

Antofagasta, a diez de noviembre de dos mil veintiuno

**VISTOS:**

1. Con fecha 11 de mayo de 2021, comparecen los Sres. **JACOBO ABRAHAM VENTURA SVIGILSKY, DANIEL ALEJANDRO VENTURA SVIGILSKY** e **ITZJAK BENYAMIN VENTURA SVIGILSKY** (en adelante indistintamente “los reclamantes” o “la actora”) representados por los abogados Sr. Ezio Costa Cordella, Sra. Victoria Belemmi Baeza, y Sra. Antonia Berríos Bloomfield, todos con domicilio para estos efectos en calle Mosquito 491, of. 312, comuna de Santiago, quienes interpusieron reclamación judicial de conformidad a lo previsto en el artículo 17 N° 3 de la Ley N°20.600, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE** (en adelante “la reclamada” o “la SMA” o “SMA” indistintamente), por la dictación de la Resolución Exenta N°812 de fecha 9 de abril de 2021, en virtud de la cual archivó la denuncia presentada con fecha 4 de octubre de 2013 por los reclamantes.

2. En consecuencia, los reclamantes solicitaron dejar sin efecto la referida Resolución Exenta N°812 y, en definitiva, ordenar que se sancione a Minera Los Pelambres (en adelante “MLP”, o “Pelambres”) por el incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N°38/2004, en relación al respeto de los usos de aguas del estero Pupío o, en su defecto, ordenar a la SMA fiscalizar y abrir el procedimiento sancionatorio correspondiente o, en subsidio, se ordenen las medidas que en derecho correspondan, todo lo anterior con costas.

3. Con fecha 10 de junio de 2021, la abogada Sra. Pamela Torres Bustamante, en representación de la **SMA**, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, procedió a informar los motivos y fundamentos de la Resolución Exenta N°812 (en adelante la “Res. Exenta N°812/2021”), solicitando el rechazo de la acción de reclamación deducida por considerar que dicha resolución exenta es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condena en costas.

4. Con fecha 01 de julio de 2021, y conforme a lo dispuesto en el artículo 23 inciso final del Código de Procedimiento Civil comparece don Javier Vergara Fisher, abogado, en representación de **Minera Los Pelambres**, persona jurídica del giro de su denominación, ambos domiciliados para estos efectos en calle Badajoz N°45, piso 8, comuna de Las Condes, Santiago, titular del proyecto minero denominado “Proyecto Integral de Desarrollo” (en adelante “el Proyecto” o “PID”), en su calidad de tercero coadyuvante de la parte reclamada.



## **I. Antecedentes del acto administrativo reclamado**

5. Consta en el expediente administrativo acompañado en autos que con fecha 4 de octubre de 2013 los reclamantes presentaron una denuncia ante la Superintendencia del Medio Ambiente, la que fue ingresada bajo el número 452-3, dirigida en contra de Minera Los Pelambres por un supuesto incumplimiento a la obligación de asegurar el caudal asociado a los usos históricos en el estero Pupío, con ocasión de la construcción y operación del tranque de relaves “El Mauro”. En efecto, manifiestan ser dueños de derechos de aprovechamiento de aguas que provienen del cauce natural denominado estero Pupío y que captan mediante el canal “Cavilolén”, cuya bocatoma está situada aproximadamente a 1,5 km aguas debajo de la confluencia con la quebrada El Membrillo.

6. Precisan que desde el año 2010 aproximadamente y hasta la fecha, el caudal del estero Pupío se ha reducido a un promedio de 0,002 m<sup>3</sup>/s, mientras que en el sector donde se encuentran sus derechos de aprovechamiento de aguas, el caudal es inexistente. Lo anterior, a juicio de los reclamantes, podría constituir una infracción a la obligación prevista en el punto 5.9 de la Resolución Exenta N° 299/04, de fecha 30 de diciembre 2004, de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), toda vez que Minera Los Pelambres se comprometió a asegurar los caudales aguas abajo asociados a los “usos históricos”, cuestión que no habría ocurrido en la especie. De esta forma, sus derechos se habrían visto sistemáticamente afectados por dicho incumplimiento.

7. Mediante la Res. Exenta N°812, de 09 de abril de 2021, la SMA procedió a archivar la denuncia referida, en conjunto con otras 11 denuncias presentadas en contra del proyecto del titular.

8. La referida Res. Exenta N°812/2021 precisa en sus considerandos 5° a 8° que, en virtud de las actividades de fiscalización desplegadas con fecha 28 y 31 de julio y 18 y 20 de agosto de 2014, y la información entregada por la DGA en su Ordinario N°489 de fecha 5 de julio de 2013, fue posible concluir que el proyecto minero en referencia se encontraba operando conforme a las exigencias ambientales que lo regulan. Por esta razón la SMA procede a descartar el mérito de la denuncia y a disponer su archivo.

