

ILUSTRE MUNICIPALIDAD
DE PUERTO VARAS CON ESSAL S.A.:
CRITERIOS PARA DETERMINAR
LA EXISTENCIA DE DAÑO AMBIENTAL

ILUSTRE MUNICIPALIDAD
DE PUERTO VARAS CON ESSAL S.A.:
CRITERIA TO DETERMINE THE EXISTENCE
OF ENVIRONMENTAL DAMAGE

*Alejandra Estay Troncoso**
*Consuelo Toresano Kuzmanic***

RESUMEN: La responsabilidad por daño ambiental se establece a través de la presencia de varios elementos: acción, daño ambiental, relación de causalidad entre la acción y el daño, y dolo o culpa de quien causó la acción. En ese contexto, en el presente trabajo pretendemos analizar los criterios adoptados por el Tercer Tribunal Ambiental en la sentencia caratulada Ilustre Municipalidad de Puerto Varas con ESSAL S.A. para establecer la existencia de dichos elementos en un caso concreto y, por lo tanto, la existencia del daño ambiental, haciendo un comentario crítico a la forma en que dicho Tribunal aborda parte de estos elementos.

PALABRAS CLAVE: daño ambiental, causalidad, significancia, previsibilidad del daño, principio preventivo.

ABSTRACT: The responsibility for environmental damage is established through several elements: action, environmental damage, causal relationship between

* Abogada, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. LLM, Universidad de Georgetown. Su práctica se centra en ambiente y autorizaciones sectoriales, minería, uso de suelos, energía y desarrollo de proyectos industriales. Se especializa en la evaluación ambiental de proyectos y en la defensa administrativa y judicial necesaria para su desarrollo.

**Abogada, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, habiendo cursado el Diplomado en Derecho Administrativo en la misma universidad. Su práctica se concentra en prestar asesoría en materias de derecho ambiental y recursos naturales, contribuyendo al desarrollo de proyectos eólicos, mineros y de saneamiento ambiental.

the action and the damage, and intent or fault of the person who caused the action. This analysis seeks to study the criteria adopted by the Illustrious Third Environmental Court in the ruling: *Ilustre Municipalidad de Puerto Varas con ESSAL S.A.* to establish the existence of such elements in a specific case and, therefore, the existence of environmental damage, making a critical comment to the way the court addressed part of these elements.

KEYWORDS: Environmental damage, Causality, Significance, Predictability of the damage, Preventive principle.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la dictación de la Ley n.º 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), el concepto de daño ambiental ha sido reconocido como un tema fundamental dentro de la institucionalidad y, por ende, necesario de definir, así como también la responsabilidad de quien lo infringe, con el objetivo de instaurar un modelo jurídico que permita establecer un régimen de adecuada tutela del bien jurídico protegido, en este caso, el ambiente.

En este sentido, la propia LBGMA ha establecido un orden de prelación de fuentes normativas, donde es necesario, en primer lugar, recurrir a leyes especiales que traten la materia, para, luego, apelar al régimen ordinario de responsabilidad previsto por los arts. 51 a 63 de este mismo cuerpo normativo.

Al ser este un régimen de carácter especial, la determinación de su naturaleza jurídica específica no ha estado exenta de discusión, así como tampoco la definición de sus elementos esenciales, que necesariamente deben concurrir para poder configurar la responsabilidad ambiental y, en consecuencia, que prospere una eventual acción de reparación:

- i. Acción u omisión que causa el daño.
- ii. Daño ambiental producto de dicha acción u omisión.
- iii. Relación de causalidad entre la acción y el daño y
- iv. Existencia de dolo o culpa por parte del causante del daño.

Sin perjuicio de estos clásicos elementos para analizar la responsabilidad, en materia ambiental también requieren de un análisis especial y diferenciado. En efecto, estos elementos, en materia ambiental, han sido precisados por medio de la jurisprudencia tanto de los Tribunales ambientales como de la Corte Suprema quienes, durante los últimos años, han ido entregando criterios sobre la base de los cuales deben ponderarse conceptos como el carácter “significativo” que requiere el menoscabo o detrimento al ambiente o la “manifestación evidente” del daño sobre la cual se comienza a contar la prescripción de la acción de reparación por daño ambiental, entre otros.

De esta manera, la sentencia que se comenta, precisamente, aborda cada uno de los elementos sustanciales de la responsabilidad por daño ambiental, haciendo un recorrido por cada uno de los criterios que al respecto adopta el Tribunal para configurar dicha responsabilidad, desarrollando puntos interesantes en comparación con el régimen de responsabilidad general en materia civil, razón por la cual se la ha elegido como objeto del presente trabajo. Adicionalmente, consideramos que esta sentencia es de relevancia por los hechos ocurridos en torno a la operación de ESSAL S.A. en 2019 en la Región de Los Lagos, los cuales generaron conmoción en la ciudadanía en el ámbito nacional, dejando a muchas personas de dicha región sin agua potable. Por lo mismo, es de interés analizar la postura del Tercer Tribunal Ambiental frente a otra infracción de esta empresa, siendo, además, una de las únicas dos sentencias en materia de daño ambiental dictadas por el Tercer Tribunal en el año 2019.

2. SÍNTESIS DE LA SENTENCIA

Con fecha 2 de agosto de 2017, la Municipalidad de Puerto Varas interpuso ante el Tercer Tribunal Ambiental una demanda de reparación por daño ambiental en contra de la empresa ESSAL, alegando que esta habría producido daño ambiental al verter aguas servidas sin tratamiento al lago Llanquihue, usando de manera indiscriminada los aliviaderos de tormenta de las Plantas Elevadoras de Aguas Servidas de los sectores de Puerto Chico y Santa Rosa.

