

**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN QUE
INDICA.**

556
RESOLUCIÓN EXENTA N°

Santiago, 14 MAY 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; en la Resolución Exenta N° 424 del 12 de mayo de 2017, que fijó la estructura orgánica interna de la SMA.

CONSIDERANDO:

1. Que, 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. Que, el 22 de marzo de 2018, la empresa Salares Gold Field presentó un recurso administrativo de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 307/2018, del 14 de marzo de 2018, que decretó una serie de medidas provisionales pre-procedimentales en su contra, dando origen al expediente administrativo Rol MP-005-2018.

3. Que, la actividad productiva de la empresa fue autorizada por la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N° 18/2014, que aprobó la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto "Prospección Minera Salares Norte", el cual contempla la ejecución de 150 sondajes, utilizando los métodos de

diamantina y aire reverso. La segunda autorización administrativa fue conferida a través de la RCA N° 171/2016, que aprobó la DIA del proyecto “Modificación Prospección Minera Salares Norte” y permitió intensificar las labores de prospección minera, mediante la ejecución de 300 sondajes adicionales y la ampliación de la vida útil del proyecto.

4. Que, el fundamento de las medidas provisionales que fueron decretadas a través de la Res. Ex. N° 307/2018, se encuentra en el daño inminente al medio ambiente que se generó por haber realizado el titular, una serie de obras de mejoramiento y ampliación de un camino público que está ubicado al interior del Salar de Pedernales, que es un Sitio Prioritario Para la Conservación de la Biodiversidad.

5. Que, las obras de mejoramiento del camino de uso público, fueron constatadas el día 18 de enero de 2018, mediante la realización de una actividad de fiscalización en terreno por parte de funcionarios de esta Superintendencia. Por su parte, el antecedente directo que originó la fiscalización, se encuentra en la denuncia que fue presentada por la “Comunidad Indígena Kolla Chiyagua de la Quebrada el Jardín”, los días 28 de noviembre de 2017 y 6 de diciembre de 2017.

6. Que, en la fiscalización se pudo observar que las obras de mejoramiento incluyeron la construcción de vías adicionales en aquellos puntos donde no fue posible mejorar el camino existente, además de la realización de excavaciones, cortes de talud, cambios de pendiente, y la habilitación de un nuevo trazado del camino de uso público que se emplaza en el área del Sitio Prioritario, mediante la operación de maquinaria pesada.

7. Que, la Res. Ex. N° 307/2018 decretó las siguientes medidas provisionales, a saber: a) Paralizar las acciones, obras y/o trabajos de mejoramiento, que se realizan en el camino público ubicado al interior del Salar de Pedernales; b) Presentar un informe que explique las obras y acciones que la empresa ha realizado para mejorar el camino en cuestión; c) Informar sobre las placas patentes y tacómetros de cada uno de los vehículos y maquinarias que se utilizan en las acciones asociadas a la intervención del camino; d) Entregar los medios de verificación que permitan corroborar la paralización diaria de labores en una serie de tramos que fueron identificados mediante coordenadas geográficas; e) En caso que el Titular hiciera retiro de la maquinaria que utilizaba para las acciones y/o trabajos sobre el camino, deberá informar a esta Superintendencia el destino de éstas y; f) Entregar la documentación ante la SMA en formato digital y en papel.

8. Que, dichas medidas provisionales se extendieron por 15 días hábiles y estuvieron vigentes hasta el viernes 6 de abril de 2018.

9. Que, actualmente la empresa Gold Field Salares, está siendo objeto de un procedimiento sancionatorio que se inició con la dictación de la Res. Ex. N°1/Rol D-023-2018 del 5 de abril de 2018. En este procedimiento se le formularon dos cargos a la empresa por: (i) la ejecución de trabajos de mejoramiento y perfilamiento del camino que atraviesa el Sitio Prioritario “*Salar de Pedernales y sus Alrededores*”, sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental que lo autorice y; (ii) no incorporar el sector del camino de acceso que atraviesa el Sitio Prioritario “*Salar de Pedernales y sus Alrededores*”, en los seguimientos de vicuñas, guanacos y zorros culpeos que la empresa debe reportar en el Sistema de Seguimiento Ambiental de la SMA.

10. Que, la infracción N° 1 se clasificó preliminarmente como gravísima en virtud de la letra f) del numeral 1 del artículo 36 de la LO-SMA, la que prescribe que son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que “[i]nvolucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley”. Por su parte, la infracción N° 2 fue clasificada como leve en virtud del numeral 3 del artículo 36 de la LO-SMA, el que prescribe que “[s]on infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores”.

