

Valdivia, quince de julio de dos mil veintiuno.

**VISTOS:**

1. A fs. 1 y ss., el 19 de noviembre de 2020, compareció el abogado Sr. RODRIGO HERNÁN MENESSES TAPIA, en representación del Sr. **CRISTÓBAL WEBER MCKAY**, ingeniero agrónomo, con domicilio en el Sector Los Maquis S/N, Comuna de Chile-Chico, el Sr. **CRISTIÁN IGNACIO WEBER MCKAY**, ingeniero comercial, con domicilio en Kilómetro 3 Ruta Puerto Guadal-Chile Chico, Comuna de Chile-Chico, y la Sra. **FRANCES FENDALL PARKINSON**, traductora, con domicilio en el Sector Los Maquis S/N, Comuna de Chile-Chico, en adelante "los Reclamantes", e interpuso reclamación del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, contra la Res. Ex. N° 202011101213, de 13 de octubre de 2020, en adelante la "Resolución Reclamada", dictada por el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental ("SEA") Región de Aysén, que rechazó solicitud de invalidación presentada por los comparecientes, entre otras personas naturales, contra la Res. Ex. N° 334 de fecha 12 de agosto de 2019, del referido Director Regional, que dio respuesta a consulta de pertinencia relativa al proyecto "Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis", del proponente Empresa Eléctrica de Aysén S.A.", en adelante "el Proyecto", conforme a la cual este último no tiene obligación de someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA") reglado por la Ley N° 19.300 y su respectivo Reglamento ("RSEIA").
2. De acuerdo al informe del SEA a fs. 66 y Res. Ex. N° 334/2019 a fs. 220, el Proyecto consiste en rehabilitar la antigua Central Hidroeléctrica Los Maquis, de una potencia instalada de 380 kW, actualmente fuera de servicio, y aprovechar gran parte de las instalaciones existentes para alimentar dos nuevas turbinas hidroeléctricas (500 kW cada una) que permitirán inyectar en conjunto una potencia máxima de 1 MW al Sistema Mediano General Carrera,



reemplazando gran parte de la energía que actualmente se genera con unidades termoeléctricas diesel en este Sistema.

3. Los Reclamantes solicitaron, a fs. 28 de su escrito de reclamación, dejar sin efecto la Resolución Reclamada y acoger la solicitud de invalidación presentada contra la Res. Ex. N° 334/2019, ambas dictadas por el Director Regional del SEA Región de Aysén, con costas.

**A. Antecedentes del acto administrativo reclamado**

4. En lo que interesa respecto del procedimiento de consulta de pertinencia, consta:

a) A fs. 108, consulta de pertinencia de ingreso al SEIA presentada el 4 de abril de 2019 por Empresa Eléctrica de Aysén S.A. -en adelante «Edelaysén»- relativa al Proyecto, la cual contiene descripción -señalando objetivo, localización, relación con áreas protegidas, comunidades y asociaciones indígenas, monto de la inversión, derechos de agua, permisos ambientales sectoriales, antecedentes de la fase de construcción, operación y cierre, entre otros-; Principales residuos y/o emisiones, análisis de pertinencia de ingreso al SEIA y conclusión. A fs. 113 señala que el área de emplazamiento del Proyecto se encuentra inserto en la Zona de Interés Turístico ("ZOIT") "Chelenko". A fs. 116 individualiza las obras proyectadas que corresponden a modificaciones orientadas a la rehabilitación de las instalaciones existentes. A fs. 119 indica que "el proyecto no debería ingresar al SEIA por el literal p) del artículo 3 del D.S N°40/2012, debido a que no se prevé la generación de impactos ambientales que sean significativos en términos de su magnitud y duración y que menoscaben el objetivo de conservación de la ZOIT, en este sentido se debe destacar que las instalaciones del proyecto ya existen, lo cual no genera una obstrucción al desarrollo turístico y paisajístico de la zona". Se acompañan antecedentes legales de fs. 123 a 157.

- b) A fs. 158, Res. Ex. N° 219, de 24 de mayo de 2019, que requirió al titular los siguientes antecedentes: (1) los mapas que indica; (2) análisis de los literales de ingreso en lo específico [sic] el literal a) del artículo 3 del RSEIA; y (3) analizar si con la etapa de construcción de las modificaciones propuestas y/o con la puesta en marcha de la central Los Maquis se verá afectado o no el atractivo turístico denominado "Cascada Los Maquis", incluyendo en su análisis todas las formaciones que la componen, tales como pozones que se encuentran aguas abajo de la bocatoma (fs. 160).
- c) A fs. 162, solicitud de ampliación de plazo de Edelaysén y, a fs. 163, Res. Ex. N° 278/2019, que la concede.
- d) A fs. 166, carta de Edelaysén de 26 de julio de 2019, que remite la respuesta a lo solicitado. Entre otras descripciones, señala que el titular no desviará caudales hasta que estos superen los 366 l/s, lo cual corresponde al caudal pasante mínimo para el cual está diseñada la bocatoma del Proyecto (fs. 174), y que el diseño cuenta con vano abierto para dejar pasar los 366 l/s, caudal que corresponde al caudal escénico calculado (330 l/s) sumado al caudal ecológico de 36 l/s. Por lo anterior, estima que "En síntesis, tomando en cuenta que la operación del Proyecto no afectará el caudal escénico antes señalado, el cual le otorga las condiciones de atractivo turístico a la cascada, sumado a que aquello está garantizado en el diseño de la bocatoma, es posible asegurar que el Proyecto, en ninguna de sus fases, afectará el atractivo turístico Cascada Los Maquis, en particular por la disponibilidad de agua que pueda necesitar la cascada para que ésta prevalezca" (fs. 175). Agrega que la Cascada no se menciona dentro de la declaratoria de la ZOIT, sin embargo, el Proyecto se encontrará distante a 100 metros como mínimo de la cascada, no siendo visible y descartando cualquier desmedro a la cascada y sus pozones, "aun teniendo que desviar provisoriamente el

cauce del río" (fs. 178). Añade que el atractivo más cercano mencionado en la declaratoria de la ZOIT sería el Lago General Carrera distante a 420 metros aproximadamente al punto de restitución de la central, y reitera que el Proyecto consiste en gran parte a la habilitación de obras ya existentes (fs. 181).

