

Santiago, veinte de abril de dos mil once.

En cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de casación que antecede, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de alzada, previa eliminación de sus considerandos vigésimo cuarto a trigésimo cuarto, ambos inclusive.

Y teniendo en su lugar y, además, presente.

Primero: Que la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama deduce demanda con fecha veintinueve de enero de dos mil tres (presentada a distribución en la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha veintitrés de octubre de dos mil dos) fundada en que es dueña de la obra de riego denominada Embalse Pitama, construcción consistente en una presa de tierra con núcleo de arcilla, de una altura máxima de 13.30 metros, con un volumen de 2,1 millones de metros cúbicos y sus canales derivados que se ubica a 1 Km. de la Ruta 68 y ocupa una superficie aproximada de 65,7 hectáreas y que riega una superficie aproximada de 300 hectáreas.

El embalse es alimentado por diversos esteros y corrientes que desembocan en el referido tranque.

Mediante Decreto Supremo N° 756 de la Dirección de Obras del Ministerio de Obras Públicas, de fecha 29 de Mayo de 1998, se

adjudicó a la Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S. A. el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación del Proyecto de Interconexión Vial Santiago - Valparaíso - Viña del Mar sobre mejoramiento de la Ruta 68.

La ejecución de parte de dichos trabajos se efectúa en la cuenca hidrográfica del Embalse Pitama.

Explica que las maniobras y trabajos efectuados por la demandada en el sector inmediatamente adyacente al embalse han comprendido cortes en las paredes laterales de los cerros vecinos, el relleno de quebradas naturales, el movimiento del material extraído tras las maniobras ya indicadas y su acumulación al borde de la misma carretera o su reintegro en las diversas excavaciones, esta vez como material sin compactación natural ni arraigo en el terreno.

Argumenta que todas estas maniobras se han efectuado en forma irregular e ilegal, sin darse cumplimiento a las exigencias y condiciones que se le han impuesto por la autoridad, la ley, el reglamento y el contrato que regula dichas obras.

A consecuencia de estos actos no sólo se ha interrumpido el libre curso de las aguas en algunos sectores y esteros, sino que -lo que es más grave- con la lluvia, el escurrimiento natural de las aguas ha conducido y continúa conduciendo cúmulos de tierra y arena, material contaminado, que fluye hacia el embalse, para depositarse en definitiva en él, rellenándolo progresivamente de fango. Con el correr del tiempo, la acumulación de lodo y de desperdicios en el embalse ha provocado que sus aguas sufran una importante modificación en su composición y características.

Señala que además debe considerarse que las aguas del embalse se utilizan, entre otras cosas, para el riego de cultivos que posteriormente son destinados al consumo humano.

Parte importante del riego del sector se efectúa mediante equipos automáticos, que requieren para su funcionamiento óptimo la ausencia de sedimentos en el agua que circula por sus conductos, requisito que las aguas del embalse cumplían con latitud antes de estas nefastas obras.

Aduce que por otra parte, el desarrollo de proyectos turísticos y recreacionales en curso, tales como el denominado "Centro Recreacional Embalse Pitama" tenía como requisito el cumplimiento de determinadas calidades del agua según su uso.

Tras el daño ambiental causado por la demandada, el embalse, que cumplía con todas las normas sobre calidad de agua, ha sobrepasado los máximos permitidos, de manera que no sólo se ha visto perjudicado el riego de los predios vecinos por los residuos que tapan los conductos de los aparatos de riego automático- sino que se ha debido descartar completamente el proyecto turístico antes referido.

Agrega que el daño provocado por la demandada al medio ambiente, que es de carácter permanente y progresivo en el tiempo, debe no sólo ser detenido, sino reparado, condenándola al pago de las indemnizaciones de los perjuicios causados.

En relación con las bases de licitación del proyecto de interconexión que llevó a cabo la demandada resalta la disposición del punto 1.6.12 que señala: "La sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión todas las medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra."

Luego, en particular, reseña el punto 2.2.7.5 sobre "Aguas Superficiales" y 2.2.7.5.2 sobre "Estrategia de Manejo Ambiental".

Indica que además la Resolución Exenta N° 166/2001 de la Comisión Regional del Medio Ambiente, Región de Valparaíso, de fecha 19 de Marzo de 2001, señaló que se califica favorablemente el proyecto de "Mejoramiento de la Ruta 68 entre los kilómetros 85 a 95" de Rutas del Pacífico S.A. condicionándolo al cumplimiento de los requisitos, exigencias y obligaciones establecidas en los Considerandos N° 6, 7, 8, 9, 10, 13, 15, 16 y 17 de la Resolución.

El considerando 7, por su parte, señala en el numeral 7.1.2 sobre Hidrología e Hidrogeología (etapa de construcción): "Desviación temporal o permanente de caudales:

Obras de drenaje acorde con escurrimientos naturales: La construcción de las obras de arte, saneamiento y drenaje deberá permitir el libre escurrimiento de las aguas superficiales en el entorno del proyecto, evitando de esta forma la interferencia del escurrimiento superficial y las posibles anegaciones.?

Finalmente señala que el Reglament o DFL MOP N° 164 Sobre Ejecución, Reparación o Conservación de Obras Fiscales, señala en el artículo 65 que: ? 1.- la sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión, todas medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra.?

Al razonar sobre el derecho en su demanda invoca el estatuto de responsabilidad por daño ambiental contemplado en la Ley N° 19.300 y el título XXXV del Código Civil, aplicable por expresa remisión de la primera ley citada.

Sobre los perjuicios demandados señala que éstos se encuentran compuestos por los siguientes conceptos:

1.- Daño emergente: referidos a los daños experimentados por el Embalse Pitama a causa de las obras dañinas ejecutadas por la demandada.

Se encuentra constituido principalmente por la degradación y contaminación absoluta de sus aguas, lo que alteró su composición, color, calidad y por otra parte, la alteración del fondo de su lecho por el depósito de capas de residuos sedimentosos, que han alterado y prácticamente extinguido su flora, elemento esencial para la oxigenación de este ecosistema, amenazando la sobrevivencia de la fauna aún existente en el lugar.

Debido a que la reparación de este daño requiere la ejecución de trabajos concretos de limpieza y eliminación de residuos contaminantes, su oportuna valorización deberá efectuarse sobre la base de establecer la obligación de la demandada a la ejecución de las siguientes obras:

a) Eliminación del embancamiento.

- b) Limpieza de residuos y purificación del agua.
- c) Afianzamiento y reapertura de taludes para afirmar la tierra superficial no arraigada.
- d) Extracción de la tierra depositada en los cauces naturales del embalse.
- e) Cumplimiento de los compromisos medioambientales adquiridos por la concesionaria con la autoridad ambiental y fiscal.

Señala en todo caso que la enunciación precedente no es taxativa ni excluyente de las demás obras o trabajos que oportunamente se determinen al tenor de las pericias ambientales del caso.

2.- Lucro cesante: constituido por

la pérdida absoluta de los legítimos beneficios que su representada hubiera podido obtener de no haber mediado la conducta ilícita de la demandada, lo que le ha significado la imposibilidad de desarrollar en el Embalse Pitama su proyecto turístico ya aprobado por Corfo-denominado Centro Turístico Pitama?, cuyas proyecciones de rentabilidad se estimaban en una suma no inferior a UF 89.402.

Segundo: Que en el comparendo de estilo la demandada contesta verbalmente y expresa que niega rotunda, definitiva y categóricamente cualquier especie de responsabilidad en los daños y perjuicios que se demandan en este juicio. En especial niega que las maniobras o trabajos que pudiera haber efectuado su parte en la zona descrita en la demanda hayan sido realizadas en forma irregular e ilegal, no habiendo incurrido en ninguna clase de incumplimiento o infracción a las exigencias tanto legales como reglamentarias que rigen su actividad.

Niega asimismo que a consecuencia de algún acto u omisión haya interrumpido el libre curso de las aguas, o se haya conducido cúmulos de tierra o arena.

También niega haber ejecutado algún acto o incurrido en alguna omisión que pudiera eventualmente ser causa de cualquiera de los perjuicios demandados en autos. Su parte, aun en el evento de ser efectivas las circunstancias descritas en la demanda, carece de toda responsabilidad legal en ellas.

Tercero: Que se establecieron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos a probar, los siguientes:

- 1.- Efectividad que las maniobras realizadas por la demandada, las que se describen en la demanda y fueron adjudicadas por Decreto N° 756, se realizaron en forma irregular y sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones del contrato o si por el contrario, se tomaron las medidas para evitar daños a terceros y al medio ambiente.
- 2.- Efectividad que se ha interrumpido el curso de las aguas en algunos de los sectores, producto de la tierra, arena y material contaminado que fluye hacia el embalse, rellenándose de fango el embalse.
- 3.- Si producto de las maniobras efectuadas por la demandada, el agua que se utiliza para riego y consumo humano, que recibe el embalse, ha sufrido una modificación en su composición y características.
- 4.- Existencia, naturaleza de los perjuicios reclamados por el actor y que hayan sido consecuencia de las obligaciones de la demandada.
- 5.- Si producto de las obras realizadas por la demandada, se ha causado un daño ambiental.
- 6.- Si existen botaderos irregulares en los alrededores.

Cuarto: Que la demandante rindió prueba documental y testimonial. En cuanto a la prueba documental, acompañó a los autos los siguientes antecedentes:

- 1.-Fotografías tomadas al lugar de la obra, sus inmediaciones y el Embalse Pitama.
- 2.- Informe Medio Ambiental emitido por Ambar Consultoría e Ingeniería Ambiental, en el que se contiene un análisis técnico de los

incumplimientos de la demandada.

3.-Plan de manejo, corta y reforestación de bosques para ejecutar obras civiles de fecha 2 de Mayo de 2000, relativo al sector del botadero Melosilla.

4.-Informe técnico 003/60 elaborado por CONAF, de 15 de Junio de 2002, en el que se consigna que producto de las visitas técnicas efectuadas los días 30.05.2002 y 03.06.2002 llevadas a cabo con el objeto de inspeccionar en terreno el estado y comportamiento de taludes y drenajes de las obras asociadas al proyecto y sus efectos sobre la R.N Lago Peñuelas y que coinciden con la ocurrencia de dos frentes de lluvia de importancia, se considera conveniente la aplicación de tratamientos mecánicos, en especial los taludes formados por cortes con mucha altura para evitar desprendimientos de suelo, que posiblemente necesiten aterrazamiento.

5.-Estudio Pre-factibilidad de Proyecto Centro Turístico Pitama.

6.-Diagnóstico del Proyecto Turístico Embalse Pitama, elaborado por IGECE Ltda.

7.-Proyecto Laguna Pitama, elaborado por el arquitecto Roberto Boisier.

8.-Acta de Visita Inspectiva llevada a cab

o el 04 de Septiembre de 2003, efectuada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, Región de Valparaíso en el Sector Botadero Melosilla, consignándose en el punto 7 que las medidas implementadas en el sector Botadero Melosilla son insuficientes y se requiere mejorar cobertura vegetal en taludes y explanada. Se requiere además en el punto 8 intensificar el mantenimiento de la red de drenaje (botadero Melosilla).

9.-Informe técnico sobre el estado del sistema de riego del sector Embalse Pitama.

10.-Copia del certificado de análisis químico e instrumental N° 428/ 02, emitido por la Universidad Técnica Federico Santa María, Departamento de Química.

11.-Resolución exent a 166/2001, de 19 de Marzo de 2001 de la Corema Valparaíso, sobre evaluación del estudio de impacto ambiental

presentado por la demandada para la ejecución de su obra, estableciendo las obligaciones de la concesionaria.

En esta consta el sometimiento del proyecto de "Mejoramiento de la Ruta 68 entre los Km. 85 a 95" al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Se consigna en la misma que en la etapa de operación, específicamente, en la construcción, se generarán descargas al ambiente que corresponderán a las típicas de este tipo de construcciones, que serán emisiones de material particulado. En la etapa de operación las emisiones corresponderán a los gases de escape de los vehículos que circularán por la Autopista. Los residuos líquidos en la etapa de construcción del proyecto se manejarán con la utilización de baños químicos. En la etapa de operación no se generarán efluentes líquidos.

Se especifica que el material de las excavaciones y que no pueda ser reutilizado será depositado en el botadero Melosilla. El material proveniente de remoción de estructuras y de pavimentos a rehabilitar podrá ser reciclado y reutilizado para rellenos y terraplenes, previamente chancados, según lo dispuesto en el Manual de Carreteras, Volumen 5, sección b5.201 ítem "Demolición o Remoción de Obras y Estructuras".

En el punto 7.1 se contemplan las medidas de mitigación, reparación y/o compensación, especificándose en el punto 7.1.2 Hidrología e Hidrogeología (etapa de construcción) ante el riesgo de inundaciones, desviación temporal o permanente de los caudales, disminución de la recarga de los acuíferos, interrupción en los flujos de aguas subterráneas, deterioro de la calidad del agua por derrame de combustible, se prevé obras de drenaje acorde con escurrimientos naturales, estas son la construcción de las obras de arte, saneamientos y drenaje que deberán permitir el libre escurrimiento de las aguas superficiales en el entorno del proyecto, evitando de esta forma la interferencia del escurrimiento superficial y las posibles anegaciones.



