

**RESUELVE PRESENTACIÓN QUE INDICA.**

**RESOLUCIÓN EXENTA N° 1193**

**Santiago, 14 SEP 2018**

**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 "LO-SMA"); en la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales; 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 la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 40, del Ministerio del Medio Ambiente, publicado con fecha 12 de agosto de 2013, que fija el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3/2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto N° 37, del 8 de septiembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristian Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón; y en la Resolución Exenta N° 424 del 12 de mayo de 2017, que fijó la estructura orgánica interna de la SMA.

**CONSIDERANDO:**

1. La Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA") es el servicio público creado para ejecutar, organizar y coordinar la fiscalización y seguimiento de los instrumentos de carácter ambiental que establece la ley, así como imponer sanciones en caso que se constaten infracciones que sean de su competencia.

2. El día 31 de agosto de 2018, ENAP Refinerías S.A. (en adelante "ENAP") presentó un escrito téngase presente, donde solicitó "dejar sin efecto de oficio", la Resolución Exenta N° 1066/2018 que fue dictada por esta Superintendencia el 24 de agosto de 2018. Este acto administrativo, decretó una serie de medidas provisionales pre-procedimentales sobre el Terminal Quintero de ENAP, ordenando la adopción de las siguientes acciones: a) el sellado de los estanques T5104 y T5109; b) la presentación de un plan de limpieza; c) el retiro de los residuos oleosos desde el separador API; d) el monitoreo de los hidrocarburos totales y sulfuro de hidrógeno; e) presentar un informe final de cumplimiento de medidas provisionales.

3. Las referidas medidas provisionales se dictaron para gestionar un daño inminente a la salud de la población y al medio ambiente, que se generó por la emanación de olores molestos que afectaron a la localidad de Quintero los días 21 y 23 de agosto de 2018.

4. Las primeras noticias de la contingencia ambiental, se tuvieron a las 15:30 horas del mismo 21 de agosto, cuando se le comunicó a la SMA que la Encargada de Emergencias de la Gobernación Provincial de Valparaíso, dispuso la evacuación del personal que trabajaba en la Planta GASMAR de la comuna de Quintero, debido a presencia de fuertes olores molestos dentro de sus instalaciones.

5. A las 16:00 horas de ese mismo día, fiscalizadores de esta Superintendencia ingresaron a la Planta GASMAR para sostener una entrevista con su equipo directivo, constatando un fuerte olor a compuestos de hidrocarburos en sus instalaciones. Al momento de la fiscalización, los trabajadores de GASMAR señalaron que los olores provenían desde el sector sur de la instalación, que es el lugar colindante con el Terminal Quintero de ENAP, e indicaron que la percepción de malos olores quedó registrada en las "bitácoras de obras" que fueron levantadas por sus operarios durante el día.

6. Tal como era de esperar, el 22 de agosto de 2018, se realizó una actividad de fiscalización a las instalaciones del Terminal ENAP Quintero, donde los fiscalizadores de la SMA nuevamente percibieron un fuerte olor a hidrocarburos, que se habría originado en las actividades de limpieza que se estaban realizando a los estanques T5104 y T5109, cuyo residuo o borra era posteriormente depositado a un "Separador API", el cual forma parte del sistema de tratamiento de riles. El olor fue percibido en ambos estanques, pero era particularmente intenso en las inmediaciones del "Separador API".

7. De este modo, la SMA construyó una hipótesis de daño inminente para el medio ambiente, en razón de las bitácoras de obra de la empresa GASMAR y la declaración de sus trabajadores, junto con la percepción de malos olores por parte de fiscalizadores de esta Superintendencia, y la realización de trabajos de mantenimiento en los estanques T5104 y T5109 y el vertimiento del residuo al sistema de tratamiento de riles, en fechas coincidentes a la percepción de malos olores, según se detalla en la bitácora de la empresa contratista NEXXO.