11. Que, una vez deducido el recurso de reposición por parte de Salares Gold Field, esta Superintendencia procedió luego a dictar la Res. Ex. N° 417, del 9 de abril de 2018, otorgándole traslado a los denunciantes para que presenten los antecedentes que estimen conveniente para la defensa de sus intereses. El traslado se confirió en razón del artículo 55 de la Ley N° 19.880 y fue notificado por carta certificada a los denunciantes el día 12 de abril de 2018¹, quienes no evacuaron el traslado conferido, cuyo plazo venció el 23 de abril de 2018.

I) El recurso de reposición deducido por Gold Field Salares.

12. Que, en el recurso administrativo de reposición que dedujo Gold Field Salares, no se niega ni se desconoce la ejecución de obras en un Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad, pero se pretende impugnar la legalidad de las medidas provisionales decretadas, alegando que el “*sólo hecho de que las mencionadas obras o actividades no hayan ingresado al SEIA, no es en sí mismo un motivo suficiente para autorizar el tipo de medida solicitada*”. Para justificar su afirmación se cita la sentencia dictada por el 2º Tribunal Ambiental en la causa Rol S-6-2013, donde se indica que la elusión al SEIA no genera por sí misma una situación de riesgo inminente al medio ambiente.

¹ Número de seguimiento en Correos de Chile: 1180667240472.

13. En las páginas siguientes se reclama que las obras están amparadas en sus autorizaciones ambientales, para después plantearse una serie de vicios de legalidad que están vinculados al estándar probatorio utilizado en la Res. Ex. N° 307/2018, señalándose que los antecedentes fundantes de la medida son “*insuficientes y especulativos*”, y reclamando asimismo que “*no existe ni siquiera certeza de que se haya ocasionado un daño ambiental ni mucho menos uno que sea irreversible*”.

14. Que, la inexistencia de un daño ambiental es una materia que cruza todo el recurso de reposición, indicándose a este respecto que no hay ningún antecedente empírico que respalte la inminencia de un daño ambiental, para luego preguntarse la empresa: “*¿es que acaso se pretende sostener que la presunta infracción a una RCA o la categorización de un sitio protegido, constituyen per se un daño ambiental?*”.

15. Que, a continuación se analizaran los argumentos expuestos por el recurrente, a efectos de ponderar si es efectivo que la elusión al SEIA fue el único antecedente que sustentó la medida provisional, si las obras están autorizadas, si es aplicable el estándar probatorio que es exigido por el recurrente en relación a la supuesta falta de fundamentación de la Res. Ex. N° 307/2018, y de revisar si el daño ambiental puede ser considerado como uno de los requisitos que deben concurrir para la dictación de una medida provisional.

II) La elusión al SEIA no fue el único argumento esgrimido por la SMA para dictar una medida provisional.

16. Que, tal como se acaba de enunciar, Gold Field alega en su recurso que la elusión al SEIA fue el único antecedente que utilizó la SMA al momento de dictar Res. Ex. N° 307/2018, lo que sería improcedente en razón de lo señalado en la sentencia dictada por el 2º Tribunal Ambiental en la causa Rol S-6-2013, donde se indica que la elusión al SEIA no genera por sí misma una situación de riesgo inminente que haga procedente la dictación de una medida provisional, “*ya que siempre se requerirá acompañar los antecedentes idóneos para evaluar si existe o no un riesgo de daño inminente al medio ambiente o a la salud de la población*”.

17. Que, al respecto no podemos dejar de mencionar que la sentencia invocada corresponde a una doctrina que ha sido contradictoria en el tiempo y que no se encuentra asentada, pues la Excma. Corte Suprema ha manifestado una posición distinta, al señalar que un proyecto que está en elusión por la no evaluación

de sus modificaciones, genera un riesgo hipotético que hace procedente la dictación de una medida provisional².

18. Que, sin embargo, en este caso la discusión planteada carece de sentido y objeto, por cuanto las medidas provisionales no se fundaron exclusivamente en el no ingreso de las obras al SEIA, sino que además se invocaron una serie de antecedentes fácticos que rodearon la infracción normativa, y que en definitiva permitieron crear una hipótesis de riesgo que era necesario gestionar a través de la dictación de una medida cautelar.

19. Que, en efecto, en la Res. Ex. N° 307/2018 el riesgo no se construyó por mera elusión al SEIA, ya que se ponderó adicionalmente que las obras se ejecutaron al interior de un Sitio Prioritario Para la Conservación de la Biodiversidad³, y que el área de afectación alcanzó una superficie de 43 hectáreas, ampliándose un camino público, que antes de las obras, no era más que una huella en el desierto que se fue generando espontáneamente por el tránsito de animales y vehículos.

20. Que, asimismo se ponderó que el Sitio Prioritario Salar de Pedernales tiene una serie de condiciones especiales en lo referido a la flora nativa y a la presencia de varias especies animales que se encuentran en alguna categoría de protección, según fue descrito latamente en la Res. Ex. N° 307/2018.