Quinto: Que además por la demandante comparecieron los testigos Claudio Moro Friedmann Woscoboinik (fojas 155), Marco Antonio Alicera Leiva (fojas 196), Miguel Luis García Corrales (fojas 203), Mario Manuel Aranda Garrido (fojas 207), don Cedomir Bosko Marangunic Damianovic (fojas 221) y a don José Leonardo Vera Aravena (fojas 294)

Dichos deponentes declaran sobre la existencia de daño ambiental, afirmándolo, puesto que se ha alterado el suelo, la calidad del aire y las aguas, sobre esto último se señala que los cauces artificiales y naturales que corren hacia el embalse arrastran material proveniente del botadero. El testigo Sr. García señala específicamente que se puede constatar la existencia de procesos erosivos en desarrollo, tanto en los taludes del botadero como en los dos canales laterales, también la carencia de cobertura vegetal y nivel arbustivo y herbáceo en dos de los focos del botadero. Esta carencia sumada a las pendientes superiores a los 20 grados genera los procesos erosivos antes mencionados y el escurrimiento de aguas contaminantes con material sólido. Los deponentes señores Aranda y Vera, usuarios del sistema hídrico, señalan que el embalse claramente cambió de color y además el escurrimiento de agua conll

eva el traslado de arena a los predios, lo que los daña.

Sexto: Que la demandada rindió también prueba documental, a saber:

1.-Informe de Análisis SAG-10596, sobre la calidad del agua del sector donde se encuentra ubicado el Embalse Pitama, realizado por CESMEC, en el que se analizan ocho muestras, no observándose efectos perjudiciales.

2.- Informe de análisis de sedimentos, realizado por el departamento de Geología de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile.

3.- Informe de Ensayo de mecánica de suelos, realizado por el Instituto de Investigación y Ensayo de la Facultad antes mencionada.

4.-Informe técnico elaborado por la sociedad Jaime Illanes y Asociados Consultores.

- 5.- Informe técnico elaborado por la sociedad Vórtice Limitada.
- 6.- Decreto N° 1479 de 28 de Septiembre de 1931, del Ministerio de Fomento, donde se autoriza la explotación provisoria del Embalse Pitama.
- 7.- Carta del Director General de Obras Públicas al señor Ministro de Fomento, donde se da cuenta de la recepción de las obras del Embalse Pitama, de 28 de Septiembre de 1931.
- 8.- Copia de Plan de Manejo de Botadero Melosilla, de Julio de 2002, de la Concesión Internacional Santiago ? Valparaíso - Viña del Mar
- 9.- Carta N° 368 de don Mario Salas Coccolo, Secretario de Comisión Regional del Medio Ambiente al gerente general de la sociedad demandada, en que se remite acta N° 39/03 de visita inspectiva al proyecto "Mejoramiento Ruta 68 entre los kilómetros 85 a 95".
- 10.- Carta de 30 de Septiembre de 2003 del gerente general de la demandada a don Mario Salas Coccolo, en respuesta a acta N° 39/03.
- 11.- Diez copias de informe trimestral ambiental, correspondientes a los períodos del mes de Julio de 2000 a Febrero de 2003.
- 12.- Carta a don Mirko Ivanovic, inspector fiscal del Ministerio de Obras Públicas, que da cuenta del envío de informe ambiental trimestral.
- 13.- Copia de las Bases de Licitación de la Concesión referida. De esta cabe destacar que, como citó la demandante en el punto 1.6.12, se consigna: ?Daños a terceros durante la construcción y explotación de la obra:

La sociedad concesionaria deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a propiedades de terceros y al medio ambiente durante la Concesión de la obra.

Todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a la terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros y al medio ambiente, será de exclusiva responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el MOP después de haber suscrito el contrato.?

A partir del punto 2.2.7.5 se contempla el tratamiento de aguas

superficiales, y se señala que la Sociedad Concesionaria tendrá en cuenta la legislación pertinente en relación a conducir el agua que arrastre materia orgánica, lodos y sedimentos provenientes de plantas de hormigón, faenas de hormigonado, plantas de asfalto, campamentos y otras instalaciones contaminantes hacia sistemas de depuración de aguas.

En el punto 2.2.8 se contemplan las obligaciones ambientales para la ejecución de faenas, señalándose que durante la etapa de construcción la Sociedad Concesionaria deberá dar cumplimiento, en forma complementaria a las medidas definidas en el Plan de Manejo, Estrategia Ambiental, Plan de Seguimiento y Monitoreo, a todas y cada una de las consideraciones que detalla. r 13.1 En cumplimiento de sus obligaciones la demandada elaboró el plan de manejo del botadero Melosilla, también acompañado por el demandado, en el cual se consignan las siguientes condiciones de operación:

- a) Se prohíbe la quema de materiales de desecho.
- b) Durante la operación, se modelará el terreno en función de la continuidad de las líneas del paisaje, integrándolo al entorno a través de la construcción de laderas.
- c) Se colocarán las debidas señales de advertencia. Se prohibirá el ingreso de personas ajenas a las faenas.
- d) En los informes trimestrales de gestión ambiental se entregará información del estado de éste y otros botaderos que estén operando, acompañados de una fotografía de la situación en lugares de botaderos.
- e) Se llevará un registro mensual del material depositado en el botadero.

Las condiciones del cierre de este botadero serán:

- a) El botadero, compuesto por materiales estériles como escombros y basuras, será sometido a compactación y macro-nivelación, de tal forma que se logre una plataforma homogénea cercana a la horizontal.
- b) Se dispondrá un foso en el límite Nor-Oriente del botadero, de modo

de encauzar las aguas lluvias, evitando que estas percolen hasta el cuerpo del botadero.

c) En esta etapa se construirán todas aquellas obras de saneamiento que aseguren el drenaje efectivo de las aguas lluvias, evitando inundaciones, anegamiento y deslizamientos.

d) Se deberán realizar plantaciones arbóreas en los sectores perimetrales al botadero y en los sectores de pendientes bajas, las especies a emplear deben reconstruirse o continuar con el paisaje circundante.

e) Sobre todas las pendientes medidas y fuertes del botadero se deberán plantar especies arbustivas, de alta cobertura y efectividad en el control de la erosión mecánica.

f) Se debe considerar el abastecimiento de agua para el crecimiento y desarrollo de plantas por lo menos durante 3 años, para así lograr la protección efectiva contra la erosión, de forma de dejarlo lo más similar posible al entorno existente.

g) Se aplicará cierre perimetral del botadero con cerco de una altura de 1.8 m., el que se mantendrá hasta cinco años de finalizado el cierre del botadero.

h) Se instalará letrero que señale la zona expuesta al hundimiento.

i) Se realizará un seguimiento del área de relleno detectando los posibles hundimientos, especialmente entre el tercer y el quinto año después de su cierre, y en el caso de detectarse alguno, deberá presentar un plan de rehabilitación al Inspector Fiscal, para su aprobación.

Séptimo: También rindió prueba testimonial compareciendo a estrados Ben Hur René Palma Donoso (fojas 163), Jaime Antonio Illanes Piedrabuena (fojas 167), Mauricio Vargas Peralta (fojas 171), Luis Alberto Ortega Aleste (fojas 172), David Nelson González González (fojas 214 bis) y Sergio Osvaldo Gritti Bravo (fojas 218).

Estos deponentes se encuentran contestes en el hecho de que la sociedad concesionaria llevó a cabo actividades tendientes a cumplir las medidas consideradas en los planes de manejo. Agregando el

testigo Sr. Palma que el procedimiento fue adecuado, llevándose a cabo la plantación de especies arbóreas y arbustivas. Sobre la respuesta a las medidas señala que en general se ha obtenido un prendimiento adecuado a las condiciones climáticas y de suelo que tiene el botadero y en los sectores donde ha existido pérdidas se realizó un replante en el cual se recuperaron especies que sufrieron daños principalmente por agentes externos. El testigo señor Vargas sostiene que de las muestras de sedimento tomadas en terreno el aporte de éstos al Embalse Pitama no son significativos. Agrega el compareciente señor González que a partir del reconocimiento exhaustivo de la zona, en donde se encuentran las obras tanto de relleno como del embalse, no existen evidencias de que el material que ha sido erosionado desde la zona de los rellenos haya interrumpido los cursos de las aguas naturales y artificiales que fluyen hacia el embalse.

Octavo: Que además la demandada citó al representante de la actora, don Jorge Echaurren Vial, a absolver posiciones (fojas 213) quien señala que desde el año 1979 tiene a cargo el embalse, habiendo recibido instrucciones de la Dirección de Riego en relación a su mantención en lo concerniente al pretil y el vertedero. Nunca con respecto a su embancamiento. Se hace mantención del aseo dos veces por semana, en sus cercos. Explica que el tranque Pitama, fue, en su oportunidad, entregado en su totalidad a la Asociación de Canalistas, por lo que en todos estos años nunca ha tenido una instrucción o alguna relación con la Dirección de Obras Hidráulicas del MOP, existiendo en años muy lluviosos preocupación de la Dirección de Riego.

Noveno: Que producto de las peticiones de las partes se agregaron los siguientes antecedentes:

1.-Informe del Ministerio de Obras Públicas, rolante a fs. 328, por el que adjunta consideraciones ambientales de la obra a desarrollar por la demandada.

2.- Comunicación del Ministerio de Obras Públicas, rolante a fs. 330, por el que se remite al Tribunal informe acerca de las obligaciones impuestas a la concesionaria demandada en relación al manejo del botadero Melosilla.

3.- Oficio de la Corporación de Fomento de la Producción, rolante a fs. 336, por el que se comunica que el proyecto asociativo denominado "Agroturismo Pitama", fue interrumpido por los empresarios, quienes comunicaron a dicha entidad su intención de terminar su relación Pre-profo y su interacción con Corfo, en espera de solución de asuntos legales, relacionados con la actualización de la propiedad del embalse, por parte de la Asociación de Canalistas.

4.- Oficio del Ministerio de Salud, agregado a fs. 340, que se refiere a la utilización de las aguas del Embalse Pitama.

5.- Oficio del Ministerio de Obras Públicas, a fs. 341, por el que se informa que no se ha autorizado a la demandada para efectuar una intervención de curso hídrico en el sector del Embalse Pitama.

6.- Oficio del Ministerio de Obras Públicas, a fs. 352 y siguientes, por el que se remite al Tribunal minuta técnica del Embalse Pitama.

Décimo: Que con fecha seis de noviembre de dos mil tres se llevó a cabo inspección personal del Tribunal, con la concurrencia de representantes de la demandante, demandada y los peritos Claudio Moro Friedman Woscoboinik y Mauricio Rodrigo Muñoz Bustamante. En el acta respectiva se dejó constancia que se concurrió en primer lugar al sector de la Quebrada Melosilla, sector privado, donde se observaron restos de caminos, productos de la demolición de la Ruta 68. Casi no existe cobertura vegetal.

En cuanto a las especies arbóreas y arbustivas en las zonas de taludes, se pudo observar aproximadamente tres tipos de especies, en muy escasa cantidad y de un tamaño muy pequeño, lo que se explica por ser producto de replantaciones.

En lo referente a la erosión se puede observar a simple vista que la quebrada era natural y por los dichos de los peritos el año 2002 las lluvias se habrían llevado el relleno.

Se observó en esta parte del terreno sedimentos de diferentes tipos. No existe en el sector una sistema de riego. Existe un canal, que no está en óptimas condiciones, es de tierra.

El segundo sector visitado fue la Quebrada de la Antena, se observó que allí no se hicieron trabajos, ésta de modo natural y existe una gran pendiente.

En el sector de la señora Maria Eugencia Alzérreca, se observa un relleno, que se habría realizado por la empresa, la demandada expresa que no constituye un botadero.

Al lado de este sector, en lo que ya constituye ruta, al lado del camino se observa una gran pendiente, que presenta botaderos de agua, un talud.

El tercer sector visitado es Quepilcho, donde se observa material de relleno que se arrastró desde más arriba. También es posible ver que la tierra fue arrastrada, toda vez que a simple vista se ven las raíces de los árboles.

El cuarto sector visitado es el Fundo Las Pataguas, donde se aprecian obras de arte, que pasan de la carretera de sur a norte, se observa que el agua arrasó con lo existente en su momento.

En el sector cola del embalse se aprecia vegetación.

Undécimo: Que, a fs. 387 de autos, rola informe pericial efectuado por doña Zoila Julia Rodríguez Leiva, llevándose a cabo reconocimiento el día siete de mayo de dos mil cuatro.

La perito describe que el Embalse Pitama tiene una capacidad total de 2,13 millon

es de metros cúbicos con una capacidad útil de 2,00 millón es de m3 cuyo objetivo es el regadío, con una vida útil de 50 años, habiéndose construido entre el año 1929 y 1932.

Explica la profesional que según las consideraciones ambientales de la obra para las etapas de construcción y explotación del proyecto, el concesionario debe asumir la responsabilidad de protección del medio ambiente como una variable más de su gestión, por ello debió implementar las medidas necesarias para asegurar un exitoso manejo

ambiental del proyecto, con el propósito de minimizar los impactos negativos que se pudieren producir en el medio ambiente en las zonas de influencia directa del proyecto Interconexión Vial Santiago - Valparaíso - Vi 1a del Mar. Para ello, a la Sociedad Concesionaria se le solicitó en el específico cumplir durante las etapas de construcción y explotación con las medidas establecidas en: Estudio de Impacto Ambiental, Plan de Manejo Ambiental Mínimo durante la Construcción y Obligaciones Ambientales para Ejecución de Faenas.