8. En paralelo, mediante la Res. Ex. N° 1 / Rol F-030-2018 del 5 de septiembre de 2018, la SMA formuló cargos a ENAP por presuntas infracciones a la Res. Ex. N° 53, de 21 de febrero de 2005, que calificó favorablemente el proyecto "Mejoramiento Sistema de Tratamiento de Riles del Terminal Quintero" (en

adelante “RCA N° 53/2005”), así como al D.S. N° 90/2000 MINSEGPRES, dando inicio al procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-030-2018.

9. En este contexto, el escrito “tégase presente” que fue deducido por ENAP el 31 de agosto de 2018, contiene una pretensión anulatoria de la Resolución Exenta N° 1066/2018, bajo el argumento de que las medidas provisionales se han fundado en presunciones que carecen de sustento fáctico y razonabilidad. Además, se reprocha el estándar probatorio utilizado en la medida provisional y la ausencia de una relación de causalidad, y finalmente se alega no se ha obtenido la autorización del Tribunal Ambiental para sellar los estanques T5104 y T5109.

10. Desde un inicio, no se puede dejar de mencionar que la aludida pretensión anulatoria de ENAP, debe ser calificada como “contradictoria”, ya que no se ha negado ni controvertido la generación de olores molestos, y además porque la empresa ha demostrado tener plena disposición para cumplir con todas las acciones que han sido decretadas como medidas provisionales. De este modo, no se advierte cual sería el perjuicio que justifica la pretendida declaración de nulidad de la medida provisional.

11. Más allá de la contradicción anotada, se debe igualmente rechazar la pretensión anulatoria, porque: (a) ella fue presentada de manera extemporánea y por una vía no idónea; (b) existe una errónea conceptualización de las medidas provisionales, en lo que se refiere a su relación de causalidad y su estándar probatorio; (c) no es efectiva la falta de sustento fáctico y razonabilidad de la medida provisional.

12. Asimismo, se debe hacer presente que no nos pronunciaremos sobre aquellas alegaciones que están vinculadas a la configuración o clasificación de la infracción a la RCA N° 53/2005, que fue imputada por la SMA en la formulación de cargos, al ser materias que escapan de esta sede y que deben ser planteadas y discutidas en el procedimiento sancionatorio Rol F-030-2018.

**a) La pretensión anulatoria no fue deducida por una vía adecuada.**

13. Para rechazar la presente solicitud, basta con indicar que estamos frente a una “pretensión anulatoria innominada”, que no fue ejercida por las vías dispuestas en nuestra legislación para efectos de impugnar la legalidad de un acto administrativo.

14. En este caso, para impugnar la Res. Ex. N° 1066/2018 por motivos de legalidad, la empresa debió haber deducido un recurso

administrativo de reposición, el cual se encuentra regulado en el artículo 59 de la Ley N° 19.880 y tiene por objeto *“obtener la invalidación, revocación o modificación del acto administrativo en contra del cual se recurre, de manera que la Administración, que ha manifestado ya su voluntad, debe estudiar nuevamente el asunto concreto y decretar otra vez”*<sup>1</sup>.

15. El recurso de reposición debió haberse interpuesto en el plazo de 5 días hábiles ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna, pero la empresa dejó transcurrir dicho plazo sin hacer uso de tal facultad. La empresa, tampoco utilizó los otros recursos administrativos que están dispuestos en nuestra legislación, sino que optó por deducir una pretensión anulatoria bajo el formato de un *“téngase presente”*.

16. En consecuencia, ENAP ha intentado impugnar la legalidad de un acto administrativo, de una manera extemporánea y por una vía que no es idónea para estos efectos, lo que constituye una deficiencia formal insoslayable que hace que su pretensión anulatoria no pueda prosperar y deba ser rechazada.

**b) El estándar probatorio de las medidas provisionales y la relación de causalidad.**

17. Aun cuando la pretensión anulatoria debe ser rechazada por el argumento formal recién expuesto, a la luz de los argumentos expuestos en el escrito *“téngase presente”*, resulta necesario efectuar una serie de precisiones sobre la naturaleza jurídica de las medidas provisionales, en materias tales como la relación de causalidad y el estándar probatorio que es exigido para configurar su procedencia.