Con fecha 8 de agosto de 2019, el Tribunal dictó sentencia condenando a ESSAL a reparar el daño ambiental causado. Para ello, el Tribunal analizó cada uno de los elementos de la responsabilidad por daño ambiental ya mencionados, finalizando con una propuesta de medidas de reparación del referido daño.

Al respecto, señala el Tribunal en los considerandos noveno y trigésimo tercero de la sentencia, que el vertimiento de aguas mixtas al lago Llanquihue por parte de ESSAL ha sido permanente, repetitivo y constante en el tiempo, activando los aliviaderos de tormenta en forma frecuente al menos desde el año 2012 (35 activaciones en el año 2017 y 135 en el año 2018).

En cuanto al daño, el Tribunal concluye que los antecedentes aportados permitían acreditar que el parámetro de coliformes fecales asociados a la bahía de Puerto Varas superaba la norma de calidad primaria para actividades recreacionales con contacto directo (considerando vigésimo cuarto).

Adicionalmente, en relación con actividades recreativas en el agua del lago sin contacto directo, el Tribunal tomó como referencia la NCh. 1333

Of. 87, la cual indica que las aguas para recreación sin contacto directo deben carecer de sólidos flotantes visibles, espumas y sustancias que produzcan olor, todo lo cual si ocurrió en la bahía de Puerto Varas (considerando trigésimo segundo). En esos términos, dispuso:

“TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que, la presencia de heces humanas a simple vista en el agua produce un efecto disuasivo en su uso recreativo, por el riesgo que implica para el ser humano entrar accidentalmente en contacto con ella al desarrollar actividades recreativas sin contacto directo”.

Por lo tanto, el Tribunal concluye que se ha producido una afectación y detrimento al componente agua de la bahía de Puerto Varas del lago Llanquihue, en concreto a las playas Santa Rosa y Puerto Chico, lo cual ha conllevado que estas han perdido su aptitud para el desarrollo de actividades recreativas, con y sin contacto directo, tal como indica en su considerando cuadragésimo sexto:

“CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que, como se ha señalado, como consecuencia de las altas concentraciones de coliformes fecales se produce la pérdida del valor o servicio de uso de carácter recreativo y para deportes acuáticos, con y sin contacto directo, en la bahía Puerto Varas en el Lago Llanquihue; particularmente en las áreas adyacentes a los aliviaderos de Puerto Chico y Santa Rosa”.

A mayor abundamiento, este vertimiento de aguas mixtas al lago ha ocasionado también el deterioro progresivo de los ecosistemas lacustres, toda vez que los antecedentes acompañados al proceso permitirían comprobar el aumento en los parámetros de nitrógeno y fósforo total del lago, los cuales son indicativos de procesos de eutrofización de agua superficial y están muy relacionados con las descargas de aguas servidas. El Tribunal añade que, de no corregirse este fenómeno, podría obligar a declarar la zona como saturada o latente según corresponda (considerandos cuadragésimo primero y cuadragésimo segundo).

Así, el Tribunal caracteriza este daño como significativo, toda vez que no puede considerarse una simple molestia o condición general de la vida en común, si no que contraviene regulación ambiental específica, afectando componentes ambientales. A parte de eso, afirma que el hecho de que la afectación al ambiente sea transitoria no es impedimento para considerarla significativa, toda vez que las molestias ocasionadas a los turistas son lo suficientemente extensas e intensas como para comprometer parte importante del periodo estival, y tampoco existe certeza de que no se seguirán produciendo estas afectaciones en el futuro. Así lo señala en su considerando cuadragésimo noveno:

“CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, en el caso de autos, a juicio de este Tribunal, la circunstancia indicada anteriormente no es impedimento para considerar significativa la afectación del agua como componente ambiental. Ello por dos razones: a) parece evidente que si bien las aguas servidas o mixtas terminan diluyéndose en periodos relativamente cortos de tiempo, ese periodo puede considerarse significativo en el contexto del uso recreacional de las aguas de la bahía de Puerto Varas, que es esencialmente en verano, donde la sola afectación de un día de la bahía podría generar olores y mal aspecto al agua, produciendo desagrado a los turistas, quienes evitarían el sector a futuro (...); b) por otra parte, es cierto que los efectos de la descarga de los aliviaderos de tormenta de febrero de 2017 han desaparecido de la columna de agua (sin perjuicio de su acumulación en los sedimentos); sin embargo, hay antecedentes suficientes para inferir que las descargas y sus efectos se volverán a producir”.

En cuanto al requisito de causalidad, el Tribunal determinó que el efecto en la calidad de las aguas de la bahía de Puerto Varas es causado por las descargas de los aliviaderos de tormenta toda vez que los valores de nitrógeno, clorofila y coliformes fecales aumentan con los aliviaderos abiertos. Por otro lado, aunque existan otras descargas al lago Llanquihue, resulta más probable a juicio del Tribunal que las de ESSAL sean las mayores toda vez que esta empresa recolecta y conduce las aguas servidas de toda la comuna, como se lee de los considerandos octogésimo segundo y nonagésimo primero. Dicha afirmación es fundamentada mediante diversos antecedentes técnicos, que la sentencia describe a continuación:

“OCTOGÉSIMO SEGUNDO. Que, a partir de las figuras presentadas se puede concluir que existe un efecto inmediato en la calidad de las aguas de la bahía de Puerto Varas causado por las descargas de los aliviaderos de tormenta, ya que se comprueba que los valores de nitrógeno, clorofila a y coliformes fecales, aumentan con los aliviaderos abiertos, lo que es coherente con los componentes de las descargas señalados en el considerando Centésimo”.