Señala que en lo principal, debe considerarse que la Sociedad Concesionaria debe responsabilizarse de la protección del medio ambiente, implementando las medidas necesarias que aseguren un ?exitoso manejo ambiental del proyecto?. Describe que, en términos generales, se puede observar que una gestión se corona con éxito ambiental cuando la obra se desarrolla respetando el medio ambiente o en equilibrio con él, no produciendo impactos ambientales negativos y/o si éstos se originan, estén previstos, identificados, interpretados, evaluados en estudios previos a la etapa de obras, para presupuestar las acciones necesarias de ejecutar tendientes a impedirlos o neutralizarlos, o minimizarlos en sus efectos adversos.

Al analizar el cumplimiento de compromisos de las bases de licitación, señala que en virtud de la Ley N° 18.378 publicada en el Diario Oficial el 29 de Diciembre de 1984 y lo señalado en el Manual de Carreteras Volumen 3 capítulo 3.600 la Sociedad Concesionaria deberá realizar algunas obras mínimas tendientes a proteger los recursos naturales existentes y evitar el aumento de la erosión en todos aquellos lugares que así lo requieran o se detecte riesgo de erosión. Analiza luego diversas fotografías, señalando: N°1 se observan grandes cárcavas en los taludes de la escombrera, evidenciando la falta de eficacia o incumplimiento de lo señalado; N° 2: la erosión también afecta a los taludes de escombro que limitan al botadero.-

Detalla que conforme a ley recién citada la Sociedad Concesionaria deberá evitar la construcción y/o apertura de vías de faenas, desvíos de tránsito, pozos de empréstito y botaderos en superficie de laderas con pendientes superiores a los 5 grados y con signos evidentes de



erosión con el fin de evitar un aumento de éstas. Se observa en la fotografía N° 3 en la parte central del botadero un gran desnivel entre la base y el techo del botadero con cárcava de gran desarrollo, correspondiendo aproximadamente a la ubicación del eje de la antigua quebrada.

Agrega que deberán además realizarse todas las obras necesarias a fin de mantener el suministro normal de agua- en cantidad y calidades originales- para los agricultores locales, en aquellos canales y acequias del sistema de riego que fueran intervenidos al interior de la faja fiscal y/o fuera de ella como producto de las faenas de construcción. Fotografía N° 4: Obra de arte colmatada no asegura un suministro y calidad normal de agua para los agricultores dentro del sistema intervenido de la cuenca hidrógrafa del Embalse Pitama como producto de las faenas de construcción.

Para evitar la aparición de procesos erosivos que tengan como consecuencia el arrastre de materiales hacia los cursos de agua existentes, la Sociedad Concesionaria deberá ejecutar un Plan de Seguimiento que verifique el grado de estabilidad de las laderas intervenidas durante la Etapa de Construcción a fin de detectar la ocurrencia de eventuales situaciones c

ríticas. Adicionalmente las obras antes señaladas deberán ser inspeccionadas cada vez que las precipitaciones sean intensas y cuando se produzca un sismo de gran intensidad. Fotografía N° 5: no se ha evitado la aparición de procesos erosivos que tienen como consecuencia el arrastre de materiales hacia los cursos de agua existentes por parte de la Sociedad Concesionaria.

Se deberá llevar un registro de las zonas afectadas por deslizamientos, derrumbes, caídas de piedra, situaciones en las cuales la Sociedad Concesionaria deberá implementar medidas correctivas adicionales tales como: cambio en la inclinación del talud, revegetación natural o artificial, contención con mallas, aterrazamiento y otras, previa notificación al Inspector Fiscal. Fotografía N° 6: se observa una baja calidad de obras hidráulicas ubicadas en la cuenca del embalse lo que evidencia que la Sociedad Concesionaria no ha implementado con

eficacia medidas correctivas adicionales.

Al analizar el incumplimiento de la resolución de calificación ambiental N° 166/2001 explica:

Aumento de procesos de erosión - Estabilización biológica de taludes - corresponderá principalmente a la plantación de especies arbustivas en las cabeceras y bases de los taludes. Fotografía N° 7: no se ha tenido el éxito esperado en el proceso de estabilización biológica de los taludes, ni con el criterio experto asociado a la plantación de determinadas especies colonizadoras.

En forma periódica (semestralmente) se deberían inspeccionar todos los suelos asociados a la mejoras de la Ruta 68 Km. 85 a 95, especialmente en el sector de Enlace Quintay, con el propósito de identificar las zonas que presentan degradación aun con la aplicación de las medidas de protección propuestas. Las formas de degradación que se deberían identificar corresponderían a:

-Erosión Hídrica, evidencias de desprendimiento, arrastre y acumulación de suelo por acción de las aguas lluvias. Normalmente estos procesos se evidencian a partir de surcos, regueras y cárcavas. Fotografía N° 8: Erosión hídrica inscrita en talud que soporta el camino.

- Degradación física: evidencias que tienen que ver con el encostramiento, reducción de la permeabilidad, compactación y degradación de la estructura del suelo: Fotografía N° 9: Erosión que evidencia la degradación de la estructura del suelo en el sector botadero.

En relación a la identificación de impactos ambientales no previstos en el proceso de evaluación ambiental del proyecto, el titular deberá informar a la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Quinta Región de Valparaíso la ocurrencia de dichos impactos, asumiendo las acciones necesarias para mitigarlos, repararlos y/o compensarlos: Fotografías N° 10 y N° 11: no se previó la colmatación y embaucamiento, por arrastre de sedimentos, de los cauces ubicados aguas abajo del Botadero Melosilla y/o en la cuenca del Embalse Pitama debido a fuertes lluvias. Además no se informó de esto a la

Comisión Regional del Medio Ambiente de la Quinta Región de Valparaíso en la oportunidad señalada al efecto.

Estudio de Impacto Ambiental: Plan de Manejo Botadero Melosilla.

Se considerará un sistema de drenaje compuesto de fosos y contrafosos de forma de proteger dicha obra y que los taludes no se vean erosionados.

Fotografía N° 12: La presencia de fosos ubicados en la parte media y superior del botadero, paralelos a la curvas de nivel, no constituyen un sistema de drenaje que dé garantía de estabilización del botadero e impidan su evolución, además tienen baja calidad de ejecución como obra, lo cual disminuye su eficacia (sin rev estimiento, ni impermeabilización).

En esta etapa se construirán todas aquellas obras de saneamiento, que aseguren el drenaje efectivo de las aguas lluvias, evitando inundaciones, anegamientos y deslizamientos.

Fotografía N° 13: la falta de drenaje efectivo ha producido la colmatación de algunos fosos revesitos en el costado oriente de la Ruta 68 además se observa la presencia de sacos de arena dispuestos allí por los residentes para reforzar la capacidad de la obra.

Fotografía N° 14: Poza de aguas lluvias o anegamiento dentro del botadero, la coloración del agua indica una fuerte concentración de materiales finos acarreados por acción de las aguas lluvias.

Sobre todas las pendientes medias y fuertes del botadero se deberán plantar especies arbustivas, de alta cobertura y efectividad en el control de la erosión mecánica.

Fotografía N° 15: El programa de actividades asociado a la reforestación del botadero, contemplaba una vegetación esclerófila costera con especies como Quillay, Peumo, Arrayán, etc. con una densidad de 625 plantas/hectárea, lo cual no se ha cumplido, ni en la cantidad indicada, ni con la efectividad programada.

Se debe considerar el abastecimiento de agua para el crecimiento y desarrollo de plantas por lo menos durante tres años, para así lograr la protección efectiva contra la erosión, de forma de dejarlo lo más similar posible al entorno existente.

Fotografía N° 16: se observa en terreno un fuerte estrés hídrico de la vegetación existente en el sector sur del botadero y lugares aledaños, especialmente en la estación de sequía.

Finalmente sobre el plan de mitigación asociado a la etapa de construcción, explica las condiciones de operación del botadero, destaca el último punto en que de acuerdo a éste, ante eventuales inconvenientes con las medidas implementadas será posible realizar readecuaciones y/o proponer nuevas medidas que aseguren la debida protección del relleno y la estabilización. Concluye que este punto es muy significativo porque ante la falta de eficacia de las medidas ejecutadas, no se ejecutó un sistema de propuestas y/ o medidas que den garantía como obra de estabilidad del botadero, el cual sigue evolucionando e impactando su medio.

Fotografía N° 17 y 18: Ninguno de los organismos fiscalizadores presentó un documento con disconformidad con lo obrado; por lo tanto se podría definir como una actuación conforme a las exigencias que le definieron aparentemente; sin embargo desde un punto de vista técnico ambiental no fue exitoso por los efectos en comento.

Concluye el informe que:

Si bien es cierto que el Botadero Melosilla y las obras viales asociadas al Camino, ubicadas al interior de la cuenca del Embalse Pitama, no han producido un impacto directo, evaluable como "Daño Ambiental" que supere los límites máximos permitidos por la Norma Chilena Primaria de Calidad Ambiental y otras, ha originado un menoscabo ambiental según los análisis anteriormente presentados.

Este menoscabo ambiental se ve asociado principalmente a: la presencia del Botadero Melosilla ubicado sobre la parte alta de la quebrada y de la cuenca afecto a procesos de erosión por las aguas lluvias, un ineficaz sistema de drenaje o saneamiento del botadero, baja calidad de ejecución como obra e ineficacia de sus programas de revegetación- reforestación en el botadero y obras. Por lo cual se estima recomendable su mejoramiento como obra.

La evolución del botadero origina embancamiento de los sistemas de drenaje, fosos y contrafosos, obras de arte en el área de influencia vial,

transporte de partículas finas deteriorando la calidad de las aguas en el Embalse Pitama y el sistema de tecnología de riego existente en el sector agrícola beneficiado por su riego. Sin perjuicio de que su presencia ha disminuido la calidad ambiental y paisajística en el sector. Todo lo cual hace recomendable que la Sociedad Concesionaria asuma un programa de mitigación, reparación o compensación del deterioro ambiental originado.

Lo anterior se explica por la actuación de la Sociedad Concesionaria que cumplió sólo prácticamente con los compromisos ambientales adquiridos en el Contrato de Concesión de la Obra Interconexión Vial Santiago-Valparaíso-Viña del Mar Ruta 68. Minimiza su responsabilidad, la baja calidad, ambigüedad e imprecisiones técnicas de las Especificaciones Técnicas del Contrato; lo cual se puede evidenciar en la diferencia

de resultados y calidad existente entre los dispositivos viales como fosos, contrafosos, obras de arte, compactaciones, etc, ubicados en el área de influencia vial y destinados al servicio de la Ruta 68, y los ejecutados en el área de influencia ambiental y destinados a la estabilidad de las obras como la del Botadero Melosilla y otras. Además de la ineficacia de las inspecciones ambientales de la obra.

Duodécimo: Que en segunda instancia el demandante acompañó informe de sustentación técnica sobre daño ambiental, elaborado por la perito judicial Julia Rodríguez Leiva, por el cual, a petición de su parte, se complementa el primer informe entregado.

Décimo tercero: Que la Ley 19.300 sobre Bases del Medioambiente, en su artículo 62 expresa: "El juez apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y será admisible cualquier medio de prueba, además de los establecidos en el Código de Procedimiento Civil".

Para entender en toda su dimensión la labor del juez en torno a la apreciación de la prueba conforme a las normas de la sana crítica es necesario comprender que los sistemas probatorios han evolucionado, respondiendo al desarrollo cultural y la naturaleza de las materias,

explorando la forma en que mejor se cumpla con la garantía del debido proceso al obtener la debida y suficiente argumentación de las decisiones jurisdiccionales. Es así como, en un sentido general, se ha considerado que la actividad probatoria consiste en proporcionar al órgano jurisdiccional los antecedentes necesarios para establecer la existencia de un hecho, sea una acción u omisión. Las definiciones relativas al sujeto, objeto, medios y oportunidad en que debe ser proporcionada la prueba resultan determinantes a la hora de calificar el sistema, como también las etapas mismas de la actividad probatoria dentro del proceso, esto es, la ubicación del elemento de juicio; la proposición u ofrecimiento efectuado al tribunal; la aceptación que hace éste para que se incorpore al proceso, ordenando recibirlo; la producción o rendimiento del medio respectivo; su valoración individual como medio probatorio, tanto al verificar que las etapas anteriores se encuentran ajustadas a la ley, como a los aspectos sustantivos, evaluando su mérito o contribución en la búsqueda de la verdad; la ponderación de los elementos de juicio que constituyen un mismo tipo de medio probatorio; la misma ponderación comparativa de los diferentes medios, en conjunto; por último, la revisión que corresponde realizar de toda la actividad anterior por medio de los sistemas recursivos. Resalta en todo lo anterior la valoración individual y comparativa de los medios probatorios, labor que constituye su ponderación.