9. La resolución reclamada fue notificada a los denunciantes (reclamantes de autos) mediante carta certificada, con fecha 20 de abril de 2021, no deduciéndose recurso de reposición.

## **II. Antecedentes de la reclamación judicial**

10. A fs. 1, consta la reclamación judicial interpuesta por JACOBO ABRAHAM VENTURA SVIGILSKY, DANIEL ALEJANDRO VENTURA SVIGILSKY, y ITZJAK BENYAMIN VENTURA SVIGILSKY, dirigida en contra de la Res. Exenta N°812/2021, dictada por EMANUEL IBARRA SOTO, Fiscal de la SMA. Los reclamantes solicitaron tener por interpuesta la referida reclamación, acogerla a trámite, dejar sin efecto la Resolución Exenta N°812 del 9 de abril de 2021, dictada por la SMA y, en definitiva, se sancione al titular Minera Los Pelambres por el incumplimiento en lo establecido en su RCA sobre el respeto de los usos de aguas del estero Pupío, o en su defecto, ordenar a la SMA fiscalizar y abrir el procedimiento sancionatorio correspondiente, o en subsidio se ordenen todas las medidas que en derecho correspondan, todo lo anterior con costas.

11. A fs. 475, el Tribunal admitió a trámite la referida reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

12. A fs. 477, la reclamada confirió patrocinio y poder, acompañó documentos y solicitó la ampliación del plazo para evacuar el informe, el que fue concedido mediante resolución de fecha 31 de mayo de 2021, en los términos solicitados.

13. A fs. 488, la reclamada acompañó documentos y evacuó su informe, solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, con costas.

14. A fs. 9219, el Tribunal tuvo por evacuado el informe de la reclamada.

15. A fs. 9220, el Sr. relator certificó que la causa se encontraba en estado de relación.

16. A fs. 9221, se trajeron los autos en relación.

17. A fs. 9223, el abogado Sr. Javier Vergara Fisher, en representación de la sociedad Minera Los Pelambres solicitó hacerse parte en calidad de tercero independiente y, en subsidio, en la calidad que el Tribunal determine.

18. A fs. 9234, resolviendo la solicitud de hacerse parte del tercero, el Tribunal la acoge, sólo en cuanto se le tiene por tercero coadyuvante de la reclamada.

19. A fs. 9236, se fijó la vista de la causa para el día miércoles 04 de agosto de 2021, a las 15:00 horas, por videoconferencia.

20. A fs. 9.978 consta que con fecha 04 de agosto de 2021 se llevó a efecto la vista de la causa. Alegó por la parte reclamante, Sr. Ezio Costa Cordella; por la parte

reclamada, Sra. Pamela Torres Bustamante; y, del tercero coadyuvante de la parte reclamada, Sr. Javier Vergara Fisher.

21. A fs. 9.979, consta certificado de acuerdo.

22. A fs. 9.980, el Tribunal designó como redactor de la sentencia al Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

## **CONSIDERANDO:**

### **I. Argumentos de la reclamante**

**Primero.** Los reclamantes refieren ser dueños de un predio ubicado en el camino a Caimanes, en la comuna de Los Vilos, de una superficie de 4.441 hectáreas, y de derechos de aprovechamiento de aguas correspondientes a 127,40 acciones, que provienen del cauce natural del estero Pupío, y que son captadas en el canal Cavilolén.

Asimismo, indican que el “Proyecto Integral de Desarrollo” fue aprobado mediante la Resolución de Calificación Ambiental N°38, de fecha 7 de abril de 2004, de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la Región de Coquimbo. Dicho proyecto considera la construcción y operación del tranque de relaves “El Mauro”, ubicado en la cabecera del estero Pupío, el cual tiene por objeto almacenar los relaves producidos por el concentrador Piuquenes.

Aseveran que de conformidad a lo previsto en la Res. Exenta N°38/2004 MLP se comprometió a asegurar los caudales aguas abajo asociados a los “usos históricos” existentes en la zona de intervención, de manera de no afectar los derechos de terceros, conforme a las características e historia del estero.

Sin embargo, la actora acusa que al poco tiempo de iniciada la operación del Proyecto Integral de Desarrollo ya referido, el canal Cavilolén se secó puesto que el estero Pupío no transporta agua a la altura de la bocatoma del canal debido a la intervención de Minera Los Pelambres.

Por este motivo, con fecha 4 de octubre de 2013 los reclamantes presentaron una denuncia a la SMA, con el fin que se revisara la situación y el cumplimiento de la RCA de MLP. Señalan que transcurridos más de 7 años la Superintendencia decidió archivar la denuncia mediante la Resolución Exenta N°812, de fecha 9 de abril de 2021.

**Segundo.** En relación al mérito de la denuncia la actora indica que la Res. Exenta N°812/2021 se sustenta en el artículo 47 inciso 4° de la Ley N°20.417 considerando la SMA que dicha denuncia no revistió la seriedad o mérito suficiente para dar lugar

a un procedimiento sancionatorio.

