



**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN QUE
INDICA.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1486

Santiago, 23 NOV 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 la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo; 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; en la Resolución Exenta RA 119123/58/2017, de 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento en el cargo de Rubén Eduardo Verdugo Castillo; el orden de subrogación legal establecido los artículos 79 y siguientes de la Ley 18.834 de Estatuto Administrativo; y 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;

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

3. Las aguas que se utilizan para la generación eléctrica, son captadas del río Melado y luego conducidas por un canal de 22 km de largo, que las transporta hasta el cauce del Río Ancoa. Desde este río, nace el Canal Roblería, que es el lugar donde se ubica el punto de captación de las aguas que utiliza la central. Por acuerdo de sus usuarios, el canal Roblería sólo puede ser utilizado entre los meses de octubre y abril, manteniéndose el resto del año paralizada la central.

4. Para aumentar la capacidad productiva de la central y dotarla de agua en los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre, el titular inició la construcción de un canal entubado de una longitud de 2.7 kilómetros y que ocupa una superficie de 2,7 hectáreas. El ducto, capta sus aguas desde el estero Nacimiento y las conduce hasta la sección final del canal Roblería, que es el lugar donde se encuentra el punto de captación de la Central Roblería.

5. En este contexto, el día 29 de octubre de 2018, esta Superintendencia dictó la Res. Ex. N° 1369¹, que le impuso a Hidroeléctrica Roblería una serie de medidas provisionales de naturaleza correctiva, de conformidad al catálogo contenido en el artículo 48 de la LOSMA.

6. El fundamento de las medidas provisionales se encuentra en el daño inminente al medio ambiente y la salud de la población que se está generando por la construcción de un proyecto con *“capacidad de conducir un caudal superior a los 2 m³/s, por lo que nos encontramos frente a una obra hidráulica mayor, según los términos descritos en el artículo 294 del Código de Aguas²”*. La calificación de obra hidráulica mayor, permitió configurar una hipótesis de elusión al SEIA por aplicación de la tipología de la letra a) del artículo 10 de la Ley N° 19.300.

7. Pero la elusión al SEIA, no fue el único antecedente que fue invocado para dictar la medida provisional, sino que también se tuvo en consideración que la construcción del ducto se ha traducido en la afectación de 3 quebradas y en un constante vertimiento de material sobre el Estero Nacimiento, afectando así el libre escurrimiento de las aguas. Es decir, la modificación del proyecto provocó cambios en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto

8. El 9 de noviembre de 2018, Hidroeléctrica Roblería presentó un recurso administrativo de reposición en contra de la Res. Ex. N° 1369/2018, solicitando, en lo principal, anular las medidas provisionales que fueron dictadas en dicho administrativo. En el primer otrosí, se solicitó la suspensión de los efectos del acto impugnado, por aplicación del artículo 57 de la Ley N° 19.880.

9. El argumento central de la reposición, consiste en que la medida provisional se dictó en base a un argumento *“jurídico y fáctico erróneo”*. A opinión de la empresa, el origen del error se encuentra en el Ord. N° 1418 del 5 de octubre de 2018, que fue emitido por la Oficina Regional del Maule de la DGA, y que concluye que el acueducto es una *“obra hidráulica mayor”* al estar diseñada para transportar más de 2m³/s, ordenando la paralización de las obras y la remisión de los antecedentes ante la Superintendencia de Medio Ambiente.

¹ La medida provisional se notificó personalmente el 31 de octubre de 2018.

² Memorándum N° 59.437/2018.

10. A reglón seguido, en el recurso de reposición se indica que lo concluido en el Ord. DGA N° 1418/2018, no se ajusta a la realidad, porque existe un pronunciamiento posterior que fue emitido por el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA, quien, a través del Ord. DARH N° 208, del 8 de noviembre de 2018, indicó expresamente que *“la construcción de un canal de 1,9 m³/s, para entregar agua por 5 meses para la generación eléctrica de la Mini Central de Paso, sector Roblería, comuna de Linares, no constituye una obra hidráulica mayor que requiera del permiso establecido en el artículo 294 del Código de Aguas”*.