En una clasificación general de los sistemas se atiende en primer término a la reglamentación de los medios probatorios y se les califica de: a) Legal, cuando la ley los señala expresamente, variando si son números cláusus o números apertus; b) Libre, al hacer el legislador una referencia general, sin mencionarlos expresamente o hacerlo a título referencial.

La regulación del valor probatorio enfrenta los sistemas de prueba: a) Legal o tasada, en que el legislador indica perentoriamente el valor de cada medio; b) Libre convicción, en que no se entregan parámetros rígidos de valor de los medios a los magistrados, los cuales expondrán los motivos por los cuales prefieren unos en desmedro de otros; c)

Entregado a la conciencia del juzgador, en que se solicita que el medio probatorio produzca certeza en la esfera íntima del juez y éste exprese tales circunstancias; d) Sana crítica, se requiere que la persuasión que ocasiona el medio en el juez no se realice obedeciendo a cualquier fundamento, sino sobre la base de un análisis razonado que explicita el magistrado en su decisión, atendiendo a las leyes de la experiencia, la lógica y los conocimientos comúnmente afianzados.

Respecto de la ponderación de los medios probatorios o evaluación comparativa de los mismos, se

considera a los sistemas: a) Legal, cuando el legislador efectúa una regulación en la valoración comparativa de un mismo medio probatorio y de éste con los demás medios reunidos en el proceso, indicando la preeminencia o falta de valor en cada circunstancia; b) Intima convicción, cuando se entrega al magistrado realizar la ponderación comparativa para llegar a una decisión, exigiéndole solamente expresar las razones; c) Persuasión racional, la ley entrega al juez la competencia de asignar valor a los medios probatorios y preferirlos unos en desmedro de otros.

El legislador conjuga estas funciones relacionadas con la prueba; sin embargo, éste busca la fundamentación de los fallos y que ésta argumentación sea congruente. La sana crítica viene a constituir un sistema que pretende liberar al juez de disposiciones cerradas, puesto que no siempre el seguirlas es garantía de justicia en las determinaciones jurisdiccionales, reaccionando en contra de la aplicación objetiva de la ley, impulsando al magistrado a buscar con determinación la verdad dentro del conflicto.

La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es el mérito que puede incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración

conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que ellos sucedieron. En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, por ello es que son variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos.

El legislador en nuestro país ha expresado en diversas normas los elementos anteriores al referirse a la sana crítica. Al respecto ha señalado directamente su contenido, describiendo los elementos que la componen y en otras ocasiones se ha limitado a efectuar una referencia al concepto.

La Ley N° 18.287, sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en su artículo 14 expresa: "El Juez apreciará la prueba y los antecedentes de la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica", agregando a continuación: "Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

Por su parte el Código del Trabajo, en los artículos 455, 456 y 459 letra d), ordena: "El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica"; "Al apreciar las pruebas según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al



sentenciador?

El Código Procesal Penal, dispone en su artículo 297: "Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo?"

La Ley 19.968, sobre procedimiento ante los Tribunales de Familia, en su artículo 32, estipula: "Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia?"

En la Ley 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, el artículo 8º, indica: "Los juicios a que se refiere el artículo anterior se regirán por las reglas siguientes: 7) La prueba será apreciada conforme a las reglas de la sana crítica. La prueba testimonial no se podrá rendir ante un tribunal diverso de aquél que conoce de la causa?"

Diversas otras disposiciones indican que la prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica, sin establecer parámetros para ello, por cuanto se atienen a las normas antes transcritas, en las cuales se ha desarrollado su contenido. Efectúan esta referencia los artículos 50 B de la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores; 111 de la Ley 19.039, sobre Propiedad Industrial; 22 del Decreto Ley 211, sobre Libre Competencia; 425 del Código de Procedimiento Civil; 5º del Auto Acordado sobre Tramitación del

Recurso de Protección de Garantías Constitucionales.

En otras oportunidades el legislador hace aplicable tales disposiciones de manera indirecta, al ordenar que se rija el asunto por un procedimiento en que consultó esta regla, como ocurre con el artículo 33 de la Ley 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, que hace aplicable el procedimiento de los jueces de Policía Local; el artículo 1° de la Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, que alude al procedimiento de los juzgados de familia. Conforme a la enunciación que ha hecho nuestro legislador, se puede expresar:

- a) La sana crítica compone un sistema probatorio constituido por reglas que están destinadas a la apreciación de la prueba rendida en el proceso, dirigidas a ser observadas por los magistrados.
- b) Específicamente las reglas de la sana crítica imponen mayor responsabilidad a los jueces y, por lo mismo, una determinada forma en que deben ejercer sus funciones, que está referida a motivar o fundar sus decisiones de manera racional y razonada, exteriorizando las argumentaciones que le han provocado la convicción en el establecimiento de los hechos, tanto para admitir o desestimar los medios probatorios, precisar su validez a la luz del ordenamiento jurídico, como el mérito mismo que se desprende de ellos.
- c) La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de todos los medios de prueba, explicitando aquellos mediante cuyo análisis se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.
- d) El análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos, de toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto en la que sustenta su convicción, como aquella que es descartada. Es más, bajo los principios de exclusión de la prueba en etapas anteriores a la sentencia, nada priva que

el análisis se extienda a ellas, pero para el sólo efecto de dejar constancia de la trascendencia de aquella determinación.

e) Los sentenciadores dejarán explicitadas en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas.

f) Se agrega por el legislador la orientación que, en el ejercicio de la función reseñada, el sentenciador ?deberá? tener especialmente en consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de la prueba rendida entre sí y de ésta con los demás antecedentes del proceso.

g) La explicitación en la aplicación de las reglas de la sana crítica está dirigida al examen de las partes y ciudadanos en general, como el control que eventualmente pudieran llegar a efectuar los tribunales superiores mediante la aplicación del sistema recursivo que cada materia o procedimiento contemple, en que debe revelar y conducir lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador en la ponderación de la prueba.

Resulta incuestionable el hecho que el legislador fijó su atención en dotar de garantías a las reglas de la sana crítica, con el objeto que fueran fácilmente observables. Pero del mismo modo, el aspecto fundamental queda determinado en precisar en la sentencia ?las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados? en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso. Es el legislador el que se remite a tales parámetros, es él quien integra la ley con razones, principios, máximas y conocimientos. Por lo mismo su inobservancia, transgresión, equivocada aplicación o errónea interpretación puede dar origen a la interposición de los recursos que contempla la ley, puesto que cuando no se los cumple, no solamente se desobedecen sus determinaciones, sino que, además, se quebranta la ley, vulnerando las garantías que el legislador concede a las partes, con lo cual se contraviene el ordenamiento jurídico en general, ante lo cual el mismo legislador

reacciona privando de fuerza y efectos a la determinación así alcanzada, en atención a que en último término se desatiende la soberanía y se afecta el estado democrático, constitucional y social de derecho. De esta manera, corresponde entrar a precisar el contenido de aquellos parámetros, con la finalidad de determinar su posible transgresión a los efectos de resolver el presente recurso de casación en el fondo, adoptando la decisión que resulte pertinente y adecuada. La sana crítica determina su contenido, además de las razones jurídicas pertinentes, por las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, a los que se agregan las reglas de la psicología, pero que nuestro legislador ha omitido.

La lógica pretende distinguir entre los razonamientos correctos, de aquellos que no lo son, en cuyas proposiciones debe existir una vinculación racional, a las que se le denomina: Implicación, equivalencia, consistencia e independencia. La lógica formal origina las leyes: a) De la identidad, que pretende significar que si una proposición es verdadera, siempre será verdadera. La identidad de la persona o cosa es la misma que se supone; b) De la falta de contradicción, según la cual una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo. Dos juicios contrapuestos o contradictorios se neutralizan o destruyen entre sí. Dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente válidos y que, por lo tanto, basta con reconocer la validez de uno de ellos para poder negar formalmente la validez del otro; c) De tercero excluido, en que una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo. Dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos y que, basta con reconocer la falsedad de uno de ellos para poder afirmar formalmente la validez del otro. Se presenta en los

casos en dónde un juicio de valor es verdadero y el otro es falso; y d) De la razón suficiente (para quienes no la consideran como parte integrante de la teoría de la demostración), cuya implicancia contempla que cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho, tiene que estar fundamentada o probada, pues las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su

existencia (Ver Nelson Pozo Silva, Argumentación de la sentencia penal, Editorial Puntotext).

Por su parte la experiencia, comprende por las nociones de dominio común y que integran el acervo cognoscitivo de la sociedad, las que se aprende como verdades indiscutibles. Couture define las llamadas máximas de experiencia como "normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie? (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, página 192); Friedrich Stein, expresa que éstas "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos? (El conocimiento Privado del Juez, página 27, citados por Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 1, año 2006).

Existen ciertos elementos comunes a las máximas de experiencia: 1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia? (Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 1, año 2006).

Los conocimientos científicamente afianzados son diversos, pero se ajustan a conclusiones que se adquieren aplicando el método científico, el cual se caracteriza por sus etapas de conocimiento, observación, planteamiento del problema, documentación, hipótesis, experimentación, demostración o refutación y conclusión: tesis o teoría. Los conocimientos científicos están asociados a las teorías y leyes de las diversas ciencias, las que se han construido mediante el método científico, el cual está caracterizado fundamentalmente por la demostración.

La diferencia entre la lógica formal con las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados está constituida porque la primera no requiere ser demostrada.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho: "Que de lo razonado en los considerando quinto a noveno de esta sentencia aparece que los jueces del fondo, al apreciar la prueba, vulneraron las normas reguladoras establecidas en los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo, toda vez que resulta contrario a la lógica formal, y en consecuencia a la sana crítica, sostener de una cosa lo que no es y, también, tener por verdaderos hechos deducidos a partir de hipótesis falsas, lo que se concretó al afirmar que un testigo dijo algo distinto a lo señalado en su declaración y al sostener que la absolvente no ha reconocido hechos que la perjudican, siendo evidente que sí lo hizo" (Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, causa rol N° 5129-08, considerando décimo).

Décimo Cuarto: Que con la prueba rendida se encuentra acreditado que:

1° La demandada Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S. A. se adjudicó el Proyecto de Mejoramiento de la Ruta 68 entre los Km. 85 a 95, el que tenía por finalidad presentar una mejor alternativa vial de enlace entre los usuarios de la Ruta 68 y la localidad de Quintay y viceversa. Además de obras de mejoramiento de la Ruta 68, relativo a sus accesos, atraviesos, incorporación de pasarelas peatonales y otros. Se contempló en el mismo proyecto que el material de las

excavaciones y que no pudiera ser reutilizado sería depositado en el botadero Melosilla, el cual se encuentra en un sector aledaño al Embalse Pitama.

2° Para llevar a cabo la actividad señalada la demandada se sometió al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, calificándose por la autoridad favorablemente su proyecto, condicionándolo al cumplimiento de los requisitos, exigencias y obligaciones establecidas en los considerandos de la misma resolución.

En lo particular, atendida la naturaleza de las labores que se llevarían a cabo por la concesionaria se contemplaron las medidas de mitigación, reparación y/o compensación, especificándose que ante el riesgo de inundaciones, desviación temporal o permanente de los caudales, disminución de la recarga de los acuíferos, interrupción en los flujos de aguas subterráneas, deterioro de la calidad del agua por derrame de combustible debían preverse obras de drenaje acorde con escurrimientos naturales, esto es, la construcción de las obras de arte, saneamientos y drenaje que permitan el libre escurrimiento de las aguas superficiales en el entorno del proyecto, evitando de esta forma la interferencia del escurrimiento superficial y las posibles anegaciones.

3.- Por el plan de manejo del Botadero Melosilla la demandada se obligó a llevar a cabo acciones determinadas para la mitigación del impacto ambiental de sus trabajos. Estas son:

- a) Se prohibió la quema de materiales de desecho.
- b) Durante la operación debía modelarse el terreno en función de la continuidad de las líneas del paisaje, integrándolo al entorno a través de la construcción de laderas.
- c) Se colocarían las debidas señales de advertencia.
- d) En los informes trimestrales de gestión ambiental se entregaría información del estado de este y otros botaderos que estén operando, acompañados de una fotografía de la situación en lugares de botaderos.
- e) Se llevaría un registro mensual del material depositado en el botadero.

Las condiciones del cierre de este botadero son:

a) El botadero, compuesto por materiales estériles como escombros y basuras, deberá ser sometido a compactación y macro-nivelación, de tal forma que se logre una plataforma homogénea cercana a la horizontal.

b) Se dispondrá un foso en el límite Nor-Oriente del botadero, de modo de encauzar las aguas lluvias, evitando que éstas percolen hasta el cuerpo del botadero.

c) En esta etapa se construirán todas aquellas obras de saneamiento que aseguren el drenaje efectivo de las aguas lluvias, evitando inundaciones, anegamiento y deslizamientos.

d) Se deberán realizar plantaciones arbóreas en los sectores perimetrales al botadero y en los sectores de pendientes bajas, las especies a emplear deben reconstruirse o continuar con el paisaje circundante.

e) Sobre todas las pendientes medias y fuertes del botadero se deberán plantar especies arbustivas, de alta cobertura y efectividad en el control de la erosión mecánica.

f) Se debe considerar el abastecimiento de agua para el crecimiento y desarrollo de plantas por lo menos durante 3 años, para así lograr la protección efectiva contra la erosión, de forma de dejarlo lo más similar posible al entorno existente.

g) Se aplicará cierre perimetral del botadero con cierro de una altura de 1.8 metros, el que se mantendrá hasta cinco años de finalizado el cierre del botadero.

h) Se instalar

á letrero que señale la zona expuesta al hundimiento.

i) Se realizará un seguimiento del área de relleno detectando los posibles hundimientos, especialmente entre el tercer y el quinto año después de su cierre, y en el caso de detectarse alguno, deberá presentar un plan de rehabilitación al Inspector Fiscal, para su aprobación.