NONAGÉSIMO PRIMERO. Que, por otro lado, a juicio del Tribunal resulta más probable que la contribución que realiza ESSAL mediante la activación permanente de sus aliviaderos de tormenta, sea mayor que todas las demás descargas que se encuentran en la bahía de Puerto Varas, pues precisamente recolecta y conduce las aguas servidas de toda la comuna, siendo razonable esperar que las otras descargas detectadas sean solo una fracción mínima de lo que es capaz de aportar todo el sistema urbano”.

Por último, en cuanto al elemento de culpa o dolo en la actuación dañina, el Tribunal determina que la conducta de la demanda dista de los estándar

res de diligencia exigibles a un hombre razonable puesto en situación de poner en riesgo la salud de la población. En efecto, en este caso, resultaba exigible una conducta esmerada, con efecto de evitar o disminuir la activación de los aliviaderos y, por consiguiente, el vertimiento de aguas con coliformes fecales (considerando centésimo décimo sexto). Así, pudiendo ESSAL haber adoptado distintas medidas para evitar o disminuir los efectos de estas descargas, no efectuó ninguna de estas. En dicho sentido, no contaba con información precisa respecto a la cantidad de conexiones ilegales a la red, ni de la cantidad de aguas servidas o mixtas que se descargan al lago. Tampoco contaban con plan de desconexiones, plan de monitoreo, plan de mejora de plantas elevadoras de aguas servidas, entre otros (considerando centésimo vigésimo tercero).

A mayor abundamiento, en virtud de los antecedentes presentados, el Tribunal concluyó que es muy probable que la activación de aliviaderos de tormenta se debiera más a la falta de capacidad de las plantas elevadoras de aguas servidas para hacerse cargo de caudales máximos, que al exceso de aguas lluvias en la red de alcantarillados de Puerto Varas (considerando centésimo trigésimo quinto), no habiendo ESSAL tomado medida alguna al respecto.

Por último, el Tribunal consideró que no solo existió una falta de diligencia por parte de ESSAL, sino que, además, se puede constatar la existencia de infracciones a normativa sectorial, como el art. 73 del *Código Sanitario*, que prohíbe las descargas de aguas servidas en masas de aguas que sirvan para proporcionar agua potable, para riego o balneario, sin que antes se haya procedido a su depuración:

“En el caso concreto, además de superarse el parámetro de coliformes fecales de la norma de calidad primaria para actividades recreativas con contacto directo [considerando vigésimo cuarto], también se pudo constatar la existencia de normas sectoriales, destinadas a la protección del medio ambiente, que han sido infringidas”¹.

En consecuencia, el Tribunal condena a ESSAL a reparar el daño ambiental producido de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la Ley n.º 19300, estando obligada la empresa a presentar un plan de reparación de daño ambiental, dentro de los treinta días siguientes a la certificación de ejecutoriada de la sentencia. Adicionalmente, el Tribunal impone a ESSAL varias medidas²:

- i. La disminución del caudal de aguas servidas.
- ii. El aumento de la capacidad de homogeneización de caudales de aguas mixtas para evitar la activación de los aliviaderos.

¹ Considerando centésimo trigésimo octavo.

² Cabe destacar que la sentencia se encuentra firme, no habiéndose presentado recursos de casación tanto en la forma como en el fondo dentro de plazo

- iii. La generación de información para modificar el sistema a largo plazo.
- iv. El monitoreo de medidas adoptadas y
- v. La disminución de los eventos de activación de aliviaderos.

3. COMENTARIO

Esta sentencia es didáctica en establecer los pasos que se requieren para que prospere una acción por daño ambiental. En este sentido, hace una enumeración de los requisitos indispensables que necesariamente deben concurrir para ello, ya mencionados (acción, daño, causalidad entre la acción y el daño, dolo o culpa del actor).

A continuación, nos referiremos a los puntos de interés que ha puesto sobre la mesa esta sentencia, respecto de cada uno de los componentes que se analizaron y que llevaron finalmente a configurar la responsabilidad del demandado por daño ambiental, analizando los criterios adoptados por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental para ello.

a) En relación al detrimento, disminución o menoscabo del ambiente

Sobre este punto, la sentencia señala que en virtud de lo dispuesto en el art. 1698 del *Código Civil*, es aquel que alega la existencia del daño quien debe probarlo, es decir, es el actor quien tiene la carga de suministrar información suficiente que confirme todos los presupuestos de la acción de reparación.

Esto es interesante, ya que la misma sentencia, al analizar los requisitos de manera individual, hace una diferencia entre la información que debe suministrarse al momento de interponer el libelo y luego durante la sustanciación del juicio de daño.

En esta línea, la sentencia señaló que para el Tribunal no es necesaria la descripción precisa, exacta y detallada del daño ambiental en el libelo pretensor, por la dificultad de identificar científicamente de manera correcta el daño. Agrega en el considerando duodécimo:

“someter al actor a la carga de hacer una descripción exacta de los hechos que configurarían el daño ambiental puede implicar un obstáculo insalvable de acceso a la jurisdicción”.

Esto llama la atención, pues como la misma sentencia lo manifiesta, la carga de probar la existencia del daño, proporcionando antecedentes suficientes para ello, es precisamente, del actor, es decir, no se le libera de esta

responsabilidad por el hecho de bajar el estándar de exigencia en una primera instancia. En este sentido, entonces, la sentencia crea una “distinción” entre el nivel de información que debe manejar el demandante al momento de interponer la demanda y luego en la etapa probatoria propiamente tal.

Esto demuestra una flexibilización por parte del Tribunal Ambiental en relación con el acceso a la justicia por parte de la comunidad, sin exigir requisitos rígidos al momento de la interposición de la acción. La misma sentencia refuerza este punto en el considerando decimotercero, al exponer:

“este Tribunal entiende que lo relevante para la determinación –en la sentencia definitiva– de la existencia del daño ambiental, es que éste haya sido alegado y probado, esto es, sometido a un debido contradictorio, más allá de la exactitud y precisión con que se identifique en la demanda, o los términos jurídicos o técnicos que se utilicen”.