11. Sobre la base de lo indicado en el Ord. DARH N° 208/2018, en el recurso de reposición se argumenta que las obras no están eludiendo el SEIA, lo que incide en la validez de la medida provisional, ya que no existiría ninguna infracción que sea de competencia de la SMA, lo cual redundaría en una falta de motivación del acto que ordenó las cuestionadas medidas.

12. En el capítulo final de la reposición, se asegura que las medidas provisionales *“no persiguen un fin cautelar, en tanto su cumplimiento derivaría en la generación de efectos ambientales”*, lo que se justifica porque las acciones exigidas en la Res. Ex. N° 1369/2018 *“no solo no cumplen con su finalidad cautelar, sino que además su realización puede causar mayores perjuicios ambientales”*.

13. Hidroeléctrica Roblería el 20 de noviembre de 2018, presentó un escrito *“téngase presente”*, que en lo fundamental viene a reiterar la importancia que tiene el Ord. DARH N° 208/2018, para efectos de resolver el recurso de reposición incoado.

14. A continuación, se procederá a analizar el recurso de reposición interpuesto, ordenando el contenido en los siguientes acápite: (i) Los antecedentes existentes al momento de la dictación de la medida, permitieron construir una hipótesis de daño inminente al medio ambiente y la salud de población; (ii) Los nuevos antecedentes no permiten destruir la hipótesis de riesgo, sino que introduce un elemento que debe ser dilucidado en el procedimiento sancionatorio; y, (iii) La acciones impuestas como medidas provisionales son proporcionales a la situación de riesgo ambiental creada.

I. Los antecedentes existentes al momento de la dictación de la medida, permitieron construir una hipótesis de daño inminente al medio ambiente y la salud de población

15. Tal como se acaba de explicar, Hidroeléctrica Roblería esgrime que el Ord. DARH N° 208/2018, impide configurar una hipótesis de elusión al SEIA, lo que incide, por lo tanto, en la legalidad de las medidas provisionales que se sustentan en ello.

16. El problema de esta argumentación es que omite un factor temporal, que dice relación con que el Ord. DARH N° 208/2018, fue dictado el 8 de noviembre de 2018, es decir, con posterioridad a la dictación de las medidas provisionales, lo que acaeció el 29 de octubre de 2018. De este modo, basta una somera comparación de ambas fechas, para advertir que no es posible cuestionar la legalidad de un acto administrativo con un antecedente que no existía al momento de su dictación.

17. Habiéndose despejado el factor temporal, se debe analizar aquellas alegaciones vinculadas a la motivación de la medida provisional.

18. Este examen de legalidad, se debe realizar desde la óptica de los antecedentes que se tuvieron a la vista al momento de su dictación, y teniendo en consideración la naturaleza jurídica de las medidas provisionales.

19. En relación a la naturaleza jurídica de las medidas provisionales, en doctrina se ha señalado que *“las medidas provisionales son consideradas como un tipo de medidas cautelares o bien como providencias de urgencia, cuyos requisitos pueden agruparse en: a) periculum in mora o la existencia de un daño inminente; b) fumus boni iuris o apariencia de buen derecho o apariencia de la comisión de una infracción y, finalmente, c) proporcionalidad³”*.

20. Precisamente su carácter de medida cautelar de urgencia, nos permite rechazar la alegación de Hidroeléctrica Roblería, pues no es necesario acreditar fehacientemente la existencia de una infracción administrativa para dictar una medida provisional, sino que basta con generar una presunción razonable de daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas.

21. En otras palabras, lo que debe concurrir para la dictación de una medida provisional, es el “humo del buen derecho”, que significa que *“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 verdad⁴”*.

22. De lo expuesto, se sigue que lo relevante ahora, es analizar si los antecedentes que estaban disponibles al momento de la dictación de las medidas provisionales, permitieron construir una hipótesis válida de daño inminente al medio ambiente o la salud de las personas.

³ Bordialí Salamanca Andrés y Hunter Ampuero Iván, El Contencioso Administrativo Ambiental, Ed. Librotecnia 2017, p. 355.