- e) A fs. 183 y ss., constan los Anexos acompañados a la carta anterior, entre ellos documento "Atractivo Turístico Cascada es Estero [sic] Los Maquis" (fs. 185), y antecedentes legales (fs. 194 y ss.).
- f) A fs. 219, Res. Ex. N° 334, de 12 de agosto de 2019, que resolvió que el Proyecto no tiene la obligación de someterse al SEIA, por considerar, en síntesis, que "de acuerdo a lo informado por el solicitante, es dable concluir que no se configura la hipótesis de ingreso al SEIA prevista en los literales a) y p), del artículo 10 de la Ley N° 19.300 y de los literales a) a.1); a.2.4) a.3) y a.4, c) y p), del artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ni tampoco presenta características que permitan establecer la configuración de alguna otra de las tipologías de ingreso al SEIA contempladas en las citadas normativas. Asimismo, en relación con el artículo 2 letra g) del D.S. N° 40/2013, es posible concluir que las modificaciones no corresponden a cambios de consideración por lo que no requieren ser sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, previo a su ejecución" (fs. 223).
- g) A fs. 458, certificado de autenticidad suscrito por el Director Regional del SEA Región de Aysén, relativo al expediente administrativo de consulta de pertinencia.
- h) A fs. 462, Res. Ex. N° 2423, de 7 de diciembre de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, acompañada en el informe del SEA, que resolvió "ARCHIVAR la denuncia de fecha 18 de marzo de 2020, presentado por don Cristóbal Weber Mckay y otros, en contra del proyecto "Rehabilitación central hidroeléctrica Los

Maquis", de la Empresa Eléctrica de Aisén S.A., dado que no se pudo verificar que se encuentre en una hipótesis de elusión de ingreso al SEIA, ni en incumplimiento de alguna otra normativa ambiental que corresponda conocer a la SMA" (fs. 470), la cual además no hizo lugar a la dictación de medidas provisionales por no cumplirse con las exigencias de los artículos 48 de la LOSMA y 32 de la Ley N° 19.880.

5. En lo que interesa respecto de la solicitud de invalidación presentada por los Reclamantes de autos, consta:

- a) A fs. 226, solicitud de invalidación del art. 53 de la Ley N° 19.880 presentada el 18 de marzo de 2020 por los comparecientes de autos y otras personas, contra la Res. Ex. N° 334, de 12 de agosto de 2019 ya individualizada, por medio de la cual requirieron la invalidación de la misma por considerar, en síntesis, que con "su dictación se ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 26 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en relación con los artículos 8 y 10 letra p) de la Ley número 19.300; 2 letra g.1. y 3 letra p) del D.S. del Ministerio del Medio Ambiente número 40/2012, así como los Principios Preventivo, Precautorio y de Motivación del acto administrativo" (fs. 227).
- b) A fs. 257, Res. Ex. N° 138, de 8 de abril de 2020, que inició el procedimiento administrativo de invalidación, y confirió traslado al titular.
- c) A fs. 261, presentación de Edelaysén solicitando ampliación de plazo para evacuar traslado, y a fs. 267, Res. Ex. N° 165, de 17 de abril de 2020, que concedió la ampliación.
- d) A fs. 272, escrito de Edelaysén evacuando traslado y acompañando documentos, en que solicitó el rechazo de la invalidación por considerar, en síntesis, extemporánea la solicitud, falta de legitimación activa de los solicitantes al no acreditar un interés legalmente tutelado, encontrarse debidamente fundada

la resolución materia de la invalidación, no existir vulneración a los principios invocados por los solicitantes, y por ser intrascendente cualquier vicio detectable en la resolución cuya invalidación se solicitó. A fs. 324, acompañó "Informe de Caracterización del Valor Paisajístico, Central Hidroeléctrica Los Maquis" elaborado por WSP; a fs. 348 "Antecedentes sobre Valor Turístico y Visibilidad Proyecto Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis", por el MSc. Andrés Madrid; y a fs. 408, documento "Atractivo Turístico Cascada Es Estero [sic] Los Maquis", de Alfonso Edwards Velasco, ingeniero civil hidráulico.

- e) A fs. 440, Res. Ex. N° 202011101213, de 13 de octubre de 2020, que rechazó la solicitud de invalidación.
- f) A fs. 460, certificado de autenticidad del expediente administrativo de solicitud de invalidación, suscrito por el Director Regional del SEA Región de Aysén.

**B. Antecedentes del proceso de reclamación**

- 6. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella, en autos consta que:
  - a) A fs. 1 y ss., se inició el procedimiento mediante reclamación interpuesta el 19 de noviembre de 2020 conforme al art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, compareciendo el abogado Sr. Rodrigo Hernán Meneses Tapia por sus representados, en la que acompañó el documento de fs. 30. Previo a proveer, se ordenó a fs. 35 acompañar copia del acto reclamado y su notificación.
  - b) A fs. 36, el compareciente cumplió lo ordenado y, a fs. 55, se admitió a trámite la reclamación, se tuvieron por acompañados los documentos y se proveyeron las demás peticiones de otros de la reclamación.
  - c) A fs. 56, consta oficio N° 149/2020 dirigido al SEA y a fs. 57 certificación de remisión del mismo.