Acerca de la imposibilidad de ejercer sus derechos de aprovechamiento de aguas las reclamantes reiteran que estos se han visto perturbados por la disminución y desaparición del estero Pupío desde que el proyecto empezó a operar, esto es, a partir del año 2009. Tal disminución del caudal, a juicio de la actora, se habría constatado en el informe de fiscalización DFZ-2012-506-IV-RCA-IA de la SMA, en el período transcurrido entre los meses de septiembre de 2011 a abril de 2012. Agrega que pese a estar en conocimiento del referido incumplimiento, la SMA no realizó ningún análisis sobre situaciones posteriores. En este sentido, a juicio de los reclamantes, la SMA habría abandonado su deber de velar por el cumplimiento de la RCA.

Sostienen que la interferencia del tranque El Mauro en la cantidad de agua disponible en el estero Pupío habría sido constatada por la Corte Suprema en la causa rol 12.938-2013, a propósito del recurso de casación interpuesto en el proceso sobre denuncia de obra nueva asociada al referido tranque El Mauro, al haber detenido el escurrimiento de al menos el 80% de las aguas subterráneas que alimentan el estero Pupío. También asevera que el canal de contorno del tranque evita que los reclamantes puedan acceder al agua, no dejando que escurran hasta su predio.

En consideración a los antecedentes expuestos, la actora asevera que la denuncia era seria y tenía el mérito suficiente para dar lugar a una fiscalización y permitir la apertura de un procedimiento sancionatorio, más aún considerando la cantidad de denuncias en contra del proyecto y que la disminución de las aguas se ha perpetuado a lo largo de estos 7 años.

**Tercero.** En una segunda alegación, las reclamantes señalan que al no cumplirse con la obligación de garantizar los caudales correspondientes a los derechos de aprovechamiento de terceros, en los términos previstos en la RCA N°38, se está infringiendo el artículo 24 de la Ley 19.300 que obliga al titular de todo proyecto o actividad, durante la etapa de construcción y ejecución del mismo, a someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva.

**Cuarto.** En tercer término, señalan que la resolución reclamada implica un incumplimiento de los deberes de la SMA ya que considerando la gravedad de la infracción denunciada y su fácil constatación, la SMA debió haber adoptado las medidas adecuadas como: a) fiscalizar luego de realizada la denuncia, b) fiscalizar en el terreno donde existen los derechos de agua, c) considerar adecuadamente los caudales del estero Pupío, antes y después de la construcción del proyecto y d)

haber realizado una actualización de la información al año 2021. Agrega que las denuncias solo son una manera de conocer sobre posibles infracciones, recayendo en la SMA el deber de fiscalizar y constatar que los titulares cumplan con los compromisos contemplados en sus RCA.

**Quinto.** Concluyen las reclamantes indicando que la resolución administrativa impugnada adolece de un vicio de motivación al no analizar correctamente la seriedad y el mérito de la denuncia presentada.

## **II. Argumentos de la reclamada**

**Sexto.** La SMA sostiene que la resolución reclamada es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, en consideración a los siguientes argumentos.

Afirma que en el considerando 11.3 de la RCA 38 se estableció que MLP debía restituir los caudales históricos del estero Pupío en un punto ubicado aguas abajo del muro del depósito de relaves El Mauro y, con dicho objeto, construir un sistema de desviación, manejo y entrega de aguas superficiales compuesto por un canal de contorno y un tranque o embalse de cola.

Indica que mediante la Resolución N°1791 de 30 de noviembre de 2005, la Dirección General de Aguas (DGA) aprobó el proyecto y autorizó la construcción del depósito de relaves El Mauro. En dicha resolución se dispuso que la interesada debía sujetarse a las Normas Mínimas de Operación del Depósito de relaves El Mauro (NMOM) donde se establecen las condiciones de operación de las obras asociadas al referido depósito de relaves y un sistema de medición de caudales, niveles freáticos y calidades, para el resguardo de los derechos de terceros, cuya información debe ser entregada a la DGA cada seis meses, y un informe consolidado anualmente.

Para el cumplimiento de esta obligación, la DGA estableció que se utilizarán como referencia los caudales registrados en las mediciones efectuadas por este mismo organismo del Estado durante el año, asociados a las condiciones hidrológicas correspondientes. De esta forma, señala la SMA, la obligación de restitución de aguas al estero Pupío es una obligación que se renueva todos los años en virtud de la estimación del año hidrológico que efectúa la DGA y, por lo tanto, no cualquier disminución de caudal en el punto de restitución constituye una infracción.

**Séptimo.** En materia de fiscalización, la Superintendencia sostiene que ha estado permanentemente supervisando la obligación de restitución de aguas al estero Pupío, en coordinación con la DGA, no habiendo constatado ningún incumplimiento por parte de la empresa. En este contexto la SMA hace referencia a los procesos



de fiscalización e inspección ejecutados los años 2013, 2014 y 2015 por la División de Fiscalización de la SMA al tranque de relaves El Mauro, con especial mención al resultado de los análisis efectuados por la DGA en los documentos denominados “Listas de Chequeo 3, 4 y 5”.