4.- La demandada acreditó que llevó a cabo actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, la plantación de



especies arbóreas y arbustivas.

Asimismo, informó trimestralmente a la autoridad ambiental de las actividades realizadas.

5.- Las medidas de mitigación y protección ambiental no han sido efectivas, es así como se encuentra acreditado que:

5.1 Existe erosión que afecta a los taludes de escombro que limitan el botadero.

5.2 En la parte central del botadero se aprecia un gran desnivel entre la base y el techo del botadero con cárcava de gran desarrollo.

5.3 No se ha evitado la aparición de procesos erosivos que tienen como consecuencia el arrastre de materiales hacia los cursos de agua existentes.

5.4 El sistema de drenajes para proteger la obra y que los taludes no se vean erosionados no constituye un sistema de drenaje que dé garantía de estabilización del botadero.

5.5 En cuanto a la plantación de especies arbóreas y arbustivas en la zona de taludes ésta no ha sido efectiva, encontrándose a la fecha de inspección del tribunal (06 de noviembre de 2003) en escasa cantidad.

6.- Que el fracaso de las medidas de mitigación del impacto ambiental ha ocasionado un proceso de contaminación de las aguas del Embalse Pitama, puesto que el escurrimiento de las aguas hacia éste arrastra material proveniente del botadero.

7.- Con motivo de la afectación de las aguas del Embalse Pitama, tanto en su pureza como en escasa disponibilidad, los predios vecinos se han visto perjudicados en su riego. Por iguales razones los integrantes de la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama, han debido abstenerse de concretar proyectos que tenían por objeto obtener legítimos beneficios con la explotación de sus predios.

Décimo quinto: Que debe entonces dilucidarse si la demandada debe responder por el daño que se ha invocado en la demanda y que, como se dijo, se encuentra probado.

Para ello resulta indispensable, previamente, determinar el sistema de responsabilidad que debe aplicarse al caso de autos, para luego poder

evaluar el actuar de la demandada.

Décimo sexto: Que debe señalarse en primer lugar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra garantizado en el numeral 8° del artículo 19 de la Carta Fundamental, conforme al cual se cautela propiamente el medio ambiente, que nuestro legislador lo entiende como un "sistema global", que se integra por "elementos naturales y artificiales" de diferentes características, haciendo referencia a las de "naturaleza física, química o biológica", además, de los "socioculturales", cautelando las distintas "interacciones" que se producen entre todos ellos, que les permite estar "en permanente modificación", ya sea "por la acción humana o natural", cuya importancia se destaca expresando que "rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones", conformando un equilibrio ecológico en general. Se refuerza esta idea por el Texto Constitucional que dispone que la ley podrá establecer respecto de la propiedad "las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social", que comprende cuanto exija "la conservación del patrimonio ambiental" (art.19 N° 24, inciso segundo).

Consagra, a este respecto, la Carta Fundamental, que es deber del Estado velar para que este derecho público subjetivo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y que le corresponde tutelar la preservación de la naturaleza, dentro de lo que es el desarrollo sustentable, puesto que el Estado se declara está "al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías" que la Constitución establece (art. 1°, inciso cuarto).

De esta forma se logra comprender el carácter sistémico y global del medio ambiente, el que debe ser tutelado, puesto que constituye el patrimonio natural, artístico y cultural de nuestro país, que comprende,

entre otros aspectos, la atmósfera, tierra, aguas, flora y fauna.

En el Mensaje con que el Presidente de la República remite al Congreso el Proyecto de Ley sobre las Bases del Medio Ambiente, se indica que se enfrenta "el desafío que impone luchar por salvar al planeta del deterioro que lo expone la actividad humana", que exige empezar por entender que la defensa del medio ambiente no es sólo un derecho de cada hombre, sino, al mismo tiempo, un "deber humano", circunstancia que obliga a tomar conciencia y poner énfasis en la necesidad de que los hombres se exijan más a ellos mismos en bien de la supervivencia de la propia vida humana.

Luego se enfatiza al señalar como primer objetivo del proyecto el otorgar "contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, el proyecto pretende hacerse cargo del deber del Estado de velar para que dicha garantía se cumpla. En virtud de ello, busca dar un marco general en el cual se deba desarrollar el actuar del sector público y el privado. El sector público, tanto como ente fiscalizador y regulador de las actividades productivas; y, en muchas ocasiones como contaminante esto es, en el papel de un particular más. Ello implica que todos los sectores del país deben desarrollar las actividades que les son propias dentro de un esquema de respeto por el medio ambiente, y que la explotación de los recursos naturales debe ser realizada de tal modo que se asegure su sustentabilidad en el futuro. En este sentido, el proyecto entra a regular una serie de intereses en conflicto. Es más, en muchas ocasiones, todos ellos garantizados en la propia Constitución. Sin embargo, se da preeminencia al hecho que ninguna actividad -por legítima que sea- puede desenvolverse a costa del medio ambiente. Ello importa una nueva visión de la gestión productiva, que deberá ser desarrollada por las empresas".

Luego, entre los principios, consagra: "el que contamina paga", fundado "en la idea de que el particular que actualmente contamina o que lo haga en el futuro, debe incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación. De ahí

se desprende que los primeros responsables de disminuir la contaminación, serán los particulares?.

Agrega como otro de los principios el de la ?responsabilidad?, con el cual se pretende, por una parte: ?que los responsables por los daños ambientales reparen a sus víctimas de todo daño? y, por otra, ?se busca reparar materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado?. Es así que se deja expresa constancia que, en consecuencia, ?el principio de la responsabilidad supera los ámbitos de lo que se denomina responsabilidad civil, creando una nueva figura que podría denominarse "responsabilidad por daño ambiental".

Décimo séptimo: Que la amplia concepción del sistema ecológico, que se reconoce como una garantía fundamental, lleva al Estado, en cumplimiento de ese deber de cautela, a concretar su regulación, además de la norma Constitucional, en tratados internacionales, legislación común y disposiciones reglamentarias, como mediante el impulso de políticas y planes de las autoridades políticas y administrativas competentes.

En este mismo sentido se ha reglamentado la responsabilidad por daños al medio ambiente en diferentes fuentes normativas: La legislación común contemplada en el título XXXV del Libro IV del Código Civil ?De los delitos y cuasidelitos?; la legislación especial dictada sobre la materia, la que se encuentra contenida en diversos cuerpos legales y la Ley N° 19.300 de 1994 sobre ?Bases Generales del Medio Ambiente?, en cuya aplicación debe guardarse tanto el principio de la interpretación sistémica, como el de la especialidad contemplado en el artículo 13 del Código Civil.

Décimo octavo: Que es la citada Ley N° 19.300 la que entrega parámetros generales para la comprensión de la protección del medio ambiente. Es así como en su artículo primero se reitera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, regula la protección del medio ambiente, enfrenta la preservación de la naturaleza y la

conservación del patrimonio ambiental, todo lo cual se regulará por las disposiciones de esa ley, sin perjuicio de lo que otras normas establezcan sobre la materia.

Luego en su artículo 2° define algunos conceptos generales, útiles de tener expresamente en consideración para resolver la materia pendiente, entendiendo por "Daño Ambiental" "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes".

El aspecto técnico se recoge en las Declaraciones y Estudio de Impacto Ambiental, señalando que este último corresponde al "documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos".

Como se ha dicho con anterioridad, el "Medio Ambiente" está integrado por "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones".

El conocimiento privilegiado que otorga el estudio técnico permite poner el acento en tareas tempranas de predicción, identificación e interpretación de la interacción de los distintos elementos y su impacto en el medio ambiente. Esta labor de planificación de una alerta temprana y responsable hace exigible la necesaria descripción de las acciones que tiendan a impedir o minimizar los efectos dañinos. Clarificando el punto asume la labor de conceptualizar la preservación de la naturaleza; protección del medio ambiente y reparación, labores que integran la correcta planificación de las obras que constituirán un desarrollo económico sustentable.

A este respecto se indica:

"Preservación de la Naturaleza", es "el conjunto de políticas, planes,

programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país?;

?Protección del Medio Ambiente?, se relaciona con el ?conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro?, y

?Reparación?, concierne a ?la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas?.

En aquello que constituye concretamente la implementación de los principios del que contamina paga y de responsabilidad, como del carácter concreto de la conceptualización de reparación, en cuanto a reponer y restaurar, en el artículo 3° se dispone: ?Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley?.

Décimo noveno: Que la Ley 19.300 establece como sistema de responsabilidad medioambiental el subjetivo, entendido como: ?Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley? (inc. 1°, art. 51).

Se reconoce la posibilidad de establecer estatutos de responsabilidad medioambientales de mayor especialización, constituyéndose el de la Ley 19.300 en uno de carácter general, expresando: ?No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley? (inc. 2°, art. 51).

La vigencia de las normas generales con carácter supletorio es reconocida bajo los siguientes términos por el legislador: ?Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil? (inc. 3°, art. 51).

Se complementan los sistemas de responsabilidad entre las normas específicas, respecto de materias precisas y determinadas, con el sistema general medioambiental y, además, con el sistema de responsabilidad del derecho común. Este posible cúmulo de responsabilidades es resuelto mediante la adopción del principio de preclusión del derecho, una vez deducida la demanda por los titulares que señala la ley, sin perjuicio de comparecer en el juicio como terceros coadyudantes (inciso segundo del art.54), pero en lo referido a las acciones que contempla la legislación especial, dado que expresamente se ha consignado la vigencia del derecho común ante perjuicios no comprendidos en la definición de daño ambiental, a la cual se ha hecho referencia, que limita fundamentalmente al de carácter significativo. Sin embargo, teniendo en cuenta que la legislación común ordena reparar todo daño (art. 2329 del Código Civil), queda entregada a ella la regulación de esta materia en forma subsidiaria, esto es, cuando el daño no sea significativo.

Con el objeto de mitigar el sistema subjetivo de responsabilidad, se contemplan presunciones legales de la misma, disponiendo: ¿Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias? (inc. 1º, art. 52).

La intervención del legislador en estos términos es un recurso que tiende a robustecer el sistema y la eficacia de las acciones que se interpongan para reclamarlas, puesto que la transgresión a tales normativas sólo puede constituir una acción voluntaria y por la que se asumen las consecuencias perjudiciales a terceros. Sin embargo, nada obsta, como lo indica el legislador en el Mensaje de la Ley, ¿que ninguna actividad -por legítima que sea- puede desenvolverse a costa del medio ambiente?. En que el respeto de la normativa medioambiental no puede ser puerto seguro, para el evento que se

originen daños a terceros producto de una acción productiva, puesto que ella es el mínimo que debe considerarse, pero nada obsta que le corresponda tener en cuenta mayores cuidados.

En efecto, el legislador sustituyó la norma del proyecto, sobre la base de la explicación dada por el senador Mario Papi, quien manifestó que debía establecerse con precisión que los titulares de fuentes emisoras que causen daños ambientales únicamente se excepcionan, en virtud de este artículo (el 43 del proyecto), de la acción ambiental que pudiere deducirse en su contra, complementada la idea con la indicación de los senadores Ortiz, Pacheco, Papi y Siebert, considerando la Comisión que se ajusta mejor a los principios que inspiran el Derecho Chileno. El titular puede quedar liberado de la acción ambiental, que es una institución nueva creada en virtud del proyecto de ley en informe, pero aparece con el inconveniente que se priva al personalmente ofendido a entablar la correspondiente acción indemnizatoria ordinaria, disponiéndose, en definitiva: Cuando los responsables de fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o descontaminación, o a regulaciones especiales para situaciones de emergencia, según corresponda, acrediten estar dando íntegro y cabal cumplimiento a las obligaciones establecidas en tales planes o regulaciones, sólo cabrá la acción indemnizatoria ordinaria deducida por el personalmente afectado, a menos que el daño provenga de causas no contempladas en el respectivo plan, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior (art. 55) (antecedente citado por Fernando Toledo Tapia, en Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Historia Fidedigna y Concordancias Internas, Conama, 1996, páginas 192 y 193).

La regulación de la relación de causalidad en la acción indemnizatoria se exigió en todo evento, para diferenciarla de la presunción anterior. Expresamente se establece que, sin perjuicio de la presunción legal de responsabilidad sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido (inc. 2°, art.52).

Las acciones por daño ambiental se regulan conjuntamente, no



obstante su palmaria diferenciación destacada desde el Mensaje del Proyecto. Se estipuló por el legislador: ¿Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado? (art. 53).

¿Esta distinción resulta del todo lógica ya que un mismo hecho puede ser causante de un daño ambiental, y también de un daño individual, es decir, en la persona o patrimonio de un sujeto de derecho? (Jorge Bermúdez Soto, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, página 241).