- d) A fs. 58, compareció asumiendo patrocinio y poder por el SEA, la abogada Sra. Yordana Mehsen Rojas, delegando poder, señalando forma de notificación, pidiendo ampliación de plazo para informar y acompañando documento. A fs. 65, el Tribunal tuvo presente el patrocinio y poder, y accedió a las demás solicitudes.
- e) A fs. 66, la Reclamada evacuó informe y acompañó expediente administrativo del procedimiento de consulta de pertinencia y de solicitud de invalidación de la resolución que da respuesta a la misma, con certificados de autenticidad. Además, acompañó la Res. Ex. N° 2423, de 7 de diciembre de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente.
- f) A fs. 474, el Tribunal tuvo por evacuado informe y ordenó pasar los autos al relator de la causa.
- g) A fs. 475, se hizo parte, por medio de letrado, Empresa Eléctrica de Aysén S.A., como tercero independiente, teniéndola el Tribunal como parte, en tal calidad, a fs. 486.
- h) A fs. 484, atendido el mérito de la certificación de fs. 483, se ordenó la corrección de documentos del proceso, a lo cual se procedió conforme da cuenta la certificación de fs. 485.
- i) A fs. 487, se certificó la causa en relación y, a fs. 488, consta el decreto autos en relación, fijándose audiencia de alegatos para el 30 de marzo de 2021, a las 09:30 horas, por medio de videoconferencia. Además se tuvieron por acompañados los documentos presentados por la reclamada en el otrosí del informe de fs. 66.
- j) A fs. 489, el tercero independiente solicitó acumular a estos autos la causa tramitada en este Tribunal Rol R-44-2020 y, en subsidio, vista conjunta o simultánea. A fs. 495, se confirió traslado, y a fs. 496, el SEA evacuó dicho trámite oponiéndose a la acumulación pero allanándose a la petición subsidiaria. El Tribunal, a fs. 499, tuvo por evacuado el traslado del SEA y por evacuado en rebeldía el traslado respecto de los

Reclamantes. Ordenó además traer a la vista el expediente materia del incidente, ordenó formar cuaderno separado y, hecho, autos para resolver. A fs. 13 del cuaderno incidental, se rechazó tanto la acumulación de las causas como la petición de vista conjunta y simultánea.

- k) A fs. 500, las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión del procedimiento, a lo cual el Tribunal accedió a fs. 501. El procedimiento se reanudó por resolución de fs. 502, la que además fijó audiencia para el 18 de mayo de 2021, a las 09:30 horas, por medio de videoconferencia.
- l) A fs. 503, consta delegación de poder de la parte reclamante; a fs. 505, escrito de la abogada Sra. Camila Palacios Ryan asumiendo patrocinio por la reclamada, y a su vez delegando poder, presentaciones que fueron, respectivamente, proveídas a fs. 504 y fs. 512.
- m) A fs. 513, 514 y 515, anuncios de las partes, y su providencia a fs. 516.
- n) A fs. 517, el tercero independiente solicitó tener presente las consideraciones que indica, y acompañó los documentos agregados de fs. 567 a 1092. A fs. 1391 se tuvo presente y por acompañados los documentos, con excepción del currículum vitae de fs. 624 por no haber sido individualizado en el escrito conductor.
- o) A fs. 1318, la Reclamante solicitó tener presente las consideraciones que indica, y acompañó los documentos agregados de fs. 1344 a 1389. A fs. 1391 se tuvo presente y por acompañados los documentos.
- p) A fs. 1390 y 1392, consta, respectivamente, acta de instalación del Tribunal y certificación de realización de audiencia.
- q) A fs. 1393, consta certificación de acuerdo y, a fs. 1395, designación de Ministro redactor.

- r) A fs. 1394, el Tribunal decretó medida para mejor resolver, ordenando al SEA, dentro de quinto día, acompañar certificado de ministro de fe que dé cuenta de la fecha de publicación de la Res. Ex. N° 334 de 12 de agosto de 2019, del Director Regional del SEA Región de Aysén, en la página web de la plataforma del SEIA al tenor de lo informado por la reclamada en autos.
- s) A fs. 1396, la Reclamada presentó un escrito cumpliendo lo ordenado, el cual fue rechazado por el Tribunal a fs. 1398, resolución que además ordenó a la reclamada acompañar la certificación ordenada dentro de tercero día, bajo apercibimiento de multa conforme al art. 47 de la Ley N° 20.600 en relación al art. 238 del Código de Procedimiento Civil.
- t) A fs. 1401, proveyendo escrito el escrito de la Reclamada de fs. 1399, se tuvo por cumplido lo ordenado y por acompañado documento.
- u) A fs. 1402, consta entrega de proyecto de sentencia.

**CONSIDERANDO:**

**I. DISCUSIÓN DE LAS PARTES**

**A) Argumentos de los Reclamantes**

**PRIMERO.** Que los Reclamantes solicitaron que se deje sin efecto la Resolución Reclamada y que se acoja la solicitud de invalidación, con expresa condena en costas. Basaron sus pretensiones en los siguientes argumentos:

- a) El Titular no habría logrado descartar fundadamente que su proyecto no debía ingresar al SEIA, por aplicación del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 –en adelante «LBGMA»– y art. 3 letra p) del Decreto N°40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente.
- b) Agregaron que la Resolución Reclamada determinó que el proyecto no sería susceptible de afectar la Zona de Interés Turístico –en adelante «ZOIT»– denominada «Chelenko», bajo

un criterio excesivamente restrictivo respecto al objeto de conservación declarado en el referido instrumento, en cuanto: i) Restringió el interés al valor turístico o paisajístico, en circunstancias que las ZOIT pueden propender a la Conservación de otros atributos ambientales; ii) Limitó sus atractivos turísticos a aquellos contenidos en su Decreto de constitución y Plan de Acción, en vez de incluir a la Cascada Los Maquis y su sistema de pozones; y iii) Obvió que las ZOIT pueden tener por objetivo la conservación del patrimonio ambiental. Agregó que el principal patrimonio de la ZOIT radica en su «altísimo valor ambiental, la prístinidad de sus aguas, singularidad de sus paisajes, su riqueza geológica, así como su riquísima biodiversidad» (fs. 21), objetos de conservación obviados en el análisis del SEA.