⁴ Idem, p. 358-359.

23. Recordemos que en este caso, el daño inminente se configuró no solo por la elusión que fue denunciada por la DGA de la Región del Maule, sino que también porque se ponderó que las obras se estaban construyendo sin la autorización de la DGA y que estaban generando efectos al medio ambiente que ampliaban los impactos ambientales evaluados del proyecto.

24. De igual modo, se tuvo en cuenta la publicación en el Diario Oficial de una solicitud de construcción de bocatoma por parte de Hidroeléctrica Roblería, cuyo punto de captación se encuentra en el Estero Nacimiento, y que estaría diseñada para captar caudales superiores a los 2 m³/s.

25. También se ponderaron los antecedentes recabados en las fiscalizaciones que fueron realizadas por esta Superintendencia, y que dejaron en evidencia que la ejecución de las obras, se ha traducido en la afectación de 3 quebradas y en un constante vertimiento de material sobre el Estero Nacimiento, que está afectando el libre escurrimiento de las aguas, entre otros efectos al medio ambiente.

26. En la Res. Ex. N° 1369/2018 se detallan latamente cada uno de los antecedentes que se acaban de describir, los que en definitiva permitieron motivar adecuadamente las medidas provisionales dictadas, teniendo presente que la naturaleza cautelar de las mismas, también incide en su estándar de motivación.

27. Lo anterior, ha reconocido nuestra 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*⁵".

28. En consecuencia, el riesgo ambiental fue suficientemente motivado a través de los antecedentes que se tuvieron a la vista al momento de la dictación de la medida provisional, los que recordemos dicen relación con una denuncia por elusión al SEIA, con una solicitud de construcción de bocatoma por más de 2m³/s, y con la magnitud de la afectación al estero Nacimiento y a sus quebradas aledañas.

29. De tal modo, es innegable que al momento de la dictación de las medidas provisionales existían antecedentes más que suficientes para construir una hipótesis de riesgo, la que no se ve refutada con la

⁵ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 44-2014, considerando 53.

utilización de un elemento que no existía al momento de su dictación, y que más bien apunta a controvertir una eventual formulación de cargos, tal como se analizará.

II. Los nuevos antecedentes no permiten destruir la hipótesis de riesgo, sino que introduce un elemento que debe ser dilucidado en el procedimiento sancionatorio

30. Ya se ha explicado que el recurso de reposición versa casi exclusivamente en el Ord. DARH N° 208/2018, que indica que el acueducto está diseñado para transportar 1,9 m³/s, por lo que no sería una obra hidráulica mayor y no debe ingresar al SEIA.

31. Sin embargo, esta Superintendencia al analizar el referido documento, concluye que aquél no logra desvirtuar la hipótesis de elusión, lo cual justamente deberá discutirse en el procedimiento administrativo sancionatorio instruido el 22 de noviembre de 2018 en contra de la empresa, mediante la respectiva formulación de cargos que dio origen al expediente rol D-109-2018.

32. Durante el transcurso del referido procedimiento sancionatorio, tendrá que esclarecerse si el acueducto tiene el carácter de obra hidráulica mayor que debió haber sido evaluada ambientalmente, o si estuvo correctamente invocado el artículo 2 del Reglamento de SEIA. Asimismo, deberá discutirse las demás hipótesis de elusión que fueron imputadas por este Servicio.

33. Por lo tanto, a la fecha, existe un estado de incertidumbre en torno a la real capacidad del ducto, que no se ha visto despejado por el contenido del Ord. DARH N° 208/2018, incertidumbre que sigue también respecto de las demás hipótesis de elusión imputadas.

34. Analizando en el contenido del Ord. DARH N° 208/2018, este Servicio puede concluir que la DGA ha entregado información disímil y contradictoria respecto de la naturaleza jurídica de las obras, lo cual se relaciona con el hecho de que aún no se ha emitido un pronunciamiento definitivo por parte de la DGA, estando actualmente en tramitación el expediente VC-0703-51, el cual debe seguir su flujo en la "Dirección de Obras Mayores" de la DGA. Dicha tramitación se relaciona con la solicitud de aprobación de bocatoma y cruce de quebradas asociadas a las obras antes descritas.