En consecuencia, bastaría para ser admitida a trámite, una acción que esboce el supuesto daño ambiental de manera general. Esto es una particularidad del derecho ambiental y obedece a la naturaleza misma del objeto de la demanda de daño ambiental y a la dificultad de manejar desde una etapa temprana toda la información técnica y especialísima necesaria para configurar el daño.

De cierta manera, esta flexibilización en materia ambiental se aleja de aquella “exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho”³ que se exige en la demanda en materia civil, toda vez que en dichos casos es más fácil llegar al nivel de claridad y detalle requerido que en el derecho ambiental. En efecto, la determinación del daño ambiental obedece a criterios muy técnicos, basados en datos complejos de obtener, especialmente para quienes son víctimas de este daño y que la gran mayoría de las veces no son especialistas en las materias que se requieren para comprobar la existencia de dicho menoscabo. Por tanto, es lógico que se haga esta distinción entre el derecho civil y el ambiental a la hora de presentar la demanda por cuanto ambas especialidades obedecen a realidades distintas.

Sin perjuicio de lo anterior, esto debe analizarse con cuidado, pues si no se presentan antecedentes probatorios suficientes durante la tramitación, la demanda de daño ambiental será rechazada. Lo anterior ha ocurrido en una sentencia de este año del Tercer Tribunal Ambiental, en la que se hace referencia, además, a ciertos criterios para establecer la existencia del daño ambiental:

“(…) resulta imposible mensurar o calibrar el daño alegado por los demandantes para efectos de considerarlo significativo, debido a la ausencia de antecedentes probatorios que se refieran a la duración del daño, can-

³ Art. 254 del *Código de Procedimiento Civil*.

tividad, calidad o valor ecológico de los recursos afectados, vulnerabilidad del eco-sistema, y la capacidad y tiempo de regeneración del componente dañado, entre otros”⁴.

En consecuencia, si bien es razonable la laxitud con que los tribunales han decidido declarar admisible una eventual demanda por daño ambiental, el actor debe, durante la sustanciación del proceso, acompañar antecedentes claros y suficientes desde el punto de vista técnico, en orden a que su pretensión sea al final acogida, lo cual también es razonable toda vez que, si bien puede ser difícil obtener dichos antecedentes a la hora de interponer la demanda, es necesario que la responsabilidad por daño ambiental sea acreditada de alguna manera y tenga sustento fáctico.

b) Significancia del daño

Otro punto relevante a destacar tiene relación con el análisis que hace el Tribunal sobre la significancia del daño, es decir, para concluir que el detrimento o menoscabo producido al ambiente sea significativo, de manera que se configure efectivamente el daño ambiental.

Desde el punto de vista doctrinal, Jorge Bermúdez ha entendido la significancia como un umbral sobre el cual el daño se vuelve más allá de lo “aceptable”, señalando:

“Si se admitiera que cualquier daño, por leve que sea engendra responsabilidad ambiental se llegaría a la inoperatividad de la institución, ya que toda actividad humana importa un daño o menoscabo al medio ambiente. (...) Decir que sólo genera responsabilidad el daño significativo importa aceptar que existe una zona gris de actividades dañosas que no llegan a ser de tal trascendencia como para generar responsabilidad”⁵.

Al respecto, es importante recordar que la “significancia” del daño no ha sido definida expresamente en la ley, por lo que su construcción ha sido doctrinal y jurisprudencial, como a continuación veremos. Esto es distinto, como indica Sebastián Luengo, de lo que ocurre en legislaciones comparadas, las cuales sí han desarrollado el concepto de significancia en profundidad, al indicar que un claro ejemplo sería

“...la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de abril de 2004, la cual señala que ‘El carácter

⁴ Tercer Tribunal Ambiental, causa rol n.º D-21-2016, sentencia de 28 de marzo de 2019, considerando cuadragésimo tercero.

⁵ BERMÚDEZ (2018), p. 402.

significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural”⁶.

Por otra parte, Rafael Valenzuela también se ha referido a la dificultad de caracterizar este elemento de “significancia” al apuntar justamente que son los jueces quienes deben señalar caso a caso cuando esta concurre, indicando:

“...la ley no contiene parámetros que permitan una calibración objetiva de la significación de los daños infligidos al medio ambiente, esta determinación queda entregada en definitiva a lo que resuelvan los jueces del fondo, con el margen de subjetivismo y de imprevisibilidad que ello conlleva”⁷.

Así también lo cree Jorge Bermúdez, quien manifiesta que “el umbral de significancia o importancia del daño tendrá que ser fijado en cada caso particular por el juez”⁸.

La sentencia hace eco de dichas opiniones, advirtiendo que esta significancia debe definirla el Tribunal de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, es decir, recurrir a un criterio cualitativo, alejándose del criterio cuantitativo que rige el derecho civil.

En este sentido, el Tribunal estimó que la significancia del daño ambiental no está sujeta a un aspecto de extensión material de la pérdida o detrimento, sino que deben definirse criterios de significancia que se relacionen con el daño específico que se impugna, de manera que estos criterios podrían ser muy relevantes en un determinado contexto, e insignificantes en otro.

Esto está en línea con lo resuelto por la Corte Suprema la cual ha dicho:

“el requisito de que el daño tenga un carácter significativo no está sujeto a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes, sino que debe acudir a una calibración de la significación de los deterioros infligidos a aquel”⁹.

⁶ LUENGO (2017), pp. 42-43.

⁷ VALENZUELA (2010), p. 318.

⁸ BERMÚDEZ (2018), p. 402.

⁹ CORTE SUPREMA (2011), considerando séptimo.