- c) La Resolución Reclamada corresponde a un acto terminal que tiene la susceptibilidad de afectar la situación jurídica de los Reclamantes, en los términos que disponen los numerales 2º y 3º del art. 21 de la Ley N° 19.880 –en adelante «LBPA»–. En efecto, la resolución que resolvió la consulta de pertinencia se trata de una opinión o declaración de juicio de la autoridad que tiene el carácter de acto administrativo, conforme al art. 3º inc. 6º LBPA. La Reclamada infringiría el principio de impugnabilidad que consagra el art. 15 de la LBPA, disposición que sólo prohíbe impugnar los actos trámite. Agregaron que, al habitar el área de influencia del proyecto, además se afecta su interés por verse amenazada la garantía del art. 19 N° 8 de la Constitución Política de la República. Por ello, consideraron que la Resolución Reclamada devendría en ilegal y arbitraria, pues rechazó la invalidación al considerar que sus intereses legítimos no podrían verse afectados, sin atender a por qué la resolución que resolvió la consulta de pertinencia «no tendría la entidad suficiente para lesionar el Interés Legítimo» (fs. 17) de los Reclamantes.
- d) Existe plena compatibilidad entre la regulación de la consulta de pertinencia –regulada en el art. 26 RSEIA– y

las disposiciones de la LBPA. Agregaron que el propio Director Ejecutivo del SEA ha impartido instrucciones mediante el Ord. N° 13145, reconociendo que la respuesta a una consulta de pertinencia es un acto administrativo susceptible de recurso de reposición y jerárquico «sin perjuicio de las demás formas de revisión de los actos administrativos» (fs. 11). En apoyo a esta alegación, citaron doctrina del profesor Jorge Bermúdez.

- e) Los Reclamantes estimaron que la Resolución Reclamada infringió el art. 41 inc. 1º de la LBPA y el principio conclusivo, porque no emitió pronunciamiento fundado ni razonado sobre todos los argumentos que plantearon en su solicitud, especialmente respecto de la «suficiencia, integridad o completitud de los antecedentes aportados por el titular» (fs. 23) para descartar el ingreso al SEIA. Agregaron que el SEA sustentó la Resolución Reclamada en la información presentada por el Titular, sin un juicio crítico. Indicaron que faltó información relevante y esencial, tales como la descripción detallada del proyecto y los impactos ambientales que sería susceptible de ocasionar, especialmente para descartar la aplicación del art. 10 letra p) LBGMA y art. 3 letra p) del RSEIA. En cuanto a lo primero, indicaron que no se describió, entre otros: i) ubicación de escombreras; ii) lugares de canteras, extracción y acopio de áridos; iii) detalles de lugares de depósito y preparación de hormigón. En cuanto a los impactos ambientales, agregaron que el único identificado por el SEA fue una posible afectación o intervención directa a la Cascada Los Maquis y sus pozones, en circunstancias que, como indicaron, existirían otros elementos cautelados como objeto de conservación en la ZOIT Chelenko relevantes a efectos de determinar el valor turístico y caudal escénico.
- f) Por último, los Reclamantes alegaron que la Reclamada no emitió pronunciamiento sobre las reales características del Proyecto. Agregaron que no es efectivo lo declarado tanto por el Titular en su presentación de 26 de julio de 2019 como por el SEA en la resolución que resolvió la

consulta de pertinencia, en cuanto a que se utilizará obras ya existentes, sino que el Titular estaría realizando profundas intervenciones para habilitar caminos necesarios para la construcción del proyecto.

**B) Argumentos de la Reclamada**

**SEGUNDO.** Que la Reclamada solicitó que se rechace la reclamación de autos, con expresa condena en costas, basada en los siguientes argumentos:

- a) Los Reclamantes no tuvieron la calidad de interesados en el procedimiento de consulta de pertinencia, por lo que no se encontraban legitimados para solicitar la invalidación de la resolución que resolvió la referida consulta. Informó que la naturaleza jurídica del acto cuya invalidación se solicitó corresponde a un acto administrativo de declaración de juicio, que si bien se trata de un acto terminal, no establece derechos permanentes en favor de los administrados, pues consiste en una opinión que emite el SEA, que da cuenta de una opinión respecto de si la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse de manera previa y obligatoria al SEIA, en el marco del art. 17 de la LBPA. La declaración de juicio como tipología de acto administrativo, agrega, se trataría de una categoría adicional al tenor de lo dispuesto en el art. 3 LBPA, por lo que la respuesta a la consulta de pertinencia no tendría la capacidad de afectar derechos ni del titular ni de terceros. En consecuencia, los Reclamantes no pueden considerarse interesados, por no ajustarse a las hipótesis del art. 21 LBPA.
- b) Los Reclamantes no poseen legitimación activa para impugnar judicialmente la resolución que resolvió el procedimiento de invalidación en sede administrativa, porque la vía del art. 17 N° 8, si bien permite la impugnación judicial del acto que rechaza la invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental -solicitada por un tercero que no fue parte del procedimiento-, dicha acción se encuentra sujeta a un plazo diverso al de dos años, que dispone el

art. 53 LBPA para la invalidación-facultad. Dicho recurso administrativo -que la doctrina denomina «invalidación impropia»- debe interponerse en el plazo de 30 días contados desde la notificación o publicación del acto respecto al que se reclama. En el presente caso, la resolución que resolvió la consulta de pertinencia fue publicada en la página web de la plataforma del SEIA el 31 de agosto de 2019, mientras que la solicitud de invalidación fue presentada con fecha 18 de marzo de 2020, es decir, casi 8 meses después.