18. Nuestro análisis debe comenzar realizando una distinción entre las resoluciones que imponen medidas provisionales, respecto de aquellas resoluciones sancionatorias que ponen término a un procedimiento contencioso administrativo. Para ello, se debe tener en cuenta la distinción que ha realizado la jurisprudencia ambiental, quien ha señalado que: *“(...) el estándar de motivación de las resoluciones exentas que decreten una determinada medida, que tenga por fin evitar un riesgo o daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, como dispone el artículo 48 de la LOSMA, no es el mismo que el de la resolución de término que impone alguna de las sanciones del artículo 38 de dicho cuerpo legal en un procedimiento sancionatorio”*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cordero Vega Luis, Lecciones de Derecho Administrativo, Legal Publishing 2° Edición 2015, pág. 415.

<sup>2</sup> Segundo Tribunal Ambiental, Rol R 44-2014, considerando 53.

19. Adicionalmente, respecto de la naturaleza jurídica de las medidas provisionales, se ha señalado en doctrina 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 un daño inminente; b) fumus boni iuris o apariencia de buen derecho o apariencia de la comisión de una infracción y, finalmente, c) proporcionalidad”*<sup>3</sup>.

20. Lo recién expuesto resulta particularmente relevante para el presente caso, pues toda la pretensión anulatoria de ENAP se construyó sobre la base de un erróneo entendimiento del estándar probatorio que debe contener una medida provisional, al exigir la empresa que *“el órgano administrativo debe contar con antecedentes fundados de **convicción** que puedan comprometer la responsabilidad del administrado”*.<sup>4</sup> (El destacado es nuestro).

21. Precisamente el carácter de medida cautelar de urgencia, nos permite rechazar la alegación de ENAP en relación al estándar probatorio de “convicción”, ya que en este caso el referido estándar se ve morigerado por el humo del buen derecho, que implica que para la dictación de una medida provisional *“debe existir una apariencia de que existe el derecho o, en este caso, de que existe una infracción cometida. No se trata de establecer una verdad que solo es posible en virtud de un proceso con todas las garantías, donde se articule un periodo de prueba donde participen todos los involucrados. Se trata de un estadio intermedio (...) que establece verosimilitud y no verdad”*<sup>5</sup>.

22. En consecuencia, el riesgo y la inminencia, se traducen en la debida motivación del acto administrativo y en la configuración de una probabilidad razonable de generación de un daño inminente, la cual se construyó a partir de los antecedentes que fueron tenidos a la vista al momento de la dictación de la medida provisional.

23. Habiéndose descartado que la administración deba tener “convicción” para dictar una medida cautelar de urgencia, corresponde ahora revisar aquellas alegaciones vinculadas a la falta de relación causal entre las medidas y el riesgo generado.

24. Nuevamente nos encontramos frente a una errónea conceptualización de las medidas cautelares ambientales, por cuanto se debe considerar que *“[l]a adopción de medidas provisionales responde a la precaución o principio*

<sup>3</sup> Bordalí Salamanca Andrés y Hunter Ampuero Iván, *El Contencioso Administrativo Ambiental*, Ed. Librotecnia 2017, pág. 355.

<sup>4</sup> Téngase presente, pág. 15.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 358-359.

*precautorio, en que la medida se debe imponer a pesar de no existir certeza de la relación causal entre determinada acción y el daño, con lo que la falta de certeza no es una excusa admisible para no tomar medidas preventivas*<sup>6</sup>.

25. Que, esta postura ha sido confirmada por la Excma. Corte Suprema, quien conociendo de una casación presentada en contra de un reclamo de legalidad ambiental, señaló que las medidas provisionales *“(...) 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*<sup>7</sup>”. (El destacado es nuestro).

26. En este caso, la aplicación del “principio precautorio”, nos permite descartar el vicio de legalidad que ha levantado ENAP en relación a la necesidad de contar con una relación causal para poder dictar una medida cautelar, sin perjuicio de que se cuentan con serios y fundados antecedentes que nos llevaron a presumir que la responsable de los olores era la actividad productiva de ENAP y que estos olores tuvieron la intensidad y aptitud para generar un riesgo a la salud de la población.