En esos términos, este criterio se ha repetido en una sentencia reciente del máximo Tribunal, en la que se ha destacado que el daño será significativo

“siempre que altere el ecosistema de manera importante, que genere una pérdida cualitativa considerable, aunque sea de baja entidad cuantitativamente hablando”¹⁰.

En iguales términos se refiere Jorge Femenías, quien indica que es posible recoger una serie de criterios jurisprudenciales para la determinación de la significancia del daño administrativo como

“la magnitud del daño, la intensidad del mismo, la sinergia entre daños de poca envergadura que ocasionan un daño de mayor relevancia, la permanencia del daño ambiental o la prevención de un daño significativo futuro”¹¹.

Especialmente este último criterio (la prevención de un daño futuro) es relevante, por cuanto, como veremos, el daño futuro es una preocupación del Tribunal en este fallo, adoptando una serie de medidas para prevenirlo.

Ahora bien, en este caso particular, el Tribunal definió tres criterios para determinar la existencia de daño significativo en el componente dañado (lago Llanquihue):

- i) Afectar su capacidad de proveer servicios ecosistémicos.
- ii) Afectar su capacidad de asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de esos componentes y
- iii) Afectar su capacidad de mantener las condiciones que hacen posible su evolución y el desarrollo de especies y ecosistemas.

Por lo demás, sobre estos tres criterios, el Tribunal aplica un cuarto criterio general: el “daño acumulativo” que considera el impacto incremental que deriva de una determinada acción, de manera que no solo debe tomarse en cuenta el impacto presente, sino, también, debe analizarse cómo la conducta acreditada generará con certeza un daño en el futuro.

Destacamos especialmente que todos los criterios establecidos por la presente sentencia van en línea con aquellos establecidos por la Corte Suprema en diversas sentencias¹², para entender un daño ambiental como significativo:

- i) Duración del daño.
- ii) Magnitud del daño.

¹⁰ CORTE SUPREMA (2018), considerando décimo.

¹¹ FEMENÍAS (2017), p. 235.

¹² CORTE SUPREMA (2015), considerando quinto; CORTE SUPREMA (2018), considerando décimo cuarto y CORTE SUPREMA (2016), considerando décimo séptimo.

- iii) Cantidad de recursos afectados y si éstos son reemplazables.
- iv) Calidad o valor de los recursos dañados.
- v) Efectos en el ecosistema y vulnerabilidad del mismo y
- vi) Capacidad y tiempo de regeneración.

Como es posible observar, si bien la Corte Suprema no se refiere en dichas oportunidades propiamente a “daños acumulativos”, ya en ese entonces consideraba la capacidad y tiempo de regeneración del ecosistema como un elemento que debe estar presente en la ecuación para determinar la significancia del daño, lo cual ha ido profundizándose hasta la actualidad en una preocupación por el daño futuro.

Asimismo, el Tercer Tribunal Ambiental en una sentencia reciente, también ha utilizado dichos criterios, indicando:

“para que exista daño ambiental es necesario comparar dos estados de cosas: el estado del medio ambiente o sus componentes existente con anterioridad al hecho u omisión, y el estado del medio ambiente o sus componentes con posterioridad a ese evento. La diferencia que pueda observarse entre ambos estados, para que constituya daño ambiental, deberá consistir necesariamente en un detrimento, disminución o menoscabo en el medio ambiente o en algunos de sus componentes, y además debe ser significativo, lo que ocurrirá siempre que afecte la capacidad del componente afectado de (i) proveer servicios ecosistémicos, (ii) asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de esos componentes (conservación), o (iii) mantener las condiciones que hacen posible la evaluación y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (preservación)”¹³.

En este sentido, se observa que el Tribunal ya ha tomado una postura preventiva para evaluar la significancia del daño, lo que se traduce en que la magnitud de dicho daño se mide no solo por lo detectado en el presente, sino, también, por el daño potencial que la acción pueda generar más adelante. De cierta manera el Tribunal urge a no esperar que el daño se convierta en relevante para tomar medidas, sino que preventivamente califica de significativo un daño que tiene el potencial de convertirse en relevante bajo la hipótesis de impacto acumulativo.

Esta tesis ha sido reconocida también por algunos autores como Jorge Mosset, Tomás Hutchinson y Edgardo Donna, quienes han hablado de “daños evolutivos”, entendidos como aquellos daños que, a partir de una situación ya existente, se producirán en el futuro como una prolongación natural de la situación actual, como una “proyección” hacia el futuro que el juez debe

¹³ TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL (2019), considerando cuadragésimo tercero.

reconocer y ponderar¹⁴. Si bien no es una tesis nueva, la reciente creación de tribunales ambientales especializados en nuestro país ha derivado en una aplicación más específica de este concepto en los últimos años, lo cual es positivo desde el punto de vista del objeto de la determinación de la responsabilidad ambiental, el cual es justamente, la protección del ambiente. En efecto, el ámbito de protección al medio se amplía si se contemplan, no solo los daños ambientales pasados, sino que, también, la prevención de daños futuros.

Ahora bien, es claro que el elemento de significancia es, como ha dicho Jorge Femenías¹⁵, un elemento diferenciador entre el daño ambiental y el daño civil. En efecto, la exigencia de “significancia” no es un requisito de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental. Pero lo anterior no es nuevo, ya que Hernán Corral ya había adelantado en su oportunidad, señalando:

“Se hace excepción, de este modo, a la regla tradicional de que ‘todo daño debe ser indemnizado’. En efecto, se ha advertido que ciertas alteraciones menores al medio ambiente son, de alguna manera, inevitables y poco significativas, por lo que deben ser valoradas como socialmente tolerables”¹⁶.

Enrique Barros, por su parte, asimila este requisito de significancia a la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad¹⁷, entendiendo que hay ciertas molestias que todos deben soportar por el hecho convivir junto a otros. Justamente, podría entenderse que un daño que supera estas molestias de convivencia, es significativo.