- c) La respuesta a la consulta de pertinencia no crea derechos en favor del Titular, ni autoriza la ejecución de su Proyecto, por lo que no puede existir infracción de ley, al no poseer efectos jurídicos vinculantes ni fuerza obligatoria, porque el órgano de la administración que puede requerir el ingreso de una actividad al SEIA es la Superintendencia del Medio Ambiente -en adelante «SMA»-, lo que explica que la Reclamada deba remitir a este último los antecedentes de un proceso de consulta, cuando se refiera a proyectos ya ejecutados, conforme al art. 3 letra i), j) y k) de la Ley N° 20.417. Al no afectar garantías individuales, tampoco el acto podría generar en los Reclamantes un perjuicio que sólo sea reparable con la declaración de nulidad del acto. En consecuencia, debería presumirse la legalidad del acto, considerando además que los Reclamantes no entregaron elementos de juicio suficientes para desacreditar las conclusiones sostenidas por la Resolución Reclamada.
- d) La Resolución Reclamada se encuentra ajustada a Derecho, por cuanto el Proyecto no requiere ingreso al SEIA. Respecto a la letra p) del art. 10 de la LBGMA, la Reclamada destacó que la circunstancia de que el Proyecto se encuentre dentro de la ZOIT Chelenko -área colocada bajo protección oficial- por sí sola no implica su ingreso obligatorio al SEIA, conforme a los Instructivos N° 130.844, de 22 de mayo de 2013, complementado por el N° 161.081, de 17 de agosto de 2016, sino que se requiere que el sometimiento al SEIA tenga sentido y reporte beneficios

concretos en términos de prevención de impactos ambientales adversos, por tratarse de intervenciones de cierta magnitud y duración y no de aquellas que impacten positivamente o agreguen valor al área. La Resolución Reclamada, contrariamente a lo que indican los Reclamantes, descartó que el Proyecto afectase el valor escénico y caudal ecológico mínimo de la Cascada Los Maquis. Además, a instancias de una denuncia de los Reclamantes de autos ante la SMA, paralela a la solicitud de invalidación de la resolución que resolvió la pertinencia, Sernatur determinó que «las medidas y compromisos por parte de Edelaysén, permitirían generar un desarrollo turístico y fortalecer el turismo en el área mejorando las condiciones actuales y no afectándose el objeto de protección Cascada Los Maquis, debido a las condiciones de mantenimiento de caudal escénico propuesto por el titular» (fs. 102). En consecuencia, la SMA, al archivar la denuncia, confirmó el criterio del SEA en cuanto a que el proyecto no altera los objetos de protección de la ZOIT Chelenko.

**C) Argumentos del tercero independiente**

**TERCERO.** Que el tercero independiente solicitó el rechazo de la reclamación e hizo presente, en síntesis, los siguientes antecedentes y fundamentos:

- a) La reclamación de autos se presentó en un contexto de litigación concertada, que multiplica artificialmente la litigación, con un mismo propósito y fundados en las mismas causas, en diversos procedimientos sustanciados ante este mismo Tribunal y en tribunales superiores de justicia.
- b) El proyecto consiste en la rehabilitación y mejoramiento de una central existente, en que serán aprovechadas gran parte de las instalaciones ya existentes, para alimentar dos nuevas turbinas de 500 kw cada una. Además, incorpora criterios ambientales tales como minimización de la intervención en componentes ambientales y en atención a la ZOIT Chelenko, Cascada Los Maquis y su entorno de pozones.
- c) Los procedimientos administrativos sustanciados y resueltos por la autoridad ambiental determinaron que el

proyecto: i) se trata de una modificación (rehabilitación) de una iniciativa preexistente y en desuso, sin RCA, que no genera un cambio de consideración de aquellos que disponen los literales g.1 y g.2 del art. 2º del RSEIA; ii) no se afecta, en términos de magnitud y duración, al objeto de protección de la ZOIT Chelenko, incluida en esta la cascada y pozones; iii) no se encuentra en elusión al SEIA, pues la SMA archivó una denuncia que solicitó evaluar si la iniciativa cumplía con el literal p) del art. 3 RSEIA para su ingreso.

- d) La Resolución Reclamada no adolece de los vicios de legalidad alegados por la reclamante, porque:
- i) La ZOIT Chelenko no es un área protegida de aquellas que dispone el art. 11 letra d) LBGMA con relación al art. 8 del RSEIA, pues no tiene la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental, sino que un objeto y fin sociocultural turístico. Este criterio además fluye del Instructivo N° 130.844/2013 del SEA -citado por la propia Reclamante- que indica que los demás literales del art. 11 LBGMA, en particular e) y f), se reservan a los elementos socioculturales protegidos. Enfatizó que la susceptibilidad de afectación de los objetos de protección de la ZOIT Chelenko debe analizarse conforme al literal e), desarrollado en el art. 9º del RSEIA, analizando la duración o magnitud de la alteración de las zonas de valor turístico, sea que estén o se entiendan oficializadas en ella. El SEA al realizar el análisis de pertinencia conforme al art. 10 letra p) asume «la necesidad de conservación o preservación de componentes ambientales», por lo que la Reclamante entendió el análisis particular de la ZOIT según lo realizado por el SEA (fs. 545);
- ii) La cascada Los Maquis y sus pozones fueron visibilizados y ponderados tanto por su parte como por el SEA en la consulta de pertinencia. Pese a que

no se encuentra expresamente reconocida en la regulación de la ZOIT (decreto y plan de acción) y sólo genéricamente señalada en el PLADECO de la comuna de Chile Chico 2015-2018, el carácter de atractivo turístico fue considerado, especialmente con la mantención del caudal escénico de 366 l/s comprometido, en el contexto de la variabilidad natural del río Los Maquis;