27. Dentro de estos serios y fundados antecedentes, se reitera que la medida provisional se dictó por la generación de olores molestos -que la empresa no ha negado ni impugnado- y que fueron constatados por fiscalizadores de esta Superintendencia. Por su parte, la generación de un riesgo para la salud de la población, se levantó por la evacuación de los trabajadores de una instalación vecina producto de los malos olores, y por las consultas médicas masivas de los habitantes de Quintero, quienes denunciaron una serie de malestares producidos por los malos olores percibidos, los cuales son argumentos más que suficientes para generar una presunción de daño inminente y dictar una medida provisional.

**c) Supuesta falta de sustento fáctico y razonabilidad de la medida provisional.**

28. Adicionalmente, ENAP pretende impugnar la presunción levantada por la SMA, asegurando que las medidas provisionales carecen de sustento fáctico y razonabilidad, bajo el argumento de que no se habría infringido la RCA N° 53/2005 y que no se encontró *“ninguna asociación significativa entre la perceptibilidad de olores y el potencial para producir efectos sobre la salud humana*<sup>8</sup>”. A

<sup>6</sup> Bermúdez Soto, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ed. Universitaria de Valparaíso 2014, p. 501.

<sup>7</sup> Corte Suprema, sentencia de fecha 24 de abril de 2017, en causa Rol 61.291-2016, Considerando 19°.

<sup>8</sup> Téngase presente pag. 19.

reglón seguido, la empresa alega que las actas de GASMAR no son fiables, que el acta levantada por la SMA en la fiscalización del 22 de agosto es contradictoria con lo constatado ese mismo día por la SEREMI de Salud, y que las bitácoras generadas por la contratista Nexxo solo dan cuenta de la ejecución de labores de limpieza a los estanques T5104 y T5109.

29. Ya adelantamos que las infracciones a la RCA N° 53/2005, son materias que deben ser resueltas en el procedimiento sancionatorio que se encuentra en actual tramitación. Lo mismo aplica para la argumentación vinculada a que los olores no tienen el potencial para producir efectos sobre la salud, por cuanto en el sancionatorio se imputó justamente lo contrario, al haberse clasificado la infracción como gravísima por “afectar gravemente la salud de la población”, según lo dispuesto en el artículo 36 N° 1 letra b) de la LOSMA.

30. Seguidamente, la empresa intenta desacreditar las bitácoras que fueron levantadas por trabajadores GASMAR y las tilda como “poco fiables”, en razón de un informe que fue redactado por un profesor de la Universidad Federico Santa María en el mes de diciembre de 2017. Al respecto, es pertinente preguntarse de qué manera un informe que se redactó hace más de 9 meses atrás, puede contradecir o refutar un incidente de olores que se produjo en agosto de 2018, y que fue percibido no solo por los trabajadores de GASMAR, sino también por los Fiscalizadores de la SMA y de la SEREMI de Salud, además de una buena parte de los habitantes de Quintero y que terminó transformándose en un hecho público y notorio.

31. Algo similar ocurre con las actas de la SMA y de la SEREMI de Salud, respecto de las cuales no se aprecia ningún tipo de contradicción o discrepancia.

32. En efecto, en el acta de fiscalización que levantó la SMA a las 10:45 horas del 22 de agosto de 2018, se detalla que se percibió un intenso olor a hidrocarburos en los estanques T5104 y T5109 y en los separadores API. Por su parte, en el acta levantada por la SEREMI de Salud a las 13:15 horas del mismo 22 de agosto, se expresa que “razón de la visita: **emergencia por olores molestos**”<sup>9</sup>, indicándose que se constató olores molestos en los estanques T5104 y T5109 y en los separadores API, los cuales fueron disminuyendo de intensidad a 20 metros de los estanques y a 5 metros del separador API.

33. De lo recién expuesto, se deduce que en ambas actas tiende a describirse una situación de “emergencia por olores molestos” que estaban emanando de tres instalaciones específicas ubicadas dentro del Terminal Quintero de ENAP, no advirtiéndose ningún tipo de contradicción en tal sentido.

---

<sup>9</sup> Acta Seremi de Salud pág. 1.