Señala que no habiéndose constatado incumplimientos por parte de la empresa a la época de la presentación de la denuncia interpuesta por los reclamantes, como a la fecha de la dictación de la resolución reclamada, no resulta procedente iniciar un procedimiento sancionatorio en su contra por los hechos denunciados.

**Octavo.** En relación al retraso de la SMA para proceder al archivo de la denuncia y la motivación de la resolución reclamada señala que es de público conocimiento que la SMA cuenta con un pasivo de denuncias importante, lo que no significa que dicho Servicio no se encuentre trabajando en procesarlas y tramitarlas debidamente. La resolución reclamada formó parte del Programa de Gestión de Denuncias – que a su vez se enmarca en un Plan de Acción que busca mejorar todos los procesos de la SMA, resolviéndose archivar un total de 12 denuncias asociadas a la Unidad Fiscalizable Minera Los Pelambres.

**Noveno.** Finalmente señala que el retraso denunciado no implicó un vicio que haya recaído en algún requisito esencial del acto, ni tampoco ha generado algún perjuicio para los reclamantes ya que los hechos denunciados, al momento de presentarse la denuncia como también al momento de dictarse la resolución reclamada, no han tenido mérito para configurar una infracción de competencia de la SMA. Por lo tanto, en virtud del principio de conservación del acto administrativo, el atraso invocado por los reclamantes no resulta un vicio que justifique la nulidad del acto.

**Décimo.** En relación a la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en causa rol Nº12.938-2013 citada en la reclamación, la SMA sostiene que dicho fallo dice relación únicamente con la calidad de las aguas del estero Pupío. Asevera que la Corte Suprema no se pronunció acerca de la obligación de restitución.

### **III. Argumentos del tercero coadyuvante de la reclamada**

**Undécimo.** El tercero coadyuvante de la parte reclamada se refiere en primer término al escenario extraordinario de escasez hídrica que afecta a la zona norte y centro del país, y a la cuenca del estero Pupío específicamente. Dicha situación se ratificaría con la declaración de Zona de Escasez Hídrica de las comunas de Illapel, Los Vilos y Salamanca, y la declaración de Zona de Catástrofe por sequía de la región de Coquimbo.

También se refiere a la calidad de empresarios forestales de los reclamantes y a la inactividad que han presentado en la tramitación de la denuncia.

**Duodécimo.** Asimismo, hace presente -en términos similares a los expuestos por la SMA- respecto a la descripción y alcances de la obligación que le corresponde a Minera Los Pelambres en orden a resguardar la disponibilidad de aguas asociada a los derechos de terceros, de acuerdo a la RCA 38 y a las Normas Mínimas de Operación.

**Decimotercero.** Como antecedentes de fondo el tercero precisa que la reclamación debe ser rechazada por las siguientes razones:

- a) La SMA ejerció sus facultades de fiscalización en los años 2013, 2014 y 2015 para corroborar el mérito de las denuncias.
- b) La resolución reclamada cumplió con el estándar para el archivo de las denuncias, según los requisitos legales y jurisprudenciales que se indican.
- c) No existe una vinculación causal entre el cumplimiento o incumplimiento de las Normas Mínimas de Operación y la situación descrita por los reclamantes toda vez que el canal Cavilolén se encuentra fuera del área de influencia del proyecto. Al respecto sostiene que la cuenca del estero Pupío tiene una extensión de 693 km. y la distancia entre el punto de restitución de aguas y el punto donde se ubican los derechos de aprovechamiento de aguas en el canal Cavilolén de los reclamantes es de a lo menos de 28,9 kilómetros. Agrega que el estero Pupío recibe el aporte de varias quebradas menores que tributan agua sólo cuando se producen precipitaciones y que el emplazamiento del proyecto interviene un área cuyo aporte a la cuenca del estero Pupío corresponde a tan solo un 2,9%.
- d) La reclamación adolece de falencias que justifican su rechazo ya que los hechos descritos exceden lo denunciado el año 2013, vulnerando el principio de congruencia; además, la reclamación ha perdido objeto en atención a que la denuncia es de hace casi una década atrás y la SMA actualmente se encuentra fiscalizando el cumplimiento del considerando 11.3 de la RCA, tal como consta del requerimiento de información efectuado a la DGA con fecha 15 de abril del año en curso, y porque el petitorio excede las facultades revisoras del Tribunal Ambiental vulnerando el artículo 30 de la Ley 20.600 al solicitar a esta magistratura se ordene sancionar a Minera Los Pelambres, tal como consta en su petitorio.