21. Que, de este modo, no puede prosperar la primera alegación planteada por Gold Field en su recurso de reposición, por cuanto resulta innegable que la medida se dictó no solo por la elusión al SEIA, al haberse ponderado además una serie de otros factores como fue la gravedad de la conducta y la magnitud de la intervención, o las especiales condiciones de la flora y fauna presente al interior del Sitio Prioritario, la cual, razonablemente se pudo ver afectada por las obras que ejecutó irregularmente Gold Field.

² Nos referimos a la sentencia CS Rol N° 61.291-2016, del 24 de abril de 2017, en cuyo considerando 15º se indica: “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. Por tanto, el titular del proyecto sólo se halla autorizado para construir las obras que previamente se hayan sometido al sistema y por ello se contemplen en la RCA, en tanto son únicamente ellas las que fueron evaluadas y cuyos impactos no causan daño ambiental. En otras palabras, toda ejecución de un proyecto de manera distinta a la autorizada a través de la RCA contiene en sí misma un riesgo ambiental, en tanto no se ha sometido al proceso de evaluación del eventual daño”.

³ El Salar de Pedernales y sus alrededores fue nombrado sitio prioritario en la “Estrategia y Plan de Acción de la Biodiversidad de Atacama 2010 – 2017”, que fue aprobado por la comisión Regional de Medio Ambiente mediante Resolución Exenta N°323 del 28 de diciembre de 2009.

22. Que, a todo ello se debe sumar que en la RCA N° 18/2004, el titular se comprometió a no intervenir el camino público que se emplaza dentro del Salar de Pedernales. Dicho compromiso, consta expresamente en el Numeral 4.2.1 del Adenda N° 2, del procedimiento administrativo que terminó con la dictación de la RCA N° 18/2014, donde se indica que "**Se aclara que el Proyecto no ejecutará obras dentro del sitio prioritario.** Al respecto, cabe señalar que la distancia desde el campamento existente al sitio prioritario es de 4 km, mientras que la distancia desde el área de Proyecto (prospecciones) al sitio prioritario es de 10 km. Por otra parte, el camino de acceso no constituye una obra del Proyecto toda vez que se trata de un camino de uso público existente, la que será ocupada para desarrollar las labores de transporte requeridas por el Proyecto. Debido a lo expuesto anteriormente, no se espera la ocurrencia de impactos en el sitio prioritario debido a las actividades del Proyecto" (énfasis agregado).

23. Que, este último párrafo nos sirve además para desechar aquella alegación de la empresa referida a que las obras efectuadas en el Salar de Pedernales, están autorizadas por la RCA N° 18/2014 y por la RCA N° 171/2016. El rechazo de esta segunda alegación, se fundamenta no solo en el texto expreso de la Adenda N° 2 de la RCA N° 18/2014, sino también porque el recurrente no ha sido capaz de justificar su afirmación, mediante la transcripción o la individualización del considerando específico de sus permisos ambientales, donde consta la supuesta autorización para ejecutar obras al interior del Salar de Perdernales.

III) Es improcedente el estándar probatorio exigido por el recurrente.

24. Que, en tercer lugar, Gold Field alega que la medida provisional no está debidamente motivada, al opinar que ella se fundamenta en antecedentes "*insuficientes y especulativos*", reclamando por la falta de una "*prueba compleja*" que acredite "*la existencia de daños inminentes para la salud de la población o del medio ambiente, presupuesto básico para la dictación de las medidas provisionales*".

25. Que, a continuación veremos que la exigencia probatoria formulada por el recurrente es improcedente, a luz de la naturaleza jurídica de las medidas provisionales.

26. Que, nuestro análisis debe comenzar teniendo en cuenta que la jurisprudencia ambiental nos 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 sancionatorio⁴".

27. Que, respecto de la naturaleza jurídica 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) proporcionalidad⁵".

28. Que, precisamente su carácter de medida cautelar, nos permite rechazar la alegación de Gold Field, pues en este caso el estándar probatorio 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 verdad⁶".

29. 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 pública⁷". (el destacado es nuestro).

30. Que, nuestra doctrina especializada se ha manifestado de acuerdo en la aplicación del principio precautorio en la dictación de medidas provisionales, al señalar que: "[I]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 preventivas⁸".

⁴ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 44-2014, considerando 53°.

⁵ Bordalí Salamanca Andrés y Hunter Ampuero Iván, El Contencioso Administrativo Ambiental, Ed. Librotecnia 2017, p. 355.

⁶ Idem, p. 358-359.

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

⁸ Bermúdez Soto, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Editorial Universitaria de Valparaíso 2014, p. 501.