- iii) Tal como indica la Resolución Reclamada, no es correcta la interpretación del Reclamante en cuanto a que todo proyecto al interior de una ZOIT deba -por esa sola circunstancia- ingresar al SEIA.
- iv) Tanto a partir del instructivo del SEA sobre pertinencia como del Dictamen N° 27856/05 de la Contraloría General de la República («CGR»), se concluyó que no deben ingresar al SEA aquellas modificaciones que no constituyan cambios de consideración, es decir, aquellas en que no se «involucre un cambio de las características esenciales o en la naturaleza del proyecto o actividad». En el caso de autos, se trata de trabajos de reconstrucción y renovación, los que -según definiciones que cita del Instructivo- determinaron la decisión de la autoridad respecto a las demás obras del proyecto.
- v) Tampoco se cumple con el criterio jurisprudencial asentado en diversos fallos de la Excelentísima Corte Suprema que, sostiene, se refieren a que un proyecto o actividad debería ingresar al SEIA con prescindencia de si se encuentra en el listado del art. 10 LBGMA y art. 3 RSEIA. En efecto, los antecedentes técnicos referidos al caudal escénico y condición operacional del proyecto, sendero turístico, objetos de protección de la ZOIT y biota del sector de emplazamiento del proyecto permitieron a la autoridad descargar impactos significativos.
- e) El titular desarrolló una serie de reuniones informativas y encuentros con la comunidad de Puerto Guadal, en los que invitó a un representante familiar para transmitir el

proyecto, por lo que se habría alcanzado una cobertura del cincuenta y cinco por ciento de las familias de Puerto Guadal. Se verificaron otras estrategias de relacionamiento comunitario que asegurarían que la gran mayoría de la población de Puerto Guadal y sus alrededores que han estado disponibles para el diálogo reconoce y valora el proyecto.

- f) No procede la reclamación del art. 17 N° 8 para aquellos casos en que la administración, al resolver una solicitud de invalidación del art. 53 de la LBPA, decida no invalidar. Existe una consistente doctrina y jurisprudencia que asienta este criterio, por lo que la acción intentada resultaría improcedente.
- g) No existe ninguna vulneración a los principios preventivo ni precautorio, esgrimidos por los Reclamantes como vulnerados, sino que se trata de invocaciones genéricas y que han sido desvirtuadas con informes técnicos elaborados por destacados especialistas en las materias abordadas.

## **II. CUESTIONES PREVIAS**

**CUARTO.** Que, a juicio de estos sentenciadores, como cuestión preliminar, se abordarán las siguientes materias: A. Impugnabilidad de la respuesta a consulta de pertinencia; B. Inicio del cómputo del plazo de impugnación de la resolución a consulta de pertinencia por terceros ajenos al procedimiento; C. De la invalidación impropia o invalidación-recurso y la invalidación propiamente tal; D. De la legitimación activa de los Reclamantes y la acción para recurrir al Tribunal.

### **A. Impugnabilidad de la respuesta a consulta de pertinencia**

**QUINTO.** Que los Reclamantes reprocharon el razonamiento del SEA, relativo a que no procedía la solicitud de invalidación del art. 53 de la LBPA, por cuanto la consulta de pertinencia sería un acto de declaración de juicio que no tendría la capacidad de afectar derechos ni del titular del proyecto ni

de terceros (fs. 7). Agregaron que dicha interpretación no tendría sustento normativo, puesto que de atribuirle dicho carácter a la consulta de pertinencia no se derivaría que su regulación, efectos jurídicos y mecanismos de impugnación administrativa, sean distintos a los demás actos administrativos reconocidos por el art. 3º de la LBPA (fs. 8). En su informe, el SEA enfatizó que la disposición referida establece una distinción entre aquellos actos que constituyen decisiones formales de la administración y aquellos que no constituyen una decisión (fs. 85), siendo las respuestas a consultas de pertinencia actos en los que además se proporciona una opinión de la administración, en virtud de un trámite de carácter voluntario y sobre la base de los antecedentes proporcionados por el proponente. Al efecto, citó doctrina y el Dictamen N° 75.903/2014, de la Contraloría General de la República (fs. 85).

**SEXTO.** Que, tal como ya ha resuelto este Tribunal, la resolución que responde una consulta de pertinencia es susceptible de la invalidación del art. 53 de la Ley N° 19.880, pues «(...) la potestad invalidatoria tiene un carácter general y debe ser entendida con relación a la presunción de legalidad de los actos administrativos (...) esta presunción de legalidad es un atributo o cualidad que el art. 3 inciso final de la Ley N° 19.880 hace aplicable tanto a los actos administrativos propiamente tales como a los **dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias**» (Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R-16-2019, Considerando Vigésimo Segundo, negrita original). Este criterio fue confirmado por sentencia de casación de la Excm. Corte Suprema, quien señaló que la resolución que da respuesta a una consulta de pertinencia «(...) es un acto administrativo, sin perjuicio que ésta constituye una declaración de juicio de parte del SEA(...)» (Sentencia Rol N° 43.799-2020, Considerando Séptimo).

**SÉPTIMO.** Que, en consecuencia, teniendo la resolución a una consulta de pertinencia el carácter de acto administrativo, resulta procedente a su respecto el ejercicio del régimen de

impugnación del art. 53 LBPA y, consecuentemente, respecto del acto que resuelve dicha impugnación.

**B. Inicio del cómputo del plazo de impugnación de la resolución a una consulta de pertinencia por terceros ajenos al procedimiento**

**OCTAVO.** Que, el Tribunal considera relevante resolver este aspecto, pues una vez que se determine la fecha de inicio del plazo de impugnación de la respuesta a consulta de pertinencia, recién podrá resolverse la legitimación activa de los Reclamantes para ocurrir ante esta sede jurisdiccional; lo anterior, atendido que la determinación acerca si la solicitud administrativa de invalidación fue interpuesta dentro del plazo de 30 días de notificado el acto administrativo es relevante para efectos de definir si se trata de una invalidación recurso o una invalidación propiamente tal.

**NOVENO.** Que, al respecto, los Reclamantes no fueron considerados en la distribución de la Res. Ex. N° 334, por cuanto no comparecieron ni tuvieron la calidad de interesados durante la sustanciación del procedimiento administrativo de consulta de pertinencia de ingreso del proyecto al SEIA, motivo por el que deben ser considerados terceros absolutos al mismo.

**DÉCIMO.** Que, el SEA indicó en su informe que la resolución que se pronunció sobre la solicitud de pertinencia «fue publicada en la página web de la plataforma del SEIA el 31 de agosto de 2019» (fs. 83). Sobre este punto, ni la parte Reclamante ni el tercero independiente dijeron algo en sus respectivos libelos que fuera tendiente a contravenir dicha afirmación.