#### **IV. Determinación de las controversias**

**Decimocuarto.** Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y las alegaciones y defensas de la parte reclamada como, asimismo, del tercero coadyuvante, se han determinado las siguientes controversias:



- A. Cumplimiento del deber de fiscalizar por parte de la SMA. Seriedad y mérito de la denuncia.
- B. Motivación de la Resolución Exenta N°812/2021.

**Decimoquinto.** En relación con la facultad de fiscalización y sanción de la Superintendencia del Medio Ambiente y el marco regulatorio aplicable, cabe señalar primeramente que dicha potestad forma parte de la denominada actividad de policía conferida por la ley a la Administración para investigar y sancionar determinadas infracciones, con el objeto final de resguardar el medio ambiente.

Como es posible advertir, la ya referida actividad de policía está compuesta a su vez de dos funciones o potestades claramente distinguibles, estas son, la de fiscalización y la de sanción.

En efecto, el artículo 2 de la LOSMA dispone que “la Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”.

La fiscalización de los referidos instrumentos de gestión ambiental considera las actividades de inspección, control, medición, requerimiento de información a los sujetos sometidos a la fiscalización y, finalmente, el análisis de la información recopilada, con el objetivo de verificar el cumplimiento de normativa o condiciones de operación.

**Decimosexto.** En el aspecto procedimental y de conformidad con el artículo 47 de la LOSMA, una denuncia puede dar origen a un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de la seriedad y mérito suficiente, de lo contrario, se dispondrá previamente la ejecución de actividades de fiscalización. Sólo en el caso de no existir mérito para fiscalizar o, habiendo agotado la etapa de investigación concluye que no existe mérito para iniciar un procedimiento de sanción, la SMA podrá decretar el archivo de la denuncia. En este caso la resolución deberá ser fundada.

Despejado el marco regulatorio relativo a las facultades de fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente, procede el análisis y desarrollo de las controversias identificadas anteriormente.

### **A. Cumplimiento del deber de fiscalizar por parte de la SMA. Seriedad y mérito de la denuncia**

**Decimoséptimo.** Para los efectos de abordar esta primera controversia es preciso señalar primeramente que la denuncia que origina estos autos es aquella de fecha 04 de octubre de 2013, identificada por la SMA para los efectos del expediente de fiscalización respectivo bajo el número 452-3. Dicha denuncia dice relación con un supuesto incumplimiento de parte de MLP en orden a asegurar los derechos de terceros aguas abajo del tranque El Mauro, asociado al uso histórico del caudal del Estero Pupío.

**Decimoctavo.** En virtud de lo dispuesto en el artículo noveno transitorio de la Ley N°20.417, se estableció que las normas jurídicas relativas a las potestades de fiscalización y sanción de la SMA entrarían en vigencia el mismo día que comenzara su funcionamiento el segundo tribunal ambiental, hecho que acaeció el día 28 de diciembre de 2012. Por su parte, el artículo séptimo transitorio del mismo cuerpo legal dispuso que los procedimientos de fiscalización y sanción iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, seguirían tramitándose conforme a sus normas hasta su total tramitación, a la sazón, artículo 64 de la ley 19.300 en su texto original y posteriormente modificado por la ley 20.417, normas que radicaron dicha competencia en la COREMA y Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA), respectivamente.

**Decimonoveno.** En ese orden de ideas, se hace necesario despejar en esta parte que, cualquier hecho acaecido antes de la precitada fecha, esto es, el día 28 de diciembre de 2012, queda fuera del ámbito de competencia de la SMA y, en consecuencia, de este Tribunal, en la medida que en dicho período las potestades de fiscalización y sanción ambiental se encontraban expresamente conferidas por ley a otros órganos de la administración del Estado.

En virtud de lo anterior, este Tribunal se avocará a revisar únicamente los hechos y acciones ejecutadas por la SMA respecto del período posterior al 28 de diciembre de 2012, y será entonces en función de ese análisis que emitirá su dictamen respecto de la presente controversia.

**Vigésimo.** Cabe anotar que con fecha 29 de abril de 2013, en el marco del proceso de fiscalización DFZ-2013-506-IV-RCA-IA, la SMA procedió a fiscalizar el proyecto, considerándose como una de las materias inspeccionadas el cumplimiento por parte de MLP de lo establecido en el considerando 11.3 de la RCA N°38/2004. Como resultado de dicho procedimiento, la SMA concluyó en general que MLP daba cumplimiento a las exigencias asociadas a la RCA N°38/2004, con la salvedad que

la DGA estimó que era necesario contar con más datos que permitiesen una correcta fiscalización de los parámetros exigidos por las NMOM.

Si bien la fiscalización señalada es de data anterior a la denuncia que da origen al presente reclamo, la SMA igualmente la consideró para los efectos de verificar el mérito de la misma en la medida que dicha fiscalización se avocó al examen de idénticas materias denunciadas anteriormente y en razón además de la proximidad temporal entre unas y otras, lo que parece razonable a la luz del principio de eficiencia si se considera que los años 2014 y 2015 la SMA procedió a ejecutar igualmente nuevas fiscalizaciones al proyecto en donde se incluía también la revisión de los aspectos operacionales ya fiscalizados los años 2012 y 2013.