En esa línea, apunta:

“La determinación de si un daño es significativo obliga a distinguir entre lo que es una molestia que debe ser soportada como condición general de la vida en común y lo que es propiamente tal un daño indemnizable”¹⁸,

cita que se encuentra transcrita en el considerando cuadragésimo tercero de la sentencia, en el que el Tribunal señala que la contaminación de las aguas no resulta tolerable como condición de la vida en común, compartiendo, entonces, el razonamiento del autor recién mencionado.

En este sentido, nos parece que el Tribunal razona de manera correcta, entendiendo que existen molestias que efectivamente surgen de una vida

¹⁴ MOSSET, HUTCHINSON y DONNA (1999), p. 47.

¹⁵ FEMENÍAS (2017), p. 236 ss.

¹⁶ CORRAL (1999), p. 82.

¹⁷ BARROS (2010), p. 804.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 805.

en comunidad y que de una u otra manera deben tolerarse. No obstante, el contaminar las aguas comunes mediante vertimiento de aguas crudas por sobre los límites permitidos, nos parece que excede el nivel de lo tolerable, en especial considerando que la presencia de ESSAL en la comuna obedece precisamente a la implementación de un sistema de tratamiento de aguas para estas no sean vertidas de forma directa al lago.

b) *Causalidad*

También nos parece relevante destacar la forma en que el Tribunal aborda el elemento de causalidad en esta sentencia, distinguiendo el análisis de causalidad que se hace en casos de responsabilidad civil –el cual es más estricto– del que se debe hacer en sede ambiental, donde es más difícil determinar el grado de participación exacto de un determinado actor.

El Tribunal fundamenta este criterio apuntando:

“por regla general, los daños ambientales provienen de una pluralidad de autores y causas que, en sumatoria o en combinación, contribuyen a la producción del resultado final”.

Dicho razonamiento es compartido por Jorge Bermúdez, quien manifiesta que la pluralidad de causas constituye uno de los temas más álgidos en materia de responsabilidad por daño ambiental. La dificultad que esto representa se acrecienta si luego hay que definir si dichas causas son concurrentes –como en el caso de la sentencia en comento– o complementarias¹⁹.

A su vez, Enrique Barros, señala que la causalidad en juicios de daño ambiental plantea “particulares dificultades” y que

“los daños ambientales provienen de causas difusas, atribuibles a diversos agentes, respecto de ninguno de los cuales es posible establecer una relación causal directa”.

Adicionalmente, indica que los daños son con frecuencia soterrados, se producen con retardo o son atribuibles, *ex post*, a las más variadas causas eventuales, vinculándose a diversos contaminadores²⁰.

Por ello, Enrique Barros señala que es necesario recurrir a los criterios generales de responsabilidad contractual para resolver las cuestiones de

¹⁹ BERMÚDEZ (2018), p. 406. Al respecto, señala que, en las causas concurrentes, basta con solo una de ellas para producir el daño, si se suprime la otra hipotéticamente. Por otro lado, las causas complementarias son insuficientes para producir daño por sí mismas, pero unidas llevan a producir el resultado dañoso.

²⁰ BARROS (2010), p. 806.

causalidad en materia ambiental, sin perjuicio de efectuar distinciones, en particular, en cuanto al grado de certeza necesario para establecer la relación causal, notando que en ciertos casos es posible configurarla cuando existe una probabilidad significativa de ello²¹.

Así también lo entiende el Tribunal señalando:

“corresponde ajustar o adaptar las categorías jurídicas tradicionales del derecho de daños a las particularidades en que se produce el daño ambiental por la clara injusticia que significaría dejar sin reparación un daño debido a que no puede precisarse con exactitud a cuánto asciende la contribución de uno de los agentes en el resultado final”.

De lo anterior es posible concluir que al Tribunal le basta acreditar una relación de causalidad entre una acción y un daño ambiental para configurar la existencia de un vínculo de causalidad, sin que sea requisito el acreditar en qué medida dicha acción contribuyó al daño.

Esta distinción entre la responsabilidad por daño ambiental y la responsabilidad general en materia civil ha efectuado desde la generación de la Ley n.º 19300, en cuyo Mensaje se señaló que la responsabilidad por daño ambiental exige para su concreción la infracción de normas ambientales²². Resulta interesante, como veremos más adelante, que el Tribunal se aparte de dicho mensaje en esta sentencia, por cuanto en este caso no estima necesaria la concurrencia de una infracción normativa para efectos de configurar la responsabilidad ambiental, sin perjuicio de que dicha infracción haya podido existir también (por el uso indiscriminado de los aliviaderos de tormenta). En este caso, al Tribunal le basta la existencia de una acción imputable al demandado para configurar la responsabilidad por daño ambiental, independiente de que esta constituya o no una infracción a una determinada norma. De la misma manera, el Tribunal ha dicho en ocasiones anteriores que la infracción de las disposiciones de una resolución de calificación ambiental o de medidas provisionales ordenadas por la Superintendencia del Medio Ambiente con autorización del tribunal ambiental, no constituyen necesariamente daño ambiental²³.

En esa línea, ESSAL intentó desacreditar la existencia de causalidad entre su actuar y el daño ambiental provocado, argumentando que existirían otros agentes que realizarían descargas de aguas mixtas al lago Llanquihue. Sin embargo, el Tribunal descartó dicho argumento toda vez que ESSAL no entregó antecedentes relativos al caudal que representan las descargas de

²¹ BARROS (2010), p. 806.

²² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1994), pp. 16-17.

²³ TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL (2018), considerando quincuagésimo segundo.

dichos terceros y, de manera adicional, de los antecedentes entregados, fue posible comprobar que el aumento de nitrógeno en la bahía de Puerto Varas se generaba precisamente cuando se encontraban abiertos los aliviaderos utilizados por el demandado.

