida la continuidad en el riesgo o el daño, acreditándolo mediante fotografías notariadas y reportes semanales, que den cuenta de la inexistencia del daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas.

b) Solicita alzar la medida que ordena el inicio paulatino de la planta de tratamiento de RILes, de manera que se vuelva al funcionamiento total de la planta de tratamiento. Lo anterior, debido a que la operación de la planta de tratamiento, permitirá eliminar todos los elementos contaminantes que pudieran tener estas aguas lluvias, eventualmente mezcladas con RILes. Indica que “para evitar que estas aguas lluvias, eventualmente mezcladas con RILes, entren en contacto con aguas lluvias de las canaletas perimetrales, es necesario su evacuación y disposición, según lo indica la RCA N° 22 del 2010. En consecuencia, y para poder cumplir lo anterior, es necesario la operación de la planta de

tratamiento de RILes, con el objeto de eliminar todos los elementos contaminantes que pudieran tener estas aguas”.

II. Sobre lo expuesto en el recurso de reposición de las medidas provisionales:

17° De la lectura del recurso de reposición presentado, se evidencia que la titular incurre en una confusión en relación a la resolución recurrida. Es decir, el recurso de reposición interpuesto, se dirige en contra de la Resolución Exenta N° 674, que ordenó medidas provisionales a adoptarse en el taller de redes de Lorena Alarcón. Sin embargo, también se refiere a la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-40-2016, indicando que existe una errada formulación de cargos. En este sentido, cabe señalar que la presente resolución sólo se hará cargo de la reposición en contra de la resolución que ordenó las medidas provisionales, y no se pronunciará sobre otras reclamaciones, considerando que no es esta la instancia para resolver dicha petición, materia que debe ser discutida en el procedimiento administrativo sancionatorio en curso.

18° Sobre la falta de circunstancias que legitiman la renovación de las medidas provisionales, la recurrente expone que la razón que se consideró para renovar las medidas provisionales, se basa única y exclusivamente en la inspección realizada con fecha 11 de Julio y sólo en la “posibilidad” de rebalse de canalización de aguas lluvias a un predio vecino. Más adelante la recurrente agrega que *“se está asumiendo por parte de la fiscal instructora que existe un riesgo inminente que Monteverde puede ser dañado. (...) no basta con una simple apreciación óptica, sino que se requieren estudios de carácter analítico físico-químico que avalen tal circunstancia (...) de lo contrario cualquier apreciación subjetiva podría ser sujeto de medida provisional”*.

19° Al respecto, conviene tener presente que la renovación de las medidas provisionales está expresamente permitida, por cuanto el artículo 48 de la LOSMA, dispone en su inciso tercero: *“Las medidas contempladas en este artículo serán esencialmente temporales y tendrán una duración de hasta 30 días corridos. En caso de renovación, esta deberá ser decretada por resolución fundada cumpliendo con los requisitos que establece este artículo”*.

20° También, conviene tener presente que el valor de un acta de fiscalización, está dado por la ley. En este caso, el artículo 8 inciso 2 de la LOSMA, indica: *“El personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”*. Por esta razón, el riesgo constatado en la visita de 11 de julio, no corresponde a una mera apreciación subjetiva del fiscalizador, sino que este tiene el valor de una presunción legal.

21° Por su parte, la inspección ambiental realizada el día 11 de julio de 2016, dio cuenta de un riesgo al medio ambiente, que se ha mantenido durante la vigencia de las medidas provisionales, lo que justifica su procedencia. De igual forma fue considerado por el Tribunal Ambiental, que en resolución de fecha 21 de julio de 2016, expone en el considerando segundo: *“Que, en lo relativo a evitar el daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, de acuerdo a lo constatado por el acta de fiscalización de fs. 8 y ss., la Superintendencia demuestra que persiste una situación de alto riesgo de daño al medio*

ambiente y a la salud de las personas, como los que dieron lugar a la resolución de autorización de fs. 65 y ss., en el expediente rol N° S-9-2016. Los canales de aguas lluvias siguen a máxima capacidad y éstas siguen contaminadas por estar en contacto con la cancha de lavado, se mantiene en situación de alto probabilidad de ocurrencia de daño al sitio arqueológico Monteverde y a la población aledaña. Además, es notorio el alto valor ambiental que tiene el sitio arqueológico Monteverde. En consecuencia, dado el escenario de alta probabilidad de ocurrencia de daño a un sitio de alto valor ambiental, se cumple este requisito”.