**Vigésimo primero.** En efecto, durante los días 28 al 31 de julio de 2014 y los días 18 al 20 de agosto de 2014, en el marco del proceso de fiscalización DFZ-2014-61-IV-RCA-IA, la SMA, en conjunto con el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), ambos de la Región de Coquimbo, y el Consejo de Monumentos Nacionales, efectuaron una nueva actividad de inspección al proyecto, no verificándose ningún hallazgo en relación a la obligación de restitución de aguas al estero Pupío, como asimismo en relación a la obligación de asegurar los intereses de terceros.

Por último, con fecha 29 de julio de 2015, en el marco del proceso de fiscalización DFZ-2015-277-IV-RCA-IA, la SMA, en coordinación con DGA, pudo constatar nuevamente que la operación del proyecto para el año hidrológico 2014-2015, se ajustaban a las reglas operacionales y el caudal proyectado, descartándose de esa manera cualquier incumplimiento de MLP a este respecto.

**Vigésimo segundo.** De la revisión de los tres expedientes de Fiscalización señalados precedentemente es posible concluir que la SMA cumplió a cabalidad con el deber que le impone su ley orgánica en orden a fiscalizar aquellas denuncias sometidas a su conocimiento, desplegando para ello sendos procedimientos durante 3 años consecutivos, ninguno de los cuales arrojó hallazgos que le permitieran sostener la apertura de un procedimiento sancionatorio, no siendo por ende efectivo lo alegado por la reclamante en orden a que, no obstante haberse evidenciado incumplimientos respecto del período septiembre 2011 y abril de 2012 (expediente DFZ 2012-506-IV-RCA-IA), no haya perseverado en el análisis de situaciones de incumplimiento acaecidas con posterioridad a ello.

**Vigésimo tercero.** En virtud de las anteriores consideraciones, la presente alegación será desestimada, en la medida que la SMA sí ponderó adecuadamente la seriedad y mérito de la denuncia de autos, desplegando para ello sucesivas

actividades de fiscalización, las cuales arrojaron como resultado en todos los casos la inexistencia de incumplimientos por parte de MLP que hicieren meritoria la apertura de un procedimiento sancionatorio.

## **B. Motivación de la Resolución Exenta N° 812/2021**

**Vigésimo cuarto.** Para los efectos de resolver adecuadamente este punto, el cual se vincula en esencia con la determinación del cumplimiento o incumplimiento por parte de MLP de las exigencias ambientales contenidas en la RCA 38, específicamente aquellas que dicen relación con la obligación de no afectar los derechos de los usuarios del estero Pupío, reproduciendo sus flujos naturales comprometidos aguas abajo del proyecto, se hace necesario precisar primeramente el contenido y alcance de la obligación de restitución de los caudales históricos en el estero Pupío, la cual quedó estipulada en el considerando 11.3 de la RCA.

Al respecto la RCA 38/2004 dispuso lo siguiente:

“Respecto de la cantidad y disponibilidad de las aguas del estero Pupío.

[...] Para ello se construirá un tranque de aguas en la cola del depósito de relaves, que acumulará excedentes de aguas superficiales no utilizadas y permitirá la redistribución del uso histórico de aguas superficiales del fundo El Mauro.

[...] El titular considerará la restitución de los caudales históricos del Estero Pupío, en un punto ubicado aguas abajo del muro del depósito de relaves “El Mauro”, con lo cual MLP se compromete en asegurar la preservación de caudales ecológicos, derechos de terceros y usos históricos del Estero Pupío, sean o no susceptibles de regularizar y, por lo tanto, no se verán alterados por la construcción del depósito de relaves y sus obras anexas.

Para restituir los caudales que aporta el área afecta al estero Pupío, el titular ha considerado la construcción de un sistema de desviación, manejo y entrega de aguas superficiales que está compuesto de un canal/tubería de contorno, de un tranque o embalse de cola, [...].

El funcionamiento del sistema propuesto considera la intercepción de las aguas lluvias y las escorrentías superficiales de las laderas en el canal o tubería de contorno, la que se construirá a una altura superior a la cota máxima prevista para la cubeta de relaves. De esta forma las aguas no tendrán contacto con el relave y circularán por el costado del depósito hasta ser descargadas en el punto de entrega en el estero Pupío.

El sistema de desvío estará conectado con el tranque de cola ubicado en la parte posterior del depósito de relaves. De este modo, este sistema podrá igualmente conducir aquellas aguas acumuladas periódicamente con lluvias de invierno, o

liberadas de los usos históricos del Fundo El Mauro, para mitigar los efectos de las obras interceptoras de filtraciones sobre la descarga del acuífero”.