Vigésimo: Que como se dijo con anterioridad, el daño ambiental se encuentra definido por el legislador como ¿toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes?.

De esta definición debe destacarse la remisión efectuada al término ¿medio ambiente? que se detalló en las motivaciones precedentes, así como el requerimiento de ser este daño significativo. Al efecto puede recordarse lo dicho por el jurista Rafael Valenzuela: ¿La exigencia de que los efectos sobre el medio ambiente tengan carácter significativo restringe el ámbito del daño ambiental. La referencia al medio ambiente, lo amplía, hasta el límite mismo de la realidad biogeofísica. La palabra significativo conlleva la idea de una cierta valoración negativa mínima para el medio ambiente, de tal manera que los daños cuya entidad se encuentren por debajo de ese minimum no constituyen daño ambiental, aunque comparten un cierto grado de pérdida, disminución, detrimento o menoscabo para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes. Debido, por otra parte, a que la ley no contiene parámetros que permitan una calibración objetiva de la significación de los daños inflingidos al medio ambiente, esta determinación queda entregada en definitiva a lo que resuelvan al respecto los jueces del fondo, con el margen de subjetivismo y de imprevisibilidad que ello conlleva.? (Rafael Valenzuela Fuenzalida, ¿El

Derecho Ambiental, presente y pasado?, Editorial Jurídica de Chile, 2010 pag.318).

A este respecto debe consignarse también lo sostenido por el tratadista Enrique Barros ?la definición legal corresponde al daño ambiental puro, que da lugar a una pretensión cuyo objeto es su reparación en naturaleza, que la ley denomina acción ambiental. Este daño ambiental en sentido estricto puede ser causa de otros daños que afectan a las personas o las cosas, en cuyo caso se trata de una responsabilidad civil que tiene por objeto reparar los daños que se derivan de aquél. Ocurre usualmente que un daño ambiental tal como está definido produce, a su vez, un efecto indirecto, que se traduce en la pérdida de valor de un bien, en enfermedades o en la privación de ingresos futuros: esto es, en un daño privado derivado del daño ambiental que puede ser de naturaleza patrimonial o moral.

En este sentido, el daño tiene dos aspectos en materia ambiental: ante todo una cara pública, referida al daño ambiental puro y que da lugar a una acción que tiene por objeto la restitución, restablecimiento o renovación del medio ambiente dañado; y además, una cara privada, cuyo fin es el obtener protección preventiva por los efectos perniciosos del daño ambiental. Además, puede proceder una acción indemnizatoria por los daños resultantes a la propiedad o a las personas. (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2008, pág. 804.).

Vigésimo primero: Que en este punto debe distinguirse entonces que nuestra legislación ambiental contempla dos tipos de acciones: La acción indemnizatoria, que tiene por objeto reparar económicamente los efectos que causa un daño ambiental en los intereses de quien reclama la compensación y la acción ambiental, dirigida a la obtención de la reparación del medio ambiente afectado, que, según se ha dicho las contempla el artículo 53 de la Ley N° 19.300, la que es compatible con las derivadas del derecho común para el cobro de daños que no

se califiquen de medioambientales.

Las acciones mencionadas como se aprecia de la norma recién citada no son incompatibles atendida su diferente naturaleza y finalidad; todo lo contrario, el legislador se ha encargado de destacar su avenencia incluso con el procedimiento sancionatorio, al señalar: ¿Se podrá ocurrir ante el juez competente para solicitar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 56 (sanciones), por las personas y en la forma señalada en el artículo 54 (acción medioambiental e indemnizatoria), sin que ello obste al ejercicio de las acciones que en esta última disposición se establecen? (art. 59).

Vigésimo segundo: Que conforme a lo señalado cabe consignar que la titularidad de la acción ambiental reparatoria del daño causado es otorgada por la ley a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que han sufrido el daño o perjuicio, a las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas y al Estado por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. (artículo 54 de la Ley 19.300).

La preclusión del derecho de acción se contempla al establecerse: ¿Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio? (inciso segundo, art. 54).

Concluye el mandato legislativo imponiendo un deber a las municipalidades y, ante la omisión, establece su responsabilidad solidaria, al disponer: ¿Cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental. La municipalidad demandará en el término de 45 días, y si resolviere no hacerlo, emitirá dentro de igual plazo una resolución fundada que se

notificará al requirente por carta certificada. La falta de pronunciamiento de la municipalidad en el término indicado la hará solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado? (inciso final del artículo 54).

Por otro lado la acción indemnizatoria individual por daño medioambiental se encuentra contemplada a favor de la víctima del daño y, en su caso, a sus herederos y cesionarios

.

Vigésimo tercero: Que en las circunstancias descritas el demandante se encuentra habilitado para el ejercicio de las acciones que ha planteado.

Vigésimo cuarto: Que la ley ambiental basó su sistema de responsabilidad en el derivado del derecho común, con algunas modificaciones, por lo que sus exigencias deben ser estudiadas a la luz de ambas normativas. En especial deben concurrir: especialidad de la materia; capacidad de quien acciona y en contra de quien se acciona; legitimación activa y pasiva; conducta (acción u omisión); factor de imputación, el que se sostiene en la culpabilidad; antijuricidad; acreditación de perjuicios; relación de causalidad entre la conducta y el daño; ausencia de causales de exención y extinción de responsabilidad.

Corresponde dejar expresado que el análisis se circunscribirá respecto de los puntos en que ha existido controversia, omitiendo una referencia mayor a aquellos en que no existe duda de su concurrencia en autos.

Vigésimo quinto: Que, como se dijo, en estos autos se encuentra acreditada la existencia de una acción por parte de la demandada (quien llevó a cabo un proyecto concesionado para el mejoramiento de la ruta 68) debiendo cumplir con obligaciones ambientales generales - contenidas en las normas de legislación ambiental y de concesiones- y específicas ?bases de licitación y resolución que califica su proyecto

favorablemente-.

Vigésimo sexto: Que para apreciar las obligaciones ambientales de la demandada debe señalarse que el artículo 35 del Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 164 de 1991 prescribe: "El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato.?"

Luego el reglamento del mismo DFL N° 164 dispone en su artículo 62: "Daños a Terceros. 1.- La sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra. 2.- La sociedad concesionaria será la única responsable de todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros o al medio ambiente, a menos que el daño sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de la publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial?".

Esta misma obligación se encuentra reiterada en las bases de licitación del proyecto desarrollado por la demandada, a saber: "Punto 1.6.12 "La sociedad concesionaria deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra.

Todo daño de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y su explotación se cause a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros y al medio ambiente, será de exclusiva

responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el MOP después de haber suscrito el contrato?.

Debe recordarse además que para desarrollar su actividad la demandada debió cumplir con lo dispuesto en el artículo 8° y siguientes de la Ley N° 19.300 que regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Al efecto el artículo 16 dispone que el Estudio de Impacto Ambiental presentado sólo será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias

que se prevén en el artículo 11, debiendo proponer medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas.

Para dar cumplimiento a la normativa recién señalada es que, además, se impusieron obligaciones específicas a la demandada, estas son las contenidas en la Resolución de Calificación Ambiental y en los planes de manejo, que ya se describieron al detallar la prueba.

Vigésimo séptimo: Que para atribuir responsabilidad al demandado debe establecerse el factor de imputación, que está dado por su culpabilidad en la acción que se reprocha.

Al efecto debe consignarse que el artículo 52 de la Ley N° 19.300 prescribe que "se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias".

"Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido".

El autor Enrique Barros explica al respecto que:

"a) la definición de la conducta ambientalmente correcta es una tarea emprendida por la vía legislativa y administrativa mediante la

regulación. En esta definición las consideraciones que sigue el regulador son esencialmente preventivas, porque su fin es la preservación del medio ambiente.

b) En principio, la infracción a una regulación legal o administrativa, general o especial, que causa un daño indemnizable, es tenida por culpable y da lugar a responsabilidad civil, de acuerdo con las reglas generales. El criterio de culpa infraccional está expresamente recogido por la Ley del Medio Ambiente, en cuya virtud se presume responsabilidad (esto es, la culpa) del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de emisiones, a planes de prevención o conservación ambientales, establecidas en la propia ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

En todo caso, la responsabilidad se produce a condición de que el daño sea de aquellos que la norma general o especial infringida tenía por fin evitar.? (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2008, pág. 802.

Corresponde, entonces, como se expresó, al haberse sometido la demandada al Sistema de Estudio de Impacto Ambiental, evaluar el cumplimiento de las condiciones que tuvo en consideración la autoridad para permitir la operación de la concesionaria, esto pues la actividad que se desarrolla necesariamente causa un impacto en el medio ambiente.

Vigésimo octavo: Que en el caso de autos la demandada se ha excusado alegando que dio cumplimiento a sus obligaciones, sobre ello acompañó informes periciales y declararon sus testigos. Sin embargo de la prueba rendida en autos aparece con claridad que dicha observancia no es tal, atendido que no basta en la especie el cumplimiento formal de los planes de manejo presentados, sino que su obligación es llevar a cabo un adecuado desarrollo ambiental de su proyecto que permita evitar todo daño que su actividad causa al medio ambiente.

En efecto, el elemento subjetivo la culpa se satisface por el conocimiento de la acción que se desarrollará y los riesgos anormales a que se enfrentará la persona que la realice, cobrando importancia las especiales capacidades y conocimientos técnicos y fácticos del sujeto actuante, de modo que en este caso la culpa se ha apreciado de acuerdo a las circunstancias y condiciones objetivas de las partes, conforme a las cuales les era exigible una conducta determinada, en este evento el deber de previsión y diligencia que es posible esperar de ellas, especialmente a las personas que actuaron por la demandada, puesto que para que exista responsabilidad, enseña Marcel Planiol y Jorge Ripert, no es necesario que se haya previsto efectivamente el daño preciso que se produjo, sino que basta con que se haya debido prever que iba a resultar un perjuicio del acto o de la omisión (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, página 719).

Resulta pertinente destacar la doctrina anterior al tener en cuenta que se ha sostenido por profesionales calificados que las medidas de mitigación y protección ambiental no han sido efectivas, pudiendo observarse la erosión del lugar a simple vista, en el que existe ausencia de vegetación, además de lo cual los propios testigos de la demandada han sostenido el agotamiento de la vida útil del Embalse Pitama, pero califican sus dichos expresando que esta situación se producirá a causa de su estado.

En todo caso, según se ha expresado, el cumplimiento formal de las leyes, reglamentos y compromisos particulares no es suficiente para exculparse de los daños ocasionados, pues como lo exponen los autores en referencia, ¿para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa?, a lo cual agregan, ¿pero, la observancia de ellos no dispensa tampoco del deber de conformarse a la obligación general de previsión. El que se ha amoldado a los reglamentos también será responsable si causa un perjuicio que pudo y debió prever? (Idem, página 720).



En todo caso, debe recordarse que la perito designada en autos constató numerosos incumplimientos al plan de manejo presentado, constatación que también realizó la autoridad y que se aprecia en el acta de visita del 4 de Septiembre de 2003 (incluso posterior a la demanda de autos) efectuada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, Región de Valparaíso en el Sector Botadero Melosilla, consignándose en el punto 7 que las medidas implementadas en el sector Botadero Melosilla son insuficientes y se requiere mejorar cobertura vegetal en taludes y explanada y en el Informe técnico 003/60 elaborado por CONAF, de 15 de Junio de 2002, en el que se consigna que producto de las visitas técnicas efectuadas los días 30 de mayo de 2002 y 3 de junio del mismo año, llevadas a cabo con el objeto de inspeccionar en terreno el estado y comportamiento de taludes y drenajes de las obras asociadas al proyecto y sus efectos sobre la R. N. Lago Peñuelas se considera conveniente la aplicación de tratamientos mecánicos, en especial los taludes formados por cortes con mucha altura para evitar desprendimientos de suelo, que posiblemente necesiten aterrazamiento.

Esa conclusión también se refuerza por la apreciación del tribunal consignada en el acta de 6 de Noviembre de 2003, en la cual se revisó el estado del botadero, prácticamente un año después del inicio de la acción en estudio.

Todas estas pruebas permiten fundar el incumplimiento de la demandada y descartar la documental y testimonial de su parte, puesto que ésta sólo se ha referido al cumplimiento parcial y formal de sus obligaciones.

Vigésimo noveno: Que además cabe recordar que la demandada no sólo se obligó a llevar a cabo determinadas medidas de mitigación, sino que en la letra i) de las condiciones de cierre del botadero se obligó también a realizar un seguimiento del área de relleno detectando los posibles hundimientos, especialmente entre el tercer y quinto año después de su cierre, y en el caso de detectarse alguno, deberá presentar un plan de rehabilitación. Este compromiso da

cuenta en forma clara que la obligación de la concesionaria no se agotaba con el cumplimiento estricto de las medidas descritas, sino que su obligación era llevar a cabo todas las acciones que permitieran mitigar y reparar adecuadamente el impacto ambiental negativo de su actividad, única forma de entender un desarrollo sustentable, que es al que tiende el legislador.

Trigésimo: Que habiéndose acreditado el cumplimiento de los primeros presupuestos de la responsabilidad de la demandada, debe constarse la existencia de los perjuicios y la relación de causalidad con la conducta desplegada.