**UNDÉCIMO.** Que, ni en la Ley N° 19.300 ni en el Reglamento del SEIA se regula expresamente el inicio del cómputo del plazo para recurrir contra la resolución a una consulta de pertinencia respecto de terceros ajenos al procedimiento. Lo único que establece el RSEIA en su art. 162 es una regla general en materia de notificaciones respecto de quienes hayan tenido la calidad de interesados.

**DUODECIMO.** Que, en tal sentido, los terceros ajenos al

procedimiento de consulta de pertinencia de ingreso al SEIA sólo pueden tomar conocimiento de él por medios que lo hagan público, es decir, de libre acceso a su contenido. En efecto, el buscador de consultas de pertinencia de cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, tal como se dirá más adelante, es la forma en que los terceros pueden conocer del contenido del acto reclamado, ya que consiste en una plataforma de carácter público y de libre acceso (no requiere registro previo). Según detalla el enlace de acceso a dicho buscador, este se encuentra «(...) separado por etapas (2010-2015, repositorio de documentos) y (2016 en adelante, plataforma electrónica de ingreso de consultas de pertinencias» (<https://www.sea.gob.cl/consulta-de-pertinencia>).

**DECIMOTERCERO.** Que de esta manera, y no existiendo en autos la constancia de cualquier otro mecanismo de publicidad de la respuesta a consulta de pertinencia; la incorporación de dicho acto administrativo en el registro público antes referido, aparece como el medio más idóneo para establecer el inicio del cómputo del plazo a partir del cual los terceros ajenos puedan ejercer sus acciones de impugnación, sin quedar en la indefensión.

**DECIMOCUARTO.** Que, en el caso en análisis, el SEA incorporó la Res. Ex. N° 334 en el expediente disponible en la página web del SEA el 31 de agosto de 2019, tal como se certificó a fs. 1400 por dicho Servicio, en cumplimiento a la medida para mejor resolver respuesta por el Tribunal, lo que es concordante con lo informado por el SEA a la reclamación de autos, a fs. 83. Lo anterior permite concluir que la respuesta a consulta de pertinencia fue puesta a disposición del público, aspecto relevante en cuanto a la oportunidad para proceder a su impugnación.

**DECIMOQUINTO.** Que, de este modo, no existiendo además otros elementos en el procedimiento administrativo ni en esta sede, que permitan resolver de un modo diverso, estos sentenciadores darán por establecido que el inicio del cómputo del plazo para impugnar la resolución que resolvió la consulta de pertinencia, respecto de los Reclamantes, debe comenzar a contabilizarse desde la publicación de dicho acto en el expediente electrónico

de la consulta de pertinencia del proyecto, disponible en la página web del SEA, con fecha 2 de septiembre de 2019, pues el 31 de agosto recayó en día sábado, que es administrativamente inhábil. De este modo, el Tribunal estima que el cómputo del plazo para recurrir en su contra se inició el 3 de septiembre de 2019, de conformidad a lo dispuesto en el art. 25 inc. 2º de la Ley N° 19.880.

**C. De la invalidación impropia o invalidación-recurso y la invalidación propiamente tal**

**DECIMOSEXTO.** Que, sobre el particular, hay aspectos relevantes que han sido establecidos por la Corte Suprema, y que son necesarios destacar y precisar para el análisis del asunto sometido a decisión de este Tribunal. Al efecto, deben tenerse presente los criterios establecidos por el Máximo Tribunal en los siguientes fallos: i) Corte Suprema, 12 de mayo de 2016, autos Rol N° 11.515-2015, «Proyecto Piscicultura Rupanco»; ii) Corte Suprema, 16 de agosto de 2016, autos Rol N° 16.263-2015, «Proyecto Inmobiliario Costa Laguna S.A.»; iii) Corte Suprema, 25 de junio de 2018, autos Rol N° 44.326-2017, «Proyecto Central Hidroeléctrica Frontera»; iv) Corte Suprema, 12 de marzo de 2020, autos Rol N° 8.737-2018, «Proyecto Mina Invierno»; y v) Corte Suprema, autos Rol N° 59.656-2020, «Proyecto Escombrera EcoEscombros».

**DECIMOSEPTIMO.** Que, a primera vista, y de acuerdo a los criterios jurisprudenciales de las causas referidas en el considerando precedente, podría sostenerse que el art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 implica simplemente el traslado de la acción que contempla el art. 53 de la Ley N° 19.880 para reclamar ante la justicia ordinaria, cuando la Administración hace uso de su potestad invalidatoria. Se trataría, entonces, de una acción del afectado por la invalidación que se interpondría ante el Tribunal Ambiental, y no ante la justicia ordinaria como señala el art. 53, ya citado.

**DECIMOCTAVO.** Que, sin embargo, también se ha dicho que esta interpretación no coincide con el propósito que se tuvo para esta norma durante el proceso legislativo. La historia de la

ley más bien permite interpretar que el objetivo de esta disposición fue poner a disposición de los terceros afectados por el acto administrativo, y que no habían participado en el procedimiento administrativo ambiental, un verdadero recurso. Lo anterior queda más claro al revisar lo que dispone el inciso final del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, cuando señala que en los casos que indica «no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del art. 53 de la ley N° 19.880». Sólo si se trata de un recurso distinto del inciso 1º del mismo número, podría justificarse esta mención.

**DECIMONOVENO.** Que, así entonces, es menester distinguir, por una parte, entre este recurso que la Corte Suprema denomina invalidación impropia, y la acción de invalidación propiamente tal, que será siempre procedente, de oficio o a petición de parte, en el plazo de dos años y de acuerdo con el art. 53 de la Ley N° 19.880. Conforme a esta disposición, la Administración podrá siempre invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado.