31. Que, en consecuencia, se debe desechar por improcedente la alegación vinculada al estándar probatorio, dado el carácter cautelar y urgente de las medidas provisionales, junto con la aplicación del principio precautorio.

IV) El daño ambiental no constituye un requisito de procedencia de una medida provisional.

32. Que, a lo largo de todo el recurso de reposición se reclama la ilegalidad de las medidas provisionales, porque las obras no han generado un daño ambiental. Esta alegación responde a una confusión del recurrente en relación a dos conceptos diferentes: el daño inminente a la salud de la población o al medio ambiente que está conceptualizado en el artículo 48 de la LO-SMA; con el daño ambiental que se encuentra definido letra e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300.

33. Que, en atención a lo dispuesto en el artículo 48 de la LO-SMA, para la dictación de una medida provisional no es necesario que se haya producido un daño efectivo, ya que basta con la existencia de un daño inminente para el medio ambiente o salud de la población, lo que a su vez se vincula con la existencia de un riesgo.

34. Que, por su parte, el daño ambiental se encuentra definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300, como “*toda pérdida, disminución, detrimiento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes*”. Tal como se puede apreciar, en la definición legal hay un elemento cualitativo de carácter normativo que es la significancia del daño, que en palabras de nuestra jurisprudencia especializada “*responde a la necesidad de limitar que cualquier daño, por leve que sea, genere responsabilidad ambiental haciendo inoperable la institución*⁹”.

35. Que, para determinar la significancia del daño, nuestra jurisprudencia ha establecido una serie de criterios, tales como: “*i) la irreversibilidad del daño, o que éste pueda repararse transcurrido un largo tiempo; ii) daños a la salud, es decir, cada vez que se afecte a la salud de las personas éste es considerable; iii) forma del daño, es decir, cómo se manifiesta el efecto, por ejemplo, en casos de contaminación atmosférica, el grado de toxicidad, la volatilidad y dispersión; iv) dimensión del daño, que se refiere a su intensidad, por ejemplo, la cantidad de concentración de contaminante; y v) duración del daño (...)*¹⁰”.

⁹ Sentencia 2º Tribunal Ambiental, dictada en causa Rol D-14-2014, considerando 29º.

¹⁰ Idem.

36. Que, de lo expuesto se sigue que existen notables diferencias entre los estatutos que regulan las medidas provisionales y el daño ambiental, en el sentido de que las primeras se configuran por la generación de un daño inminente a la salud o al medio ambiente, el cual se construye a partir de un riesgo que tiene una probabilidad razonable de concretarse. En cambio, el daño ambiental no se configura por un riesgo, sino que se configura por un daño cierto y efectivo, el que se debe manifestar como una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo, y que además debe tener el carácter de significativo y una intensidad relevante.

37. Que, en el recurso de reposición se omiten estas diferencias y se confunde el daño inminente con un daño ambiental efectivo, por lo que resulta entonces útil traer a colación lo señalado por nuestra jurisprudencia ambiental, en relación a que: "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 en concreto. Por consiguiente, riesgo y daño inminente, para efectos de la adopción de las medidas provisionales, son expresiones en efecto intercambiables, pues se trata de un escenario todavía no concretado o no del todo"¹¹. (el destacado es nuestro).

38. Que, al tenor de lo expuesto, no puede sino rechazarse la presente alegación, ya que el hecho que las obras ejecutadas por la empresa no han producido un daño ambiental, no es un obstáculo ni un impedimento para la dictación de una medida provisional.

RESUELVO:

PRIMERO: **RECHAZAR** en todas sus partes el recurso de reposición deducido el 22 de marzo de 2018, por la empresa Salares Gold Field, en contra de la Resolución Exenta N° 307/2018, que fue dictada por esta Superintendencia el 14 de marzo de 2018, en atención a los motivos expuestos precedentemente.

SEGUNDO: **TÉNGASE** por acompañados los documentos que fueron ingresados por Salares Gold Field junto a su recurso de reposición.

TERCERO: **NO HA LUGAR** a la designación de apoderados, ya que su nombramiento no consta en escritura pública ni en un instrumento privado suscrito ante notario, según los términos dispuestos en el artículo 22 de la Ley N° 19.880.

¹¹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-44-2014, considerando 56°.

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, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y
ARCHÍVESE



Notifíquese por carta certificada:

- "Minera Gold Fields Salares Norte Ltda", representada legalmente por don Max Combes, ambos domiciliados en Presidente Riesco N° 5561, piso 7, Las Condes, Santiago.
- Cristofer Castillo, domiciliado en Mina Vieja N°2709, Ampliación Torre Blanco, comuna Diego de Almagro, Región de Atacama.

C.C.

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional del Atacama SMA.
- División de Sanción y Cumplimiento SMA.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.