35. Al respecto, se afirma que el Ord. DARH N° 208/2018 no ha despejado las dudas sobre la hipótesis de elusión, por cuanto dicho acto administrativo carece de un análisis técnico de las obras sometidas a consulta, lo que se podría explicar porque Hidroeléctrica Roblería ingresó su solicitud el 8 de noviembre de 2018 y ese mismo día se dictó Ord. DARH N° 208/2018.

36. Frente a la ausencia de un análisis técnico, en el numeral 9° del Ord. DARH N° 208/2018, se indica que, para emitir el pronunciamiento, solo se consideró “la capacidad informada por el titular”, que en este caso corresponde a 1,9 m³/s.

37. Ejemplificador es el mismo numeral 9°, donde la DGA agrega que “*en caso que se resuelva favorablemente la autorización de construcción de bocatoma que da origen al expediente VC-0703-51, corresponderá una segunda fase de recepción de obras, donde se resolverá, si procede conforme a los antecedentes técnicos de construcción y operación, la autorización de operación normal de dicha aducción*”. En consecuencia, sigue siendo un asunto por resolver.

38. Lo transcrito permite concluir que, más allá de lo informado por el titular en relación al diseño de las obras, la determinación definitiva sobre si el acueducto es o no una obra hidráulica mayor, se realizará en la “segunda fase de recepción de obras”. En consecuencia, mientras no finalice la tramitación administrativa del expediente VC-0703-51, no existirá una real certeza en torno al tipo de obra construida.

39. Si a lo anterior, se suman las opiniones disímiles que han manifestado las distintas divisiones de la DGA, y a la paralización de las obras que aún se mantiene, se genera un estado de incertidumbre, que debe ser dilucidado durante la tramitación de un procedimiento sancionatorio, y no en un proceso de cautela urgente, recordando además que en el procedimiento sancionatorio, la elusión imputada se asocia a otras hipótesis que van más allá de la obra misma.

40. En este orden de ideas, dicho estado de incertidumbre no impide la dictación de medidas provisionales, sino todo lo contrario, en tanto ellas responden a la aplicación del principio preventivo y precautorio que informa el derecho ambiental y la gestión de riesgos que debe llevar adelante este Servicio.

41. La aplicación del principio precautorio frente a una situación de riesgo inminente, ha sido reconocida por nuestra doctrina, quien ha señalado que “[l]a adopción de medidas provisionales responde a la precaución o principio 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 preventivas⁶”.

42. Esta postura ha sido confirmada por la Excm. Corte Suprema, quien conociendo de una casación presentada en contra de un reclamo de legalidad ambiental interpuesto contra este mismo tipo de medidas cuestionadas, resolvió que aquellas “(...) 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

⁶ Bermúdez Soto, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Editorial Universitaria de Valparaíso 2014, p. 501.

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 pública⁷". Agregó que "la interpretación anterior es la única que resulta concordante con las finalidades del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y el principio precautorio que rige en la materia, de acuerdo al cual el examen de los eventuales impactos ambientales de un proyecto debe siempre ser considerado antes de su ejecución y, por tanto, no es posible un escrutinio a posteriori, cuando las obras ya están ejecutadas"⁸. En este mismo sentido, concluye que "en consecuencia, al momento de evaluar al riesgo que motiva la imposición de medidas provisionales debe tomarse en consideración que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es precisamente el instrumento que busca predecir las consecuencias que el proyecto puede generar en el medio ambiente y si ellas se ajustan a las normas vigentes"⁹.

43. En consecuencia, estamos frente a una hipótesis de elusión imputada que debe ser cuestionada por la empresa en el procedimiento sancionatorio instruido al efecto, pero que con los antecedentes que obran a la fecha, no es posible descartarla, siendo necesario para este Servicio administrar el riesgo ambiental creado, con medidas que, por lo demás, son absolutamente proporcionales a la situación generada.