Por lo demás, el Tribunal, realizando un análisis lógico, señala que, si ESSAL recolecta y conduce las aguas servidas de toda la comuna, resulta más probable que su contribución a las descargas de aguas mixtas en la bahía de Puerto Varas, sea mayor que las otras.

Del lenguaje utilizado por el Tribunal, es posible afirmar que analiza en forma laxa el elemento de causalidad en este caso, toda vez que como señala en el considerando nonagésimo séptimo de la sentencia, de los antecedentes aportados no fue posible dimensionar la cantidad de agua a descargar por cada planta elevadora de aguas servidas. Por tanto, el Tribunal, con los antecedentes aportados, realiza un cálculo porcentual para obtener estos resultados, infiriendo la cantidad de agua a descargar por cada una de las plantas y concluyendo que esos volúmenes estimados

“superan con creces cualquier estimación razonable que pueda hacerse del aporte que las “otras descargas” realizan a la bahía del Lago Llanquihue”.

El Tribunal ya había realizado un procedimiento similar a la hora de configurar el elemento de causalidad en un caso anterior²⁴, en el cual existían múltiples fuentes emisoras de MP2,5 y MP10 en las localidades de Lota y Coronel. En dicha ocasión era imposible conocer las contribuciones individuales de cada una de estas fuentes para el año 2014, por cuanto las partes no habían aportado dicha información. Sin embargo, dicha información si existía para el año 2013, a partir de la cual el Tribunal infirió que servían de referencia para estimar los resultados del año 2014.

Así, es posible afirmar que la flexibilidad a la hora de analizar el elemento de causalidad ha sido adoptada con anterioridad antes del Tribunal y además, es un tema que ha sido abordado por Enrique Barros, quien, en relación justamente con la multiplicidad de causas, ha dicho:

“confrontados con la realidad de las circunstancias que envuelven los daños ambientales, se hace evidente que estos se presentan como consecuencia de múltiples causas, es decir, es una causalidad compleja. Ello hace necesario utilizar criterios que permitan imputar la responsabilidad, y en definitiva la obligación de reparar, a quienes aparezcan como los más probables causantes del daño en cuestión. Se trata, en consecuen-

²⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2018), considerando centésimo septuagésimo séptimo.

cia, de flexibilizar el rigor de las teorías clásicas utilizadas para dar por acreditado el requisito de la causalidad²⁵.

Como ya se señaló, resulta común que el daño ambiental sea producido por una variedad de sujetos, siendo difícil realizar el análisis de causalidad de conformidad a las exigencias del derecho civil, cuestión que ha llevado a la jurisprudencia, en ciertas ocasiones²⁶, a rechazar acciones por no haberse probado el nexo causal entre la acción y el daño en función de los criterios civiles.

Por otro lado, ESSAL apela a un segundo argumento para intentar desvirtuar la existencia de causalidad entre su actuar y el daño ambiental producido al lago Llanquihue, que consistió en alegar que la utilización de aliviadores de emergencia se encuentra autorizada por el ord. n.º 3104 de 27 de julio de 2011, de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante SISS). Sin embargo, el Tribunal hace notar que el uso de estos aliviaderos está circunscrito a situaciones específicas, y señala que corresponde a ESSAL acreditar que se cumplieron los supuestos de hecho que autorizan el uso de los aliviaderos de emergencia, cosa que no hizo.

Es de importancia indicar que, en este caso, la carga de la prueba respecto al uso adecuado de los aliviaderos de tormenta recayó en el demandado, presumiendo el Tribunal que este uso no había sido el adecuado, a falta de prueba en contrario.

c) Culpa o dolo

En relación con el grado de culpa exigida a ESSAL para configurar la responsabilidad por daño ambiental, esta corresponde a determinar si se dio o no cumplimiento al deber general de actuar razonablemente.

Conforme a lo anterior, el Tribunal analizó la conducta efectivamente desplegada por el demandado en atención a los siguientes estándares:

- i) Previsibilidad del daño;
- ii) Grado de peligrosidad de la actividad realizada;
- iii) Conocimientos técnicos y fácticos; y,
- iv) Importancia del bien jurídico dañado.

Sobre estos puntos, es interesante observar que la sentencia se detiene en el análisis de la previsibilidad del daño, estableciendo que para el caso particular de ESSAL, esta previsibilidad se sostiene sobre dos elementos fundamentales:

²⁵ BARROS (2010), p. 334.

²⁶ CORTE SUPREMA (2010), rechaza casación en el fondo contra sentencia de CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ (2008).

- a) Haber tenido conocimiento de la existencia de conexiones irregulares de aguas lluvias al sistema de alcantarillado y, sin embargo, no haber desplegado durante años ninguna acción para haberlas identificado y procedido a su desconexión y
- b) No haber recopilado información acerca de los caudales de aguas servidas y mixtas descargadas en el lago, imposibilitando, en consecuencia, la adopción de medidas preventivas.

Para el Tribunal, poseer el control de todos aquellos puntos de conexión ilegales y haber puesto en ejecución un plan para su efectiva desconexión, sumado a haber realizado un estudio de la composición de las aguas servidas y mixtas descargadas al lago al momento de usar los aliviaderos de tormenta, habría eliminado el elemento “previsibilidad del daño” del análisis de culpa.

Dicho de otra manera, el Tribunal concluye que el daño ambiental a las aguas del lago Llanquihue era perfectamente previsible por ESSAL, toda vez que no llevó adelante estas dos conductas fundamentales para haberlo tenido bajo control.