**Vigésimo quinto.** Por su parte, mediante Res. DGA N°1791/2005, de 30 de noviembre de 2005, la DGA aprobó el proyecto y autorizó a MLP la construcción del Depósito de Relaves El Mauro. En dicha resolución administrativa se dispuso que la aprobación del proyecto quedaba condicionada, entre otras cosas, a “[...] que la interesada se sujete estrictamente a las Normas Mínimas de Operación de la obra, adjuntas a la presente resolución, y que forman parte integrante de ella”.

De esta manera, dichas NMOM son, en definitiva, las reglas técnicas que dotan de contenido a la obligación establecida en el considerando 11.3 de la RCA N°38/2004, y las que determinan, en último término, la forma en que esta debe ser fiscalizada.

**Vigésimo sexto.** Para determinar entonces si la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada por parte de la autoridad ambiental, se hace necesario analizar los elementos tenidos a la vista por la autoridad sectorial al momento de aprobar el funcionamiento de las obras hidráulicas señaladas.

En este punto es relevante destacar desde ya que, para los efectos del resguardo de los derechos de terceros, la DGA diferenció a aquellos usuarios que se ubican en la parte superior de la cuenca, que incluye la localidad de Caimanes, de aquellos que se ubican en la parte media e inferior del estero Pupío. Es en este último tramo en donde se ubica la bocatoma del canal Cavilolén, lugar de donde captan las aguas a las que tienen derecho los reclamantes de autos (Figura N°1).

De acuerdo al tenor de la Res. DGA 1791/2005, las NMOM fijan reglas de operación cuyo objeto es el resguardo de los derechos de los usuarios ubicados en el tramo superior del estero Pupío. Para el sector correspondiente al curso medio e inferior, la DGA estimó que el proyecto no tendría impactos significativos que alteraren sus condiciones naturales, en la medida que las obras se construyeran de acuerdo con el proyecto aprobado y que la operación del sistema se realizara de acuerdo a las condiciones indicadas en las NMOM.

Así entonces, la obligación de la SMA consistía en verificar estos dos aspectos, esto es, la construcción y operación de las obras de acuerdo a lo dispuesto por la autoridad sectorial, no correspondiéndole en consecuencia extender su fiscalización a otros elementos de la cuenca que excedan a lo regulado en el instrumento de gestión ambiental, en la medida que ello corresponde a una potestad esencialmente sectorial, radicada en la DGA, en razón de la especialidad del bien jurídico.



Figura N°1.



**Vigésimo séptimo.** De las fiscalizaciones realizadas por la SMA durante los años 2013, 2014 y 2015, se pudo constatar por parte de la SMA que MLP dio estricto cumplimiento a la construcción de las obras contempladas en la RCA 38/2004, y a las reglas de operación contempladas en la Res DGA 1791/2005.

**Vigésimo octavo.** Que, para llegar a esta última conclusión, la SMA tuvo a la vista que el volumen de agua pasante debe permitir reproducir los flujos naturales comprometidos aguas abajo del proyecto, los que se estiman de acuerdo a los registros de la estación fluviométrica estero Pupío ubicada en el sector el Romero, para lo cual la DGA estableció que se utilizaría como referencia los caudales registrados en las mediciones efectuadas por la autoridad durante el año, asociados a las condiciones hidrológicas correspondientes.

De esa manera entonces la obligación de restitución de aguas al estero Pupío es una obligación que se renueva todos los años en virtud de la estimación del año hidrológico que efectúa la propia DGA, por lo que el solo hecho de que el caudal disminuya en el punto de restitución no debe considerarse como una infracción a esta obligación, en la medida que ello siempre deberá ser analizado en función de la probabilidad de excedencia determinada por la DGA para el año respectivo.



**Vigésimo noveno.** En efecto, de acuerdo a la Resolución DGA 1791/05, modificada por las Resoluciones DGA 2558/13 y 127/15, existen dos variables que se deben cumplir anualmente en los meses de invierno (mayo-agosto), según el año hidrológico calculado por la DGA.

La primera de estas dos variables es el volumen pasante, consistente en el caudal que se aporta al estero Pupío con aguas provenientes de los canales de contorno o del embalse de cola, aporte que se mide en la estación estero Pupío antes de la quebrada de Llau – Llau.

La segunda variable es el volumen embalsado, que es aquel que se genera por los canales de contorno, obras de captación de las aguas superficiales generadas en las cuencas aportantes al tranque El Mauro y que son direccionadas al embalse de cola, siendo el objetivo de este embalse, poder regular los flujos de aguas naturales y desrripirlas para ser restituidas al estero Pupío.

Tanto el volumen pasante como el volumen embalsado se obtienen de los caudales registrados por la DGA durante el año hidrológico, es decir, a finales del mes de agosto de cada año se determina por parte de la DGA los volúmenes pasantes en la estación estero Pupío antes de la quebrada Llau Llau y de acumulación en el embalse de cola, correspondiente a los meses de invierno (mayo-agosto).