Sobre este particular en el punto quinto del considerando décimo tercero se consignó la forma en que la demandada incumplió sus obligaciones ambientales, infracciones que han motivado el inicio de un proceso de contaminación en las aguas del Embalse Pitama. Al efecto cabe considerar que la perito judicial informante en autos desarrolla técnicamente los fundamentos para señalar cómo el actuar de la demandada ha causado un menoscabo al medio ambiente, el que no califica como "daño ambiental" por no superar los límites máximos permitidos por la legislación.

Si bien la primera constatación podría bastar para acoger la demanda, sobre la base de una nueva calificación por parte del Tribunal, cabe agregar que para evaluar la significación del daño ambiental no sólo deben considerarse parámetros técnicos que justiprecien el grado de contaminación específica en un momento dado de un determinado recurso natural, sino que debe analizarse cómo la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo. Tal criterio se basa en que no resulta razonable esperar un mayor, grave e irrecuperable resultado lesivo para hacer lugar a una acción medioambiental que busca mitigar y reparar los efectos perjudiciales de una conducta que sí afecta el medio ambiente de manera relevante y, por lo mismo significativa, cuando el propósito del legislador es precisamente la prevención de su acaecimiento.

En este contexto, preciso es señalar que se encuentra acreditado que

la conducta negligente de la demandada perturba y amenaza de forma cierta y precisa con seguir intensificando la afectación de la calidad de las aguas del Embalse Pitama, puesto que el sistema de drenaje o saneamiento del botadero resulta ineficaz, así como también es insuficiente la implementación de los programas de revegetación y reforestación del mismo. No debe olvidarse que esta afectación ya ha tenido una concreción evidente en los hechos, puesto que ha aumentando la turbiedad y los sedimentos presentes en el agua, situación que fue constatada por la perito designada, quien afirma el deterioro de la calidad de las aguas del embalse y del sistema de tecnología de riego, circunstancia que se corrobora con la declaración de los testigos de la demandante señores Aranda y Vera.

Sobre lo anterior corresponde, además, consignar que los testigos de la demandada abundan en razones técnicas para afirmar que de existir escurrimiento de materiales éste no sería relevante, acusando incluso la presencia de otras posibles fuentes de contaminación, pero dichas afirmaciones no se hacen cargo del carácter significativo, que por este sólo antecedente tiene la actividad del demandado, como del potencial da f1o futuro que las obras mal ejecutadas producirán, aspecto que no hace sino profundizar y agravar el daño.

La calificación de daño ecológico significativo queda demostrada por la declaración de los testigos de la demandada, quienes sostienen que el agotamiento de la vida útil del embalse es en realidad la causa de su estado, pretendiendo aludir a un hecho propio de la naturaleza, sin hacer referencia alguna a los efectos que ha tenido la erosión, escurrimiento de sedimentos y embancamiento de residuos sólidos arrastrados por las aguas lluvias hasta el lecho del Embalse Pitama, por la falta de tratamiento de las tierras removidas por la acción de la demandada y la falta de vegetación en el sector, con lo cual queda demostrada la relación de causalidad entre la conducta imputada a la demandada y el perjuicio originado al medio ambiente, que consistirá precisamente en la desaparición del Embalse Pitama.

Por estas razones debe calificarse que la conducta de la demandada ha causado un daño ambiental significativo y que concurriendo

relación de causalidad con la conducta de la demandada, debe ser reparado.

Trigésimo primero: Que, entonces, en cuanto la pretensión del demandante se dirige a la reparación ambiental, esta Corte hará lugar a la demanda, ordenándose en la parte resolutive de la sentencia las medidas que se estiman pertinentes.

Trigésimo segundo: Que en lo relativo a la acción indemnizatoria deducida cabe señalar que los perjuicios demandados corresponden al daño producto de la afectación de las aguas del Embalse Pitama, tanto en su pureza como en el descenso de su disponibilidad, producto de lo cual los predios vecinos se han visto perjudicados en su riego. Además, los integrantes de la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama, por iguales causas, han debido abstenerse de concretar proyectos que tenía por objeto obtener legítimos beneficios con la explotación de sus predios, por la conducta ilícita de la demandada.

Trigésimo tercero: Que se encuentra acreditado en autos que la demandada desarrolló los procedimientos previos para llevar a cabo un proyecto turístico en el Embalse Pitama, contando para el lo con un medio ambiente favorable para el mismo.

Trigésimo cuarto: Que al tenerse por acreditados tales antecedentes, ha sido la conducta de la demandada la que impidió o frustró tanto la utilización de las aguas en labores de riego, como para concretar una inversión cierta que se encuentra acreditada. En efecto, la Corporación de Fomento de la Producción reconoció que se llevó adelante la ?Etapa Preparatoria del proyecto asociativo (preprofo) denominado `Agroturismo PITAMA?', en virtud del cual, los empresarios perseguirían como objetivo impulsar un mayor crecimiento del negocio relacionado con la actividad turística en torno al embalse de Pitama?, la que ?correspondió a una iniciativa de un grupo de 5 empresas agrícolas, localizadas en la zona de Casablanca, apoyadas por

CORFO durante el año 1998?. Esa fase preparatoria tenía por propósito: ¿efectuar un diagnóstico sobre potencialidades asociativas de las Empresas que integraron esta fase y la elaboración de un Proyecto asociativo futuro para el grupo de empresas?. Sin embargo, la interrupción del proyecto de los empresarios, en espera de solución de asuntos legales relacionados con la propiedad del embalse, les llevó incluso a restituir los dineros recibidos por CORFO.

Trigésimo quinto: Que, por lo expuesto, y encontrándose acreditado en autos que ha sido producto de la acción de la demandada que se han generado daños y perjuicios para los actores, entre los cuales existe relación de causalidad, se acogerá la demanda en cuanto por ella se pretende la indemnización de los perjuicios particulares originados por el daño ambiental, cuya especie y monto se reservará para la etapa de ejecución u otro juicio diverso.

Para resolver lo anterior son suficientes las motivaciones desarrolladas a raíz de la acción de falta ambiental, de la cual resultan plenamente acreditados los presupuestos de la acción indemnizatoria.

Trigésimo sexto: Que, como se ha dicho precedentemente, la reserva en la determinación de la especie y monto de los perjuicios, para la etapa de ejecución de esta sentencia o en otro procedimiento diverso, se efectúa según lo ha solicitado expresamente la parte demandante y lo autoriza el inciso segundo d del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

Esta determinación se adopta, además, luego de indicar los daños que deben ser indemnizados, ya aludidos en el motivo trigésimo cuarto, de manera que la reserva permitirá fijar, precisamente, su especie y monto.

Trigésimo séptimo: Que de la historia del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, se advierte que la norma busca evitar la realización de juicios sucesivos, procurando concentrar la discusión en un solo procedimiento, es así que se consideró, por excepción, permitir

que se litigara en otra etapa procesal o en un juicio diferente.

En el Proyecto de Vargas se expresa: ?Art. 169. Si una de las partes fuere condenada a la devolución de frutos o

a la indemnización de perjuicios, la sentencia determinará la cantidad líquida que se deba pagar por cualquiera de estas causas, o fijará por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de que en el proceso no obren los datos suficientes para determinar la cantidad debida o para fijar las bases de la liquidación, podrá reservarse a las partes su derecho para abrir nuevo juicio con este objeto.?

Como se observa la norma no vincula reserva y responsabilidad contractual. La disposición alude a los frutos y a la indemnización. Los frutos están referidos en diferentes disposiciones del Código Civil, las que no necesariamente responden a una vinculación convencional previa, es más, se los regula con motivo de las prestaciones mutuas con motivo de la acción reivindicatoria, sin perjuicio de lo cual se le reconoce aplicación general (art. 669, 904, 1266, 1687, 1890 y otros del Código Civil). La indemnización indudablemente está referida tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual, no se restringe a una especie de ellas la reserva, se utiliza la expresión en términos amplios.

Al tratar esa disposición, la Comisión Mixta deja constancia de lo siguiente: ?Se modificó el inciso 2º de manera que no pueda dudarse que el nuevo juicio a que se refiere sólo tiene por objeto la determinación de la cantidad debida por frutos o perjuicios y la fijación de las bases para la liquidación de ellos, sin que sea lícito en ningún caso abrir discusión sobre el derecho de cobrarlos. El artículo quedó en los términos que se copiarán (diciendo al final: `podrá reservarse a las partes su derecho para establecer estos puntos?).

En el artículo 195 del Proyecto de 1893 se logra acuerdo para redactar el artículo en los términos en que es aprobado.

La Comisión Mixta al tratar el artículo se deja constancia de lo siguiente: ?El señor Bañados Espinoza estima útil la innovación que contiene el inciso 1º; pero cree que la frase final del segundo puede

facilitar la iniciación de juicios que ha tratado de evitar el inciso anterior. El señor Riesco observa que el inciso 2° se coloca en el caso que no haya sido determinadamente discutida en el juicio la naturaleza y estimación de los perjuicios, y que, en este caso, no ha podido hacerse otra cosa que reservar a las partes su derecho para discutirlos por separados. Es entendido que muchas veces podrá ventilarse esta cuestión como un incidente de la ejecución del fallo, y que sólo será materia de un juicio diverso cuando en el curso de la causa no se hubiese litigado sobre ella y no se produjeran, en consecuencia, antecedentes para determinar los perjuicios y apreciar su cuantía. Así lo juzga también la Comisión y en esta inteligencia se aprobó el artículo del Proyecto? (Santiago Lazo, Los Códigos Chilenos Anotados, Código de Procedimiento Civil, Poblete Cruzat Hnos., 1918, página 175).

Sobre el punto en comento puede citarse, además, la reciente doctrina del Profesor Enrique Barros Bourie, quien expresa lo siguiente, sobre la base del epígrafe ?706. Reserva de la determinación del monto de la obligación para el momento de la ejecución de la sentencia que declara el derecho a la indemnización. De acuerdo con una antigua doctrina procesal, la norma del artículo 173 II (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil sólo resultaría aplicable en materia de responsabilidad contractual. Se justificó tradicionalmente esta diferencia en la supuesta particularidad de la responsabilidad extra contractual, que daría a los jueces facultades soberanas para apreciar la extensión del daño y determinar el monto de la indemnización, aunque no se hayan fijado las bases para esa determinación. En definitiva, se asume que la ley no ha establecido reglas que deben o bservarse por los jueces para determinar el monto de los perjuicios, lo que vale especialmente para la determinación del daño moral; de ello se sigue que carece de sentido distinguir entre la procedencia de la reparación indemnizatoria y la discusión posterior respecto de su naturaleza y monto?.

?En verdad, también en materia de responsabilidad extracontractual

se plantea la diferencia entre las condiciones generales de la responsabilidad (hecho culpable que causa daño) y la determinación en concreto del daño indemnizable y su evaluación, de modo que no hay razón de principio que justifique un trato diferente. Por otro lado, la norma legal del artículo 173 II (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil no distingue entre ambos tipos de responsabilidad y su ratio juris es aplicable por igual a una y otra, porque persigue evitar una prueba circunstanciada de los prejuicios, en circunstancias en que aún no se ha decidido si el demandado será hecho responsable. La tendencia jurisprudencial parece indicar una progresiva aceptación de esta doctrina, que autoriza la postergación de la determinación de la naturaleza y monto de los prejuicios extracontractuales para un juicio diferente o para un incidente de ejecución del fallo? (Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, página 920).

Trigésimo octavo: Que tanto la doctrina como la jurisprudencia han distinguido dos grandes tipos de pretensiones que dan origen a igual naturaleza de sentencias civiles: de cognición y ejecución, que por su parte, estas últimas, pueden ser desestimatorias o estimatorias. Las primeras se dividen en declarativas, constitutivas y de condena. La ?sentencia definitiva declarativa estimatoria civil es aquella por la cual el tribunal, estimando fundada la pretensión extraprocesal, declara acerca de la existencia o inexistencia (según sea lo pretendido) de una situación jurídica?, ?estas pretensiones (y sentencias) tienen como especial característica la de que basta una declaración del tribunal para que sean satisfechas?, ?sólo se limitará a declarar certeza sobre un estado o situación determinada?, tiene su origen en el artículo 256 de la ordenanza procesal alemana de 1877 que dispuso: ?Se podrá demandar la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica o el reconocimiento de la autenticidad o la declaración de falsedad de un documento, si el demandante tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o la falsedad de un documento sea declarada inmediatamente por resolución judicial?, sin



perjuicio de encontrar sus antecedentes en las instituciones romanas de las formulas prejudiciales, conforme lo enseñan Scialoja, Alsina y Chiovenda.