22° La titular alega que las medidas ordenadas no guardan proporcionalidad con los requisitos del artículo 48 de la LOSMA, en particular respecto a la “inminencia del daño causado”.

23° En cuanto a la proporcionalidad de las medidas provisionales, el artículo 48 de la LOSMA, dispone: *“Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar un 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: (...)”.*

El Segundo Tribunal Ambiental en sentencia recaída en causa Rol R-44-2014, Porkland Chile S.A. / Superintendente del Medio Ambiente (Res. Ex. N° 448 de 22 de agosto de 2014), en su considerando décimo señala al respecto que *“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”.*

Por su parte, el Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol S-10-2016, al autorizar la medida provisional del artículo 48 de la LOSMA letra d), en el considerando cuarto de la resolución, señala *“Que, en cuanto la proporcionalidad entre la medida solicitada y la supuesta infracción imputada a la titular, que motiva a la Superintendencia a mantener las medidas al inicio del procedimiento sancionador, esta se encuentra justificada y por lo tanto, reviste de idoneidad en atención a los bienes jurídicos expuestos por la actividad, como también, en las condiciones que se ha generado la afectación de la empresa, en los mismos términos expresados en la resolución de fs. 65 y ss., de la causa rol N° S-9-2016”.*

En este sentido, se considera que la empresa no fue capaz de acreditar de manera fehaciente en su reposición, que en caso de volver a recibir y lavar redes, no volverán a utilizar lugares de disposición de RILes que no se encuentran autorizados ambientalmente. Tal como informó la empresa en el informe presentado el 1 de agosto del presente, la cantidad de RILes que mantiene es de 105 m³ aproximadamente, además de 5 m³ de aguas lluvias que escurrieron al lugar de lavado. Sin embargo, no está generando más RILes, dado que el lavado de redes (que es donde se producen los RILes) no está funcionando por la medida de detención, razón que obliga a concluir que las medidas ordenadas son proporcionales.

Ello no obsta a que se pueda autorizar el funcionamiento de la planta de tratamiento de RILes cuando por causas meteorológicas sea indispensable el tratamiento de las aguas lluvias que llegan a los canales de lavado. Lo anterior, en virtud de los nuevos antecedentes que han surgido durante la vigencia de las medidas, esto es, como se explicó en el párrafo anterior, que el agua lluvia llega a los canales de lavado, por lo que se hace necesario que doña Lorena Alarcón las trate para que no contaminen. Por esta razón, durante la vigencia de las medidas, la titular ha estado consultando e informando mediante correos electrónicos dirigidos a la SMA, para que se le autorice utilizar la planta de tratamiento para tratar las aguas lluvias, de manera que no se produzca lo que se busca evitar, esto es, que no se

contamine por medio del rebalse de las aguas hacia el predio vecino. La SMA por su parte, durante el seguimiento de la medida provisional ha tomado conocimiento de dichas circunstancias y en mérito de ello ha autorizado por el medio más expedito posible (mediante correos electrónicos) que se haga uso de la planta de tratamiento de RILes, de manera restringida para evitar el escurrimiento de las aguas, lo que podría producir contaminaciones.

Por esta razón, se considera que las medidas ordenadas sí cumplen con el requisito de proporcionalidad que se exige a las medidas provisionales, por tratarse de medidas adecuadas para lograr el objetivo de proteger el medio ambiente.

En este sentido, la doctrina ha señalado que *“Claramente se advierte que la sentencia citada utiliza, en unas ocasiones, el término razonabilidad y, otras veces, el de proporcionalidad, cuando en realidad no hace depender la legitimidad de las medidas adoptadas de ninguno de estos principios, sino de la existencia de indicios de hechos potencialmente constitutivos de infracción y, cómo no, del lógico requisito de idoneidad de las medidas provisionales para alcanzar sus fines característicos”*¹.