Dichos volúmenes así determinados permiten reproducir los flujos naturales comprometidos aguas abajo del proyecto, quedando la obligación de restitución de aguas al estero Pupío, como una obligación que se renueva todos los años en virtud de la estimación del año hidrológico que efectúa la DGA.

**Trigésimo.** Asimismo, en función de dicha estimación hidrológica anual se establecen los volúmenes pasantes y embalsados de acuerdo al estadístico denominada probabilidad de excedencia, el cual consiste en la probabilidad de que un evento definido, o caudal de crecida sea igualado o excedido, en función de un porcentaje, que para el caso de autos fue fijado por la DGA, luego de su última revisión, en 50% y 80%.

Así, si la probabilidad de excedencia es igual a un 50%, el volumen pasante para los meses de invierno será de 151.363 m<sup>3</sup>, mientras que si la probabilidad de excedencia es igual a un 80% el volumen pasante será de 54.387 m<sup>3</sup>.

Lo mismo ocurre para el caso del volumen acumulado en el embalse de cola, en donde resulta que si la probabilidad de excedencia es del 50%, el volumen embalsado en el embalse de cola será de 425.851 m<sup>3</sup>, en tanto que para una probabilidad de excedencia del 80%, el volumen embalsado en el embalse de cola

será de 161.979 m<sup>3</sup>.

A continuación, se indican los volúmenes comprometidos según probabilidad de excedencia:

**Tabla N°1.**

<b>Volumen pasante en los meses de invierno mayo-agosto</b>	
<b>Probabilidad excedencia (%)</b>	<b>Volumen (m<sup>3</sup>)</b>
50	151.363
80	54.387

Fuente: Res. D.G.A. N°127/2015, de 21 de enero de 2015.

**Tabla N°2.**

<b>Volumen de invierno acumulado en el embalse de cola</b>	
<b>Probabilidad excedencia (%)</b>	<b>Volumen (m<sup>3</sup>)</b>
50	425.851
80	161.979

Fuente: Res. D.G.A. N°127/2015, de 21 de enero de 2015

**Trigésimo primero.** Ahora bien, de la revisión del proceso de fiscalización DFZ-2014-61-IV-RCA-IA, específicamente de la información aportada por la DGA mediante listas de chequeo N°4 y N°5 correspondientes a la revisión de los Informes de verificación de cumplimiento de las NMOM para el período enero – diciembre 2013 y mayo 2013 – abril 2014, se pudo constatar que tanto los volúmenes pasantes como los volúmenes embalsados en el embalse de cola fueron superiores a aquellos calculados en función de la probabilidad de excedencia para los períodos respectivos, esto es, invierno y verano, no verificándose en consecuencia el incumplimiento a la RCA 38 alegado por la reclamante.

**Trigésimo segundo.** Por su parte, y más allá de no haberse consignado expresamente entre las consideraciones que motivaron la decisión de la SMA en orden a archivar la denuncia que origina estos, cabe señalar que de la revisión del proceso de fiscalización DFZ-2015-277-IV-RCA-IA, específicamente de la información aportada por la DGA mediante lista de chequeo N°6 correspondiente a la revisión de Informe de Cumplimiento N°7 de las NMOM, año hidrológico 2014-2015, se pudo constatar que:

Si bien no se llegó al total de agua a embalsar en el período, el volumen pasante sí superó aquel comprometido de acuerdo a la probabilidad de excedencia de 75% determinada por la DGA para el año 2014, el cual se había fijado en la cantidad de 64.483 m<sup>3</sup>, lográndose en definitiva entre el período mayo a agosto de 2014 un

volumen pasante ascendente a 67.896 m<sup>3</sup>, cumpliéndose en consecuencia con las NMOM en la medida que se reprodujeron los flujos naturales comprometidos por el proyecto.

**Trigésimo tercero.** En virtud de las anteriores consideraciones, este Tribunal concluye que el acto administrativo que dispone el archivo de la denuncia se encuentra debidamente motivado y razonado por la autoridad ambiental, siendo en consecuencia ajustado a derecho, razón por la cual la presente alegación será desestimada.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600; Ley N°19.300; Ley N°19.880, y demás normas legales y reglamentarias ya citadas y aplicables en la especie.

**SE RESUELVE:**

- I. Rechazar la reclamación presentada por los Sres. Jacobo Abraham Ventura Svigilsky, Daniel Alejandro Ventura Svigilsky e Itzjak Benyamin Ventura Svigilsky.
- II. No condenar en costas a las reclamantes, por tener motivos plausibles para litigar.

**Notifíquese y regístrese.**

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez.

**Rol N° R-43-2021**

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Cristián López Montecinos y Sr. Eric Sepúlveda Casanova, los dos últimos subrogando legalmente.



Autoriza el Secretario Abogado (I) del Tribunal, Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a diez de noviembre de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.