La ?sentencia definitiva estimatoria constitutiva civil es aquella por la cual el tribunal, estimando fundada la pretensión extraprocesal, crea, modifica o extingue una situación jurídica?, ?estas pretensiones procesales se llaman constitutivas porque en los tres casos se solicita, en último término, una constitución?, la creación de un estado de cosas inexistentes, puesto que ?si se pide que se modifique una situación, se está reclamando la creación de una nueva en cuanto la anterior sea modificada; si se pide la extinción, se reclama, aunque indirectamente, la constitución de un nuevo estado de cosas?, como por ejemplo si se pide la legitimación de un hijo, la impugnación de la paternidad, la nulidad de un contrato y la prescripción adquisitiva, se dan generalmente cuando el sujeto activo de la pretensión no puede obtener satisfacción de parte del sujeto pasivo de ella, sino por medio de una sentencia del juez. Goldschmidt señala que ?la acción constitutiva es el tipo de una acción sin derecho?, pero lo cierto es que ello puede ser dudoso, por cuanto precisamente es el reconocimiento de un derecho el que lleva a una decisión favorable a los intereses del actor. Lo que ocurre es que por medio de tal sentencia se está creando o interviniendo una situación jurídica que el Derecho no reconocía, por lo que le reserva a los tribunales este poder por consideraciones de seguridad jurídica, cuando una pretensión legítima ha sido infundadamente re

sistida. De lo anterior fluye que en los ejemplos propuestos los efectos no se retrotraen en el tiempo, sin perjuicio de las prestaciones mutuas a que den origen.

La ?sentencia definitiva estimatoria civil de condena es aquella por la cual el tribunal, decidiendo que la pretensión extraprocesal es fundada y condenando al demandado a una prestación determinada que (su objeto) puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa, ordena su efectivo cumplimiento?. Generalmente las acciones declarativas y constitutivas llevan aparejadas una de condena (Avsolomovich, Lürs y

Noguera, Nociones de Derecho Procesal, Editorial Jurídica, página 134).

De lo anterior se sigue el hecho que sean los interesados quienes fijan el contorno de sus acciones y aquello que constituye el objeto de sus pretensiones, con lo cual se satisfacen sus intereses. De esta forma es posible litigar sobre la declaración del derecho a obtener una reparación motivada en un delito o cuasidelito, sin litigar sobre la especie y monto de los perjuicios, pero precisando todos los requisitos de la responsabilidad extracontractual. En este caso se estará ante una acción y una sentencia definitiva declarativa estimatoria civil. Litigando, además, sobre la especie y monto se estará ante una acción y sentencia definitiva estimatoria civil, pero de condena a una obligación de dar.

Cuando la autonomía de la voluntad se transforma en la regla de oro de del Derecho, invade el Derecho Procesal, específicamente se transforma de un sistema de catálogo rígido de acciones a uno abierto. Son las partes quienes deciden soberanamente, en el evento de ver sus derechos amenazados, perturbados o conculcados, recurrir al órgano jurisdiccional. Se fijan principios o vinculaciones mínimas de las partes, tales como: propiedad de la acción; libertad de entablar acciones; obligatoriedad de la contienda; efecto relativo del proceso y pasividad del juez. La libertad de entablar acciones da origen a otros principios: a) libertad de planteamiento, que deja en manos de los interesados determinar el momento y oportunidad en que ejercerá su acción o simplemente si no lo hace, limitándose el tiempo en que válidamente puede hacerlo mediante la caducidad y prescripción; b) libertad de argumentación o de configuración interna de la demanda, que permite al afectado exponer al magistrado los antecedentes en que fundamenta su pretensión, y c) libertad de petición, permite a quien acciona precisar aquello que requiere sea declarado por el magistrado al dictar una sentencia favorable a sus pretensiones. Este avance del Derecho Procesal ha permitido distinguir claramente entre derecho, pretensión y acción. El legislador entrega a cada interesado decidir sobre la forma más adecuada en que planteará su

estrategia para obtener ejercicio pleno de sus derechos, como también la reparación o compensación de los mismos, en su caso, sin que se observen razones valederas para limitarlo, con mayor razón en el caso de autos, en que se ha estimado existe un daño ambiental significativo y que la especie y monto de los daños y perjuicios estará referida, como ya se ha expresado, a los hechos consignados en los motivos trigésimo segundo y trigésimo cuarto, esto es, que la conducta de la demandada impidió o frustró a los actores tanto la utilización de las aguas en labores de riego, como para concretar el proyecto `Agroturismo PITAMA?. Puesto que se ha señalado que los perjuicios demandados corresponden al daño producto de la afectación de las aguas del Embalse Pitama, tanto en su pureza como en el descenso de su disponibilidad, producto de lo cual los predios vecinos se han visto perjudicados en su riego. Además, los integrantes de la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama, por iguales causas, han debido abstenerse de concretar proyectos que tenía por objeto obtener legítimos beneficios con la explotación de sus predios.

Trigésimo noveno: Que por haber sido totalmente vencida la demandada, se le impondrá el pago de las costas del juicio.

Cuadragésimo: Que el artículo 57 de la Ley 19.300, establece: ¿Cuando el juez que acoja una acción ambiental o indemnizatoria, deducida en conformidad con lo prevenido en el artículo 53, establezca en su sentencia que el responsable ha incurrido en alguna de las conductas descritas en el inciso primero del artículo anterior, impondrá de oficio alguna de las sanciones que este último enumera?.

Las conductas reprochables aludidas por la norma citada están relacionadas con el incumplimiento de los planes de prevención o descontaminación y de los planes de manejo a que se refiere la Ley 19.300. La misma norma dispone que a los responsables se les sancionará con:

a) Amonestaci f3n;

- b) Multas de hasta mil unidades tributarias mensuales, y
- c) Clausura temporal o definitiva.

En su caso, al momento de imponer las multas y con el objeto de determinar su cuantía, el juez debe considerar:

- a) La gravedad de la infracción. Para tal efecto tendrá en cuenta, principalmente, los niveles en que se haya excedido la norma, o el incumplimiento de las obligaciones establecidas en un plan de prevención o descontaminación, o en las regulaciones especiales para planes de emergencia;
- b) Las reincidencias, si las hubiere;
- c) La capacidad económica del infractor, y
- d) El cumplimiento de los compromisos contraídos en las Declaraciones o en los Estudios de Impacto Ambiental, según corresponda.

Por lo anterior y teniendo en consideración lo razonado en el fundamento décimo tercero, se procederá a imponer la sanción de multa a la demandada, considerando especialmente la gravedad de las infracciones y los demás factores a que se hace mención por la disposición transcrita.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 2314 del Código Civil, Ley N° 19.300 y 197 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decide:

Que se revoca la sentencia apelada de treinta y uno de enero de dos mil cinco, escrita de fojas 459 a 485, en cuanto rechaza, con costas, la demanda de daño ambiental y la acción indemnizatoria interpuesta en lo principal de fojas 29, ampliada a fojas 36, por Jorge Manuel Echaurren Vial, en representación de la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama y en su lugar se resuelve:

A.- Que se acoge la acción ambiental deducida, sólo en cuanto se declara que la demandada Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico Sociedad Anónima, representada legalmente por Mauricio Gatica

Sotomayor, debe cumplir los compromisos medioambientales adquiridos. Para ello, bajo la supervisión de la autoridad medioambiental y con la posibilidad que la demandante designe un inspector técnico, implementará las acciones necesarias para efectuar un proyecto y posteriormente ejecutarlo que satisfaga los siguientes requerimientos, todo en un plazo no superior a un año:

1. Eliminar el embancamiento del Embalse Pitama;
2. Realizar un trabajo de limpieza de residuos y purificación del agua de dicho embalse;
3. Afianzamiento y reapertura de taludes para afianzar la tierra superficial depositada con motivo de las construcciones llevadas adelante por la demandada;
4. Extracción de los residuos sólidos depositados en los cauces naturales del Embalse Pitama;
5. Recoger todo el material que ha originado la evolución del frente del botadero y redepositarlo en un lugar apropiado, que no origine contaminación;
6. Llevar a cabo un sistema de escurrimiento de aguas a nivel superficial, definido de modo que haya un sector o flanco donde se recojan las aguas y se conduzcan en forma segura;
7. Estructurar un efectivo sistema de drenaje o saneamiento del botadero, con drenes, fosos y contrafosos suficientes e impermeabilizados que permita que el botadero se mantenga seco, sin lagunas interiores, sin cárcavas, ni surcos de erosión, ni careado o agrietado en su frente;
8. Reforzar la base del botadero;
9. Realizar un programa de revegetación y reforestación efectivo, y
10. Cumplir con todas las medidas de prevención, mitigación y reparación señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental.

B.- Que se acoge la demanda indemnizatoria, debiendo la demandada pagar los perjuicios derivados de su actuar, derivados de la falta de riego de los predios de propiedad de los integrantes de la Asociación indicada, como los derivados de la imposibilidad de concretar el denominado ?Centro Recreacional Embalse Pitama?, cuya especie y monto se reserva para ser discutido en la etapa de cumplimiento del fallo o en otro juicio diverso.

C.-Que se condena al pago de las costas del juicio a la demandada.

D.- Que se impone el pago de una multa de cien unidades tributarias mensuales a la demandada, Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico Sociedad Anónima.

Acordada con el voto en contra de los señores Carreño y Pierry, quienes fueron del parecer de confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto niega lugar a la acción de indemnización de perjuicios particulares interpuesta en autos por la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama, por las siguientes razones:

1°: Que no se acreditó la relación de causalidad entre los perjuicios derivados de la falta de riego de los predios de propiedad de los integrantes de la asociación indicada, como tampoco los derivados de la imposibilidad de concretar el denominado ?Centro Recreacional Embalse Pitama?, con el actuar de la demandada, esto es, que aquéllos sean consecuencia directa y necesaria del incumplimiento de los deberes de la demandada.

2°: Que en este mismo sentido, habiéndose reservado la determinación de la especie y monto de los perjuicios a indemnizar para la etapa de cumplimiento del fallo u otro juicio diverso, se hace necesario revisar lo dispuesto por el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil y determinar si la aplicación del mismo es posible o no en un juicio de la naturaleza del de autos.

El artículo 173 del código de enjuiciamiento civil prescribe que "Cuando una de la partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia. En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso."

3º: Que cabe precisar varios conceptos a propósito de la citada norma. En primer lugar, que ella plantea dos hipótesis distintas, dependiendo de si en el juicio de que se trate se litigó o no sobre la especie y monto de los perjuicios cuyo resarcimiento se demanda. En el primer caso - regulado en el inciso primero- el actor los probará conforme a las reglas generales o, a lo menos, acreditará las bases para su liquidación.

En el segundo caso -tratado en el inciso segundo- tiene lugar la reserva del derecho a discutir la especie y monto en una etapa posterior al juicio, cual es la de cumplimiento de la sentencia que en él recaiga.

4º: Que en la especie, siendo el daño o perjuicio uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual invocada -y supuesto necesario y esencial de la misma- debe ser acreditado oportunamente -en el juicio en el cual se demanda- en todos sus aspectos, esto es, naturaleza, especie y monto para que el hecho antijurídico, doloso o culpable dé origen a aquélla. Sin su concurrencia, no puede surgir la obligación de indemnizar. La mera existencia de la conducta antijurídica y del dolo o la culpa, sin que se pruebe el daño o perjuicio causado, carece de toda relevancia y aptitud para generar efectos civiles. Además, si en el juicio no se comprueba la existencia del daño o perjuicio no cabe verificar la concurrencia de la relación

n de causalidad entre la conducta dolosa o culposa y el daño, ya que si no se sabe cuál es el perjuicio sufrido mal puede saberse si está unido causalmente con el hecho doloso o culposo, lo que impide por cierto dar por establecida esta clase de responsabilidad.

5°: Que de lo anterior se colige que en un juicio que tiene por objeto discutir la obligación de indemnizar perjuicios en sede de responsabilidad extracontractual, si éstos no son alegados y comprobados -lo que supone litigar sobre su especie y monto o al menos sobre las bases que sirvan para su liquidación-, jamás podría acogerse la demanda, porque faltando uno de sus elementos esenciales dicha responsabilidad civil no queda configurada y su existencia no puede ser declarada. El daño pasa a ser así un presupuesto ineludible de la acción, como lo es también la existencia de relación causal entre los actos u omisiones del demandado y éstos.

6°: Que lo anterior se desprende claramente de diversas disposiciones sustantivas. El artículo 1437 del Código Civil establece las fuentes de las obligaciones, entre las que menciona a las que nacen "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos", lo que trae como corolario que sin daño o perjuicio no nace la obligación. A su turno, el artículo 2314 del mismo cuerpo legal reitera el mismo concepto cuando impone la obligación de indemnizar al "que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro". Otro tanto ocurre con los artículos 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332 y 2333 del citado Código.

7°: Que, en consecuencia, no es aplicable la reserva a que se refiere el inciso segundo del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil en sede de responsabilidad extracontractual, toda vez que la acreditación del daño o perjuicio es presupuesto esencial para el nacimiento y declaración de responsabilidad del demandado, y la referida reserva implicaría eximirse de acreditar el daño o perjuicio.



8°: Que en este sentido no procede declarar la obligación de indemnizar sin que se encuentre probado el elemento esencial de la responsabilidad extracontractual, cual es el daño o perjuicio, por lo que no puede darse lugar a la demanda en este capítulo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Muñoz y del voto en contra el Ministro señor Pierry.

Rol N° 396-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz, Sra. Margarita Herreros, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma la Ministra Sra. Herreros y el Abogado Integrante Sr. Mauriz, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios la primera y por estar ausente el segundo. Santiago, 20 de abril de 2011.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veinte de abril de dos mil once, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