De esta manera, es posible identificar la proporcionalidad con la razonabilidad, y comprender el requisito de proporcionalidad de las medidas provisionales, como una exigencia de necesidad o idoneidad de las mismas. Ambas circunstancias se dan en el presente caso, pues se consideró que la detención de la planta de tratamiento de RILes para el lavado de las redes, impediría la producción de nuevos RILes, que podrían llegar a contaminar el medio ambiente, en caso que se dispongan en lugares no autorizados.

24° En relación a la inminencia, cabe señalar que esta se refiere al posible daño que se causará de mantenerse las condiciones que hacen procedente las medidas provisionales. Es decir, se refieren al riesgo que existe de que se cause un daño al medio ambiente, si se mantienen las condiciones, en este caso, de rebalse de los canales de lavado y de los pozos. En este orden de ideas, sería correcto lo que indica la recurrente en cuanto a que la inminencia denota “que amenaza o está por suceder prontamente”. Es decir, es del todo correcto ordenar medidas provisionales cuando se está frente a una amenaza o a un riesgo para el medio ambiente.

A mayor abundamiento, la dictación de medidas provisionales exige estar en presencia de un riesgo probable, que consiste en que se producirá un daño, si no interviene la autoridad. Es decir, cuando el daño es inminente.

El Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol R-44-2014, señaló en el considerando 56: *“[...] 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 concreto. Por consiguiente, riesgo y daño inminente, para efectos de la adopción de medidas provisionales, son expresiones en efecto intercambiables pues se trata de un escenario todavía no concretado, o no del todo [...]”*.

Por su parte, en causa Rol S-08-2015, el Tercer Tribunal Ambiental definió el riesgo como *“la probabilidad de que un daño ocurra multiplicado por la magnitud del daño que se infligiría a uno o más bienes, afectando su valor ambiental esperado.”*

¹ Marina Jalvo, Belén, “Medidas Provisionales en la actividad administrativas”, Lex Nova, pág 108.

Por lo que las medidas provisionales deben ser idóneas, es decir, debe implicar una reducción o eliminación del riesgo de daño (Resolución Causa Rol S-08-2015, Superintendencia del Medio Ambiente con Inversiones y Rentas los Andes S.A., Tercer Tribunal Ambiental).

25° A continuación la recurrente expone que el taller de lavado de redes no funciona hace más de 30 días, por lo que no existe generación de RILes, y por ende, no existe contaminación.

26° Sobre el punto anterior, conviene tener presente que, dado que a la fecha no se cuenta con los resultados de las tomas de muestras que realizó la SEREMI de Salud en inspección de fecha 13 de junio (indicadas en el considerando 3° de la presente resolución), no es posible sostener ante esta Superintendencia que no existe contaminación. Además, es posible deducir que si no hay RILes, se debe a que el sector de lavado está detenido en virtud de las medidas provisionales recurridas y la anteriormente ordenada por medio de Resolución Exenta N° 576/2016, lo que lleva a concluir que las medidas provisionales ordenadas han sido idóneas y proporcionales. De estar permitido el funcionamiento de la planta de tratamiento, podría haber contaminación de las aguas, riesgo que justamente se intenta evitar.

A mayor abundamiento, se equivoca la recurrente al sostener que “al no existir contaminación, no se verifica la inminencia de daño ni al predio colindante, como tampoco al sitio arqueológico Monteverde”. Como se indicó más arriba, la inminencia se refiere al posible daño que se podría ocasionar. Y como hemos dicho, la contaminación no se encuentra descartada, hasta la fecha, toda vez que los resultados de las diligencias pertinentes se encuentran pendiente.

27° En el mismo orden de ideas, tal como indica la recurrente, “existió una acumulación de aguas lluvias en la canalización de las mismas, pero en ningún caso el fiscalizador afirma que estas habrían efectivamente entrado en contacto ni con las canchas de lavado, ni con ninguna otra área”. Lo que se pretende con las medidas provisionales ordenadas es, justamente, evitar el riesgo de contaminación que podría ocurrir en caso de rebalse de las aguas acumuladas.