Ahora bien, en relación con la peligrosidad de la actividad realizada, el Tribunal estima que debido a los efectos que tiene sobre la población el vertimiento de aguas con altas concentraciones de coliformes fecales, resultaba adecuada una conducta exigible a un hombre razonable puesto en la situación de poner en riesgo la salud de las personas, lo que, como apuntamos en el párrafo anterior, no ocurrió en este caso.

En relación con los conocimientos técnicos y fácticos de ESSAL, el Tribunal determinó que su posición de concesionario de un servicio público de recolección y disposición de aguas servidas, por ende, ser un sujeto regulado altamente calificado o experto, lo obligaba a adoptar medidas de prevención para minimizar o neutralizar el uso de aliviaderos de tormenta. Como señala Jorge Femenías:

“es el titular del proyecto o actividad el experto que mejor conoce los alcances de su empresa y, por lo tanto, de los impactos y daños ambientales que la misma puede generar. En tal sentido y también en armonía con los postulados del principio precautorio, es él quien tiene la primera obligación de anteponerse a cualquier situación de riesgo que pueda devenir en un daño ambiental”²⁷.

Conforme a la culpa, el Tribunal va más allá y realiza una enumeración de las actuaciones que considera como mínimas para dar cumplimiento a un

²⁷ FEMENÍAS (2017), p. 243.

estándar razonable de conducta de una empresa sanitaria en relación con el uso de sus aliviaderos de tormenta, las cuales se indican en el considerando centésimo vigésimo tercero.

4. CONCLUSIONES

De la lectura y análisis de esta sentencia, es posible observar que el Tribunal, frente a una demanda por daño ambiental, adopta una postura de cierta manera “pro demandante”, donde incorpora en cada uno de los ítems constitutivos del daño, una cuota de laxitud que le permite tener por configurado el mismo sin la exigencia de requisitos rígidos, más propios de la responsabilidad civil, como ya se ha señalado.

En este sentido, el hecho de que el Tribunal en primer lugar flexibilice los requisitos para interponer la demanda por daño ambiental, luego, al momento de analizar la significancia del daño producido, adopte una postura preventiva añadiendo el daño acumulativo y posteriormente al analizar la causalidad, infiera ciertos resultados que responsabilizan al demandado a partir de la falta de prueba en contrario, parece razonable, dada la naturaleza del concepto mismo de daño ambiental y como este puede abarcar distintos espectros que requieren conocimientos técnicos y precisos con los que muchas veces no es posible contar en un principio o que son imposibles de determinar con exactitud durante la sustanciación del juicio, pese a lo evidente del daño.

Lo anterior, además, refleja de manera acertada la relación entre el principio preventivo y el deber del Estado de cuidar del medio ambiente. En efecto, como apuntan Jorge Femenías y Ricardo Irrarrázaval, dicha prevención es precisamente el fundamento de las concreciones prácticas que derivan del deber de cuidado del ambiente, entre las que se encuentra :

“iii) la necesidad de contar con un régimen de responsabilidad ambiental y de sancionar conductas que atenten contra él, así como de perseguir la reparación del entorno en los causantes del daño, y su respectivo correlativo de soportar las sanciones y el deber de reparar el daño causado”²⁸.

En consecuencia, el despliegue de una postura laxa y preventiva por parte de los tribunales ambientales pareciera ser una solución efectiva para que este tipo de demandas prosperen y las eventuales consecuencias dañinas de los actos o infracciones cometidas puedan ser efectivamente abordadas,

²⁸ FEMENÍAS e IRARRÁZAVAL (2019), p. 57.

reparadas o ambas, en cumplimiento de la obligación del Estado de velar por el debido cuidado del ambiente. No obstante, el Tribunal debe ser responsable en la aplicación de este criterio, bajo riesgo de caer por último en una postura que pueda afectar su imparcialidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS, Enrique (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BERMÚDEZ, Jorge (2018). *Fundamentos de derecho ambiental*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- CORRAL, Hernán (1999). "El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. 1 n.º 1, enero-junio.
- FEMENÍAS, Jorge (2017). *La responsabilidad por daño ambiental*, Santiago: Ediciones UC.
- FEMENÍAS, Jorge (2017). "La culpabilidad en la responsabilidad por daño ambiental y su relación con el sistema de evaluación de impacto ambiental", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, tomo XLVIII, Valparaíso, 1^{er} semestre.
- FEMENÍAS Jorge e RICARDO IRARRÁZAVAL (2019). "El deber de cuidar el medio ambiente como principio jurídico del derecho ambiental". *Principios de Derecho ambiental y agenda 2030*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LUENGO, Sebastián (2017). "Responsabilidad por daño ambiental: configuración jurisprudencial de la significancia", en *Justicia Ambiental*, n.º 9, Santiago.
- MOSSET, Jorge, Tomás HUTCHINSON y Edgardo DONNA (1999). *Daño ambiental*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- VALENZUELA, Rafael (2010). *El derecho ambiental, presente y pasado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia

- CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ (2008). Rol n.º 557-2006, sentencia de 5 de marzo.
- CORTE SUPREMA (2010). Rol n.º 2107-2008, sentencia de fecha 29 de julio.
- CORTE SUPREMA (2011). Rol n.º 5826-2009, sentencia de 28 de octubre.
- CORTE SUPREMA (2015). Rol n.º 27.720-2014, sentencia de 10 de diciembre.
- CORTE SUPREMA (2016). Rol n.º 32.144-2015, sentencia de 23 de junio.
- CORTE SUPREMA (2018). Rol n.º 37.273-2017, sentencia de 2 de abril.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2018). Rol n.º D-7-2015, sentencia de 31 de diciembre.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL (2018). Rol n.º D-19-2016, sentencia de 11 de julio.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL (2019). Rol n.º D-21-2016, sentencia de 28 de marzo.

Otros

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1994), *Historia de la Ley* n.º 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, mensaje presidencial. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/N?i=30667&t=0> [fecha de consulta: abril 2020].