III. Proporcionalidad de las medidas provisionales ordenadas

44. En relación a la proporcionalidad de las medidas provisionales, se debe indicar que la SMA es libre para imponer cualquiera de las medidas provisionales que se encuentran contempladas en catálogo del artículo 48 de la LOSMA.

45. En este caso, se entiende que las medidas fueron proporcionales, bajo el supuesto de que la SMA está facultada para dictar medidas mucho más intrusivas y de mayor gravedad, como puede ser la paralización o la clausura de una determinada actividad.

46. En efecto, la SMA se limitó a imponer medidas "correctivas" que buscaban impedir la continuidad en la producción del daño, y que corresponden a aquellas que se dictan normalmente en este tipo de casos, esto es: (i) retirar el material resultante de las actividades involucradas en la instalación del acueducto para evitar el deslizamiento de material; (ii) implementar sistema de control de taludes que sirva para la retención de tierra, rocas y material vegetal que puedan

⁷ Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 24 de abril de 2017, en causa Rol 61.291-2016, Considerando 19.

⁸ Idem. Considerando 17.

⁹ Idem, Considerando 15.

desprenderse del sector del trazado del acueducto. (iii) Realizar una revisión de las condiciones estructurales de las instalaciones asociadas al acueducto y bocatoma; y, (iv) reportar el cumplimiento de estas acciones.

47. El retirar el material que la misma empresa dejó en la ladera de las quebradas e implementar un sistema de control de taludes no son bajo ninguna óptica medidas desproporcionadas, pues ellas sólo buscan controlar los deslizamientos de tierra que fueron constatados por los fiscalizadores de esta Superintendencia y de la DGA.

48. En razón de lo señalado precedentemente, y habiéndose demostrado que el riesgo ambiental se configura por los antecedentes que se tuvieron a la vista al momento de dictar una medida provisional, y que los nuevos antecedentes presentados en sede de reposición no logran desvirtuar fehacientemente aquello, se procede a resolver lo siguiente;

RESUELVO:

PRIMERO: Respecto a la presentación de fecha 9 de noviembre de 2018, de Hidroeléctrica Roblería SpA;

(i) **A lo principal**, rechazar en todas sus partes el recurso de reposición deducido en contra de la Res. Ex. N° 1369, que fue dictada por la Superintendencia de Medio Ambiente el día 29 de octubre 2018, en atención a los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

(ii) **Al primer otrosí**, rechazar la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución recurrida, ya que la empresa no ha entregado ningún antecedente que le permita justificar el perjuicio irreversible que le va a producir el cumplimiento de las medidas provisionales y la consiguiente realización de las labores de retiro del material que se está desprendiendo de las laderas y la implementación de un sistema de control de los taludes. Todo ello en razón de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley N° 19.880. Tal como se indicó en la parte considerativa de esta resolución, las medidas ordenadas son del todo pertinentes considerando el principio preventivo y precautorio que rige el actuar de este Servicio.

(iii) **Al segundo otrosí**, por acompañado el documento.

(iv) **Al tercer otrosí**, tener presente la personería acreditada.

SEGUNDO: Respecto a la presentación de fecha 20 de noviembre de 2018, de Hidroeléctrica Roblería SpA;

(i) **A lo principal,** tener presente lo señalado por la empresa, debiendo estarse a lo indicado en el resuelvo anterior.

(ii) **Al otrosí,** tener por acompañados los documentos presentados.

TERCERO: SE HACE PRESENTE que el artículo 56 de la LOSMA dispone que "[l]os afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental".

CUARTO: NOTIFÍQUESE por carta certificada la presente resolución, 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.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DESE CUMPLIMIENTO.



ES/PTC

Notifíquese por carta certificada:

- Generadora Eléctrica Roblería Limitada, domiciliada en Avenida Américo Vespuccio Norte 1090, 1401A, Vitacura, Región Metropolitana.
- Movimiento Putagán Libre, domiciliado en Calle Pejerrey N° 950, Villa Bello Horizonte, Linares, Región del Maule.

C.C.

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional del Maule SMA.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.