28° En este sentido, el derecho medio ambiental, se estructura en base al principio preventivo, entre otros, el que ordena actuar antes de que se concrete el riesgo que se detecta en cada caso, y no sólo luego de su lamentable ocurrencia. Respecto de la prevención, la doctrina ha señalado: *“La idea central en la prevención es anticiparse a los efectos que en el medio ambiente pudiese provocar un proyecto, a fin de evitar impactos adversos significativos o intolerables. En este sentido, la evaluación de impacto ambiental constituye un instrumento para la predicción de las consecuencias de una decisión. (...)”*²

29° La recurrente indica que no hay certeza de contaminación, y que para ello se requieren análisis físico-químicos que avalen tales circunstancias. Al respecto, cabe señalar que la situación de riesgo ha sido provocada por la Titular y frente a ello se han realizado las diligencias que se encuentran pertinentes. En efecto, al no contar esta Superintendencia con los resultados de los exámenes practicados mediante las tomas de muestra de la SEREMI de Salud, no es posible descartar una situación de contaminación, cuestión sobre la cual la Titular no ha aportado prueba alguna.

30° La recurrente sostiene que en la fiscalización de fecha 11 de julio, no se constató la presencia de contaminante alguno, que haga

² Osvaldo De la Fuente Castro, “Control Judicial de la Resolución de Calificación Ambiental”, Thomson Reuters, pág 22.

procedente la renovación de las medidas provisionales. Indica que, "al no existir contaminación, no existe daño inminente ni para el medio ambiente ni para la salud de las personas". Continúa explicando qué entiende nuestra legislación por "contaminante", y sostiene que aun cuando las aguas hubiesen entrado eventualmente en contacto con las canchas de lavado, esta tampoco hubiese estado contaminada, debido a la falta de funcionamiento de la misma.

31° En el mismo sentido, la recurrente afirma que existe una ausencia de daño en la constatación de los hechos por parte del fiscalizador, y que las aguas lluvias por si solas no constituyen un contaminante, según nuestra legislación vigente.

32° Como se explicó anteriormente, las diligencias necesarias para determinar una situación de contaminación se encuentran pendiente, las cuales han sido ordenadas considerando los indicios de una situación de contaminación conforme al mérito de inspecciones ambientales, todo ello sujeto al control del Tribunal Ambiental. En este sentido, existe evidencia suficiente para adoptar medidas preventivas en tanto se obtienen los resultados de las mediciones realizados por la autoridad, lo que no obsta a que la propia titular pueda aportar los medios de prueba que estime pertinente para fundamentar sus dichos, cuestión que no ha ocurrido a la fecha.

33° La reclamante alega la extemporaneidad de las medidas provisionales ordenadas mediante Resolución Exenta N° 674. Sostiene que estas: (i) no se condicen con el objetivo propio de las mismas, lo que a su juicio sería salvaguardar la entrada al procedimiento sancionatorio, "razón por la cual son esencialmente temporales y se establecen en días corridos". (ii) Continúa indicando que las medidas provisionales constituyen una sanción particular y de carácter eventual, aplicable en casos urgentes susceptibles de renovación solo en casos fundados y que guarden concordancia con el proceso en su conjunto, lo cual sin argumentar, sostiene que no ocurre en este caso en concreto.

34° Al efecto es posible indicar que la reclamante no explica a qué se refiere con la extemporaneidad de la medida, ni como esta circunstancia la perjudica.

35° Luego, en relación a la finalidad cuestionada de las medidas provisionales, conviene distinguir la finalidad de las medidas provisionales establecidas en la legislación general, de aquellas reguladas en el artículo 48 de la LOSMA. Si bien es cierto que la finalidad de las medidas provisionales generales, reguladas en el artículo 32 de la Ley N° 19.880, es asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el asunto, no es igual para las medidas provisionales reguladas en la LOSMA, las que tienen una finalidad propia y exclusiva, orientándose a evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. En este sentido, se debe tener en cuenta que el artículo 48 de la LOSMA, señala "*Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales:[...]*". Razón por la cual se desprende que su finalidad es evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, y no sólo el asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. Lo anterior ha sido recogido en sentencia ya citada del Segundo Tribunal Ambiental que recae sobre causa Rol R-44-2014.