34. Finalmente, se le debe aclarar a ENAP que la bitácoras de la empresa contratista Nexxo S.A., se utilizaron para demostrar que se realizaron labores de limpieza de los estanques T5104 y T5109, cuyo residuo fue posteriormente vertido en los separadores API, lo que nos permitió situar temporalmente el inicio de la obras, con las primeras denuncias ciudadanas de percepción de los olores molestos en Quintero.

35. Adicionalmente, se debe recordar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la LO-SMA, los funcionarios de la SMA tienen el carácter de ministros de fe respecto de los hechos que han consignado en cumplimiento de sus funciones y que constan en el acta de fiscalización, por lo que no resulta plausible negar los hechos que constan expresamente en un acta de fiscalización, sin entregar una prueba idónea y suficiente que permita desacreditar la citada presunción de legalidad.

**d) No es necesario contar con la autorización del Tribunal Ambiental para ordenar el sellado de aparatos o equipos.**

36. A juicio de ENAP, la medida provisional adoptada por esta Superintendencia en virtud del artículo 48 letra b) de la LO-SMA, consistente en el sellado temporal de los estanques T5104 y T5109, implica una detención de funcionamiento de la instalación, la cual fue decretada sin haber obtenido la autorización previa del Tribunal Ambiental.

37. Para que la presente alegación pueda prosperar, es indispensable contar con un presupuesto básico e indispensable: que se acredite que la actividad productiva que se desarrolla en el Terminal Quintero de ENAP, se encuentra detenida o paralizada a consecuencia del sellado de los estanques T5104 y T5109.

38. Pero tal presupuesto básico no se verifica en la especie, ya que el diseño de la medida se realizó teniendo en cuenta que, al momento de su dictación, los estanques T5104 y T5019 no se encontraban en funcionamiento por la realización de labores de limpieza y que su sellado en ningún caso generaba la detención de la actividad productiva de la instalación. Lo anterior, es consistente con lo observado en las fiscalizaciones realizadas por la SMA después de la dictación de la medida provisional, donde se constató el normal funcionamiento de la refinería de ENAP, a pesar del sellado de los referidos estanques.

39. Este mismo razonamiento ha manifestado el Segundo Tribunal Ambiental<sup>10</sup>, quien ha establecido que si no está en juego

<sup>10</sup> Segundo Tribunal Ambiental, Rol S-60.2017, de 2 de marzo de 2017, Considerando 9°.



la detención de una instalación, la SMA puede decretar la paralización de algunas de sus maquinarias sin necesidad de contar con una autorización judicial previa.

40. Tal declaración la realizó en el Rol S-60.2017, donde se indica: *“Que, a la luz de todo lo anterior, este Ministro estima que en la solicitud no concurren los elementos de hecho necesarios para adoptar la medida del artículo 48 letra d), en tanto -según lo informado por la SMA- no estaría en juego la detención de funcionamiento de las instalaciones de Inmobiliaria Centro Médico Antofagasta S.A., sino que sólo algunas de las maquinarias que funcionan en el marco de las faenas de construcción, las cuales, como se dijo, pueden ser objeto de medidas que no requieren de autorización del Tribunal, siempre que no signifiquen, en la práctica, la paralización del establecimiento respectivo”* (el destacado es nuestro).

**RESUELVO:**

**PRIMERO: SE TIENEN PRESENTE** las consideraciones expuestas por ENAP REFINERIAS S.A., y en atención a las consideraciones expuestas precedentemente, se rechaza la solicitud de revisión de oficio de la Resolución Exenta N° 1066 del 24 de agosto de 2018.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** personalmente esta resolución de conformidad a lo dispuesto en el 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**

RPL/PTC



SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE  
★ SUPERINTENDENTE ★  
CRISTIÁN FRANZ THORUD  
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE  
GOBIERNO DE CHILE

**Notifíquese personalmente:**

-Enap Refinerías S.A. domiciliada en en Av. Apoquindo 2929 piso 5, Las Condes Santiago.

**C.C.**

- División de Fiscalización, SMA.
- División de Sanción y Cumplimiento, SMA.
- Fiscalía, SMA.
- Oficina Regional del Valparaíso, SMA.
- Oficina de Partes, SMA.