**VIGÉSIMO.** Que, cuando se ha solicitado por una parte la invalidación y la Administración decide no invalidar, no existe la posibilidad de recurrir a los tribunales en contra de esa resolución; pues se trata, como se ha venido diciendo, de una facultad de la Administración y no de un recurso que se brinda a los regulados. Ahora, si la Administración invalida, entonces se habilitará la vía jurisdiccional, tal como señala el inciso final del art. 53 ya citado. La diferencia radica en que en este caso el recurso no se interpondrá ante «los Tribunales de Justicia» como aparece en el art. 53, sino que ante los Tribunales Ambientales, acorde a la competencia que les ha entregado el art. 17 N° 8, dentro de los 30 días de plazo que contempla dicha disposición.

**VIGÉSIMO PRIMERO.** Que, tratándose de un reclamo de ilegalidad, la Corte Suprema ha establecido que el plazo para interponer este recurso en la vía administrativa previa ante la Administración Ambiental no será el de dos años que señala la Ley N° 19.880, para la denominada invalidación-facultad sino que, en una interpretación armónica de las disposiciones de las leyes N° 19.300 y 20.600, será de 30 días; ya que

precisamente ése es el plazo señalado para los reclamos administrativos y ante el Tribunal en las diversas normas de la Ley N° 19.300, como sucede respecto de los recursos contemplados en sus arts. 20 inciso primero; 24 inciso final; 25 quinquies inciso final y 30 bis inciso penúltimo.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.** Que, en resumen, para solicitar la invalidación impropia o invalidación recurso, para los terceros que no han intervenido en el procedimiento, así como también para el responsable del proyecto y los terceros que han intervenido en el procedimiento administrativo, se cuenta con un plazo de treinta días, que es el mismo que tienen para reclamar ante el Tribunal Ambiental, ya sea que se acepte o rechace la solicitud de invalidación. En cambio, cuando se ha ejercido la invalidación del art. 53 de la Ley N° 19.880, el solicitante carece de acción para reclamar en contra del acto que resuelve el procedimiento pero que no realiza la invalidación.

**VIGÉSIMO TERCERO.** Que, en el presente caso, se deben tener presente los siguientes hechos:

- a) Por medio de la Res. Ex. N° 334, de 12 de agosto de 2019, el SEA Región de Aysén respondió consulta de pertinencia presentada por el titular del proyecto «Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis».
- b) A fs. 1400, mediante Documento Digital N° 202111175, de 25 de mayo de 2021, el SEA certificó que la resolución referida precedentemente fue publicada en el respectivo expediente electrónico con fecha 31 de agosto de 2019.
- c) A fs. 226 y ss., con fecha 18 de marzo de 2020, consta que los Reclamantes solicitaron -conforme al art. 53 de la Ley N° 19.880- la invalidación de la Res. Ex. referida precedentemente.
- d) A fs. 440 y ss., consta que la referida solicitud fue rechazada por medio de Documento Digital N° 20201101213, de 13 de octubre de 2020, resolución reclamada en autos.

**VIGÉSIMO CUARTO.** Que, habiéndose establecido en el considerando Decimoquinto que, para los Reclamantes, el plazo para impugnar la resolución que resolvió la consulta de pertinencia del proyecto comenzó a computarse desde el 2 de

septiembre de 2019 y que se solicitó su invalidación administrativa el 18 de marzo de 2020, consta que transcurrieron más de seis meses. En consecuencia, los Reclamantes han interpuesto la solicitud fuera del plazo de 30 días, pero dentro del plazo de dos años, por lo tanto han intentado la invalidación del art. 53 de la Ley N° 19.880, y no la invalidación impropia o invalidación recurso contemplada en el art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, tal como se señaló en el considerando Vigésimo segundo.

**D. De la legitimación activa de los Reclamantes y la acción para recurrir al Tribunal**

**VIGÉSIMO QUINTO.** Que, en este escenario, y habiéndose rechazado por la autoridad el ejercicio de la facultad invalidatoria prevista en el art. 53 de la Ley N° 19.880, sólo es posible concluir que la Reclamante no cuenta con acción o recurso para impugnar la indicada determinación, puesto que el art. 53 y el art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, sólo lo conceden para el caso en que se haga uso efectivo de la invalidación facultad con que cuenta la Administración Pública.

**VIGÉSIMO SEXTO.** Que, de igual forma, en este aspecto existe consistencia jurisprudencial desde que la Excma. Corte Suprema, en otros casos y materias, ha declarado reiteradamente que «la ley no ha previsto la impugnación ante la justicia de la resolución que decide no hacer uso de la facultad de invalidar», situación que precisamente es la que sucede en la especie (Corte Suprema, 1° de agosto de 2019, Rol N° 26.517-2018, «José Pedro Solari García Comercial, Importadora, Exportadora y Distribuidora EIRL con Municipalidad de Ñuñoa»).

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.** Que, por las razones anteriores, la reclamación de autos no podrá prosperar, por carecer los Reclamantes de acción para recurrir a los Tribunales Ambientales, omitiéndose pronunciamiento respecto de las restantes controversias planteadas por las partes por resultar incompatible con lo resuelto.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en los arts. 17 N° 8, 18 N° 7, 20, 27, 29, 30 y 47 de la Ley N° 20.600; arts. 20, 24, 25 quinquies, 30 bis, y demás aplicables de la Ley N° 19.300; art. 26 y demás aplicables del Decreto Supremo N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente; art. 25, 53 y demás aplicables de la Ley N° 19.880; arts. 158, 160, 161 inciso 2°, 164, 169, y 170 del CPC; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y las demás disposiciones pertinentes;

**SE RESUELVE:**

- I. Rechazar** la reclamación de fs. 1 y ss.
- II. No condenar en costas** a los Reclamantes, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y registrese.

**Rol N° R-41-2020**

Pronunciada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Iván Hunter Ampuero, Sra. Sibel Villalobos Volpi y Sr. Jorge Retamal Valenzuela.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Jorge Retamal Valenzuela.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Francisco Pinilla Rodríguez.

En Valdivia, a quince de julio de dos mil veintiuno, se anunció por el estado diario.