36° Por su parte, se debe distinguir a las medidas provisionales de las sanciones. Estas son sustancialmente distintas, comenzando por la finalidad que cada una de ellas persigue. Las medidas provisionales deben ser entendidas como una herramienta de gestión de riesgos ambientales. Es decir, son la expresión de una facultad de la

SMA que tiene un fin correctivo-preventivo dirigido a manejar una hipótesis de daño grave e inminente para el medio ambiente, a causa del incumplimiento de las normas, condiciones y medidas contenidas en una Resolución de Calificación Ambiental o de la generación de efectos no previstos en la evaluación.

Por otro lado, la sanción administrativa, de acuerdo a la doctrina, podría tener una noción amplia y otra estricta. En cuanto a la noción amplia, una sanción administrativa sería *"toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta"*, mientras que la noción estricta de sanciones administrativas dirían relación con *"aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como consecuencia de una infracción administrativa. De esta forma, no toda consecuencia gravosa derivada de una vulneración del ordenamiento jurídico es sanción strictu sensu"*³. Por su parte, la Excm. Corte Suprema ha señalado que *"(...) la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor"*⁴.

A modo de resumen, las medidas provisionales buscan gestionar un riesgo, mientras que la sanción administrativa se aplica sobre la base de la responsabilidad de un sujeto en algún incumplimiento de competencia de la SMA, de acuerdo al artículo 35 de la LOSMA.

De esta manera, cuando la SMA ordena medidas provisionales, no lo hace sobre el supuesto de hacer un reproche de culpabilidad, sino sólo pretende gestionar un riesgo ambiental, en este caso, generado por el taller de redes de Lorena Alarcón.

37° En el numeral IV del recurso de reposición interpuesto, se alega la falta de proporcionalidad de los criterios señalados en el artículo 40 de la LOSMA. Al efecto, el encabezado del artículo 40 de la LOSMA, dispone: *"Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: (...)"*. Tal como se explicó más arriba, las medidas provisionales no constituyen sanciones para efectos de nuestra ley orgánica, razón por la cual, el literal no será considerado en la presente resolución.

38° En virtud de lo anteriormente expuesto, se procede a resolver de la siguiente manera,

RESUELVO:

PRIMERO: Acoger parcialmente el recurso de reposición de Lorena Alarcón, presentado con fecha 1 de agosto de 2016, en contra de la Resolución Exenta N° 674, de 22 de julio de 2016, particularmente en lo referente a la solicitud N° 2 del recurso. En consecuencia, se autoriza el uso de la planta de tratamiento de riles, de manera restringida, sólo cuando las condiciones climáticas hagan urgente y necesario el tratamiento de las

³ Bermúdez, Jorge (1998). "Elementos para definir las sanciones administrativas". Revista Chilena de Derecho, Número Especial, pp. 324-325.

⁴ Excm. Corte Suprema. Sentencia dictada con fecha 15 de septiembre de 2010, en causa rol N° 4.922-2010, considerando 6°.

aguas que se depositan en los canales de lavado, de manera de impedir que se produzca contaminación por el posible rebalse y escurrimiento de las aguas.

Cada uno de estos episodios, deberá ser informado a la SMA, de igual forma que se ha estado haciendo hasta la fecha. Asimismo, deberá informarse semanalmente de los retiros que se realicen.

SEGUNDO: Rechazar en todo lo demás el recurso de reposición interpuesto por Lorena Alarcón, toda vez que la Resolución Exenta N° 674, de 22 de julio de 2016, fue dictada conforme a derecho y en cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 48 de la LOSMA, y demás normativa vigente.

TERCERO: Notificar personalmente o por cualquier otro medio de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 46 de la Ley N°19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

ARCHÍVESE

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y



ODLF/ EVG

Notifíquese:

- Lorena Alarcón Rojas, Trapén-La Pirámide, Puerto Almeyda N° 1060, sector Mirasol, Puerto Montt
- José Ojeda Molina, domiciliado en Canal Wide N° 6137, sector Puerta Sur, Puerto Montt

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Eduardo Rodríguez, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.

MP-16-2016
D-40-2016