

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Valdivia, veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

- 1º Con fecha 09 de mayo de 2016, a fs. 2 y siguientes, el Sr. Luis Alberto Araneda Necuman, RUT N° 9.850.005-7, con domicilio en sector La Tepa de la comuna de Curacautín (IX Región), en representación de la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán -en adelante "la Comunidad"-, persona jurídica inscrita con el N° 986 en el registro de comunidades y asociaciones indígenas de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena -en adelante "CONADI"-, interpuso ante este Tribunal, patrocinada por la Abogada Sra. Manuela Royo Letelier, reclamación conforme a lo establecido en los artículos 29 (inciso final) y 17 N° 6 de las Leyes N° 19.300 -en adelante "LBGMA"- y 20.600 -en adelante "LTA"-, respectivamente, en contra de la Resolución Exenta N° 0322 -en adelante "la Resolución Reclamada"-, de fecha 28 de marzo de 2016, dictada por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental -en adelante "Director Ejecutivo del SEA" o "el Reclamado"- que ejecutó el Acuerdo N° 17/2015 del Comité de Ministros, adoptado en sesión extraordinaria N° 5 de fecha 14 de diciembre de 2015, en la que se calificó favorablemente el proyecto "Central Hidroeléctrica Doña Alicia", -en adelante "el Proyecto"-.
- 2º La Comunidad manifestó que la Resolución Reclamada es contraria a derecho, porque no dio cumplimiento a las siguientes disposiciones normativas: artículos 8º y 41 de la Ley N°19.880; artículos 8º, 10, 29 y 18 letra d) [SIC] de la LBGMA; art. 19 numerales 1º, 6º y 8º de la Constitución Política de la República; y las disposiciones relacionadas con la consulta indígena previstas en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo -en adelante "Convenio 169 OIT"-.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- 3º En su reclamación, la Comunidad solicitó expresamente al Tribunal dejar sin efecto la Resolución Reclamada, por falta de consideración de las observaciones ciudadanas formuladas en el proceso de evaluación de impacto ambiental del Proyecto.
- 4º Con fecha 18 de mayo de 2016, el Abogado Sr. Felipe Guerra Schleef interpuso ante este Tribunal reclamación en contra de la Resolución Reclamada, en representación de las siguientes personas, -en adelante, "los Reclamantes"-: Sr. Ignacio José Donoso de la Noi, Sr. Octavio Felipe Hinojosa Castillo, Sr. Ricardo José Henriquez Escalona, Sr. Andrés Enrique Pagola Del Río, Sra. Marta Belén Diez Tascón, Sra. Lavinia Jane Schofield, Sra. Rachel Lea Vásquez Salazar, Sr. Peter Spahn Simba, Sr. Sergio Alejandro Pérez Menares, Sr. José Miguel Cepeda Lagos, Sociedad Hostería Suizandina, representada por el Sr. Sergio Alejandro Pérez Menares, Abordo SPA, representada por el Sr. Andrés Enrique Pagola del Río, CODEFF, representada por la Sra. Jenia Jofré Canobra, Agrupación Turística de Malalcahuuello, representada por el Sr. Sergio Alejandro Pérez Menares, y Agrupación Cultural Tugun de Malalcahuuello, representada por el Sr. Juan Pablo Arnello Viveros. La causa fue rolada R-39-2016, quedando a fs. 118 de autos.
- 5º Los Reclamantes indicaron que la Resolución Reclamada es contraria a derecho porque no se dio cumplimiento a las siguientes disposiciones: artículos 8º, 10, 11, 15 bis, 16, 26 de la LBGMA, art. 10 Reglamento del SEIA y artículos 1º, 2º y 3º de la Ley N°20.423, del sistema institucional para el desarrollo del turismo.
- 6º En su escrito, los Reclamantes solicitaron que el Tribunal declare que la Resolución Reclamada no se ajusta a la normativa vigente y sea anulada totalmente, ya que dicha resolución no consideró debidamente las observaciones ciudadanas realizadas por los Reclamantes de autos durante el proceso de evaluación ambiental del Proyecto.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

7º Con fecha 08 de junio de 2016, mediante resolución dictada en causa Rol R-37-2016, conjuntamente con disponer que se desacumularan los expedientes R-38-2016 y R-39-2016 del expediente R-37-2016, este Tribunal ordenó la acumulación del expediente R-39-2016 al expediente R-38-2016.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

8º De los antecedentes administrativos presentados en estos autos tanto por las partes requirentes, el Director Ejecutivo del SEA, y el titular del Proyecto en calidad de Tercero coadyuvante, consta que:

- a) Con fecha 22 de mayo de 2015, la empresa Hidroeléctrica Doña Alicia S.A, presentó ante el Comité de Ministros, reclamo administrativo en contra de la Resolución Exenta N° 079, de fecha 06 de abril de 2015, dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la IX Región de la Araucanía, que calificó ambientalmente desfavorable el Estudio de Impacto Ambiental -en adelante EIA- del Proyecto.
- b) Con fecha 16 de junio de 2015, el Director Ejecutivo del SEA dictó la Resolución Exenta N° 0750/2015, que admitió a trámite el reclamo administrativo referido en la letra a) precedente.
- c) Con fecha 06 de julio de 2015, el Director Ejecutivo del SEA dictó la Resolución Exenta N° 151.085/2015, por la que solicitó a diversos Organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental, que emitieran su informe en relación con el recurso de reclamación interpuesto por el Titular.
- d) Entre el 24 de julio de 2015 y el 25 de noviembre de 2015, dichos organismos presentaron sus respectivos informes.
- e) Con fecha 26 de noviembre de 2015 y 11 de diciembre de 2015, el Ministro del Medio Ambiente remitió los Memorándum N° 82/2015 y 87/2015, mediante los cuales remite al Director Ejecutivo del SEA diversas cartas presentadas por personas y organizaciones para que

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

puedan ser incorporadas en el expediente de reclamación del Proyecto.

- f) Con fecha 14 de diciembre de 2015, en sesión extraordinaria N° 5, el Comité de Ministros adoptó el acuerdo N° 17/2015.
- g) Con fecha 30 de diciembre de 2015, el representante del Titular solicitó al Director Ejecutivo del SEA que certificara si el recurso deducido fue acogido, la no existencia de otros recursos pendientes de resolución y que las personas naturales y jurídicas observantes del EIA no presentaron, dentro de plazo legal, recurso de reclamación conforme al art. 29 de la LBGMA.
- h) Con fecha 20 de enero de 2016, el Director Ejecutivo del SEA respondió la solicitud señalada en la letra g) precedente, mediante carta D.E N° 160063/16, certificando al efecto.
- i) Con fecha 28 de marzo de 2016, el Director Ejecutivo del SEA dictó la Resolución Reclamada, mediante la cual resolvió el recurso de reclamación interpuesto en contra de la Resolución de Calificación -en adelante "RCA"-.

II. Antecedentes del proceso de reclamación

9° Que respecto de los antecedentes del proceso, obran en autos los siguientes:

- a) A fs. 2 y ss., la Comunidad interpuso ante este Tribunal reclamación en contra de la Resolución Reclamada. A la reclamación se acompañaron los siguientes documentos: Copia de la Resolución Reclamada; Copia del Informe denominado "Evaluación antropológica del impacto del proyecto Central de Paso Doña Alicia en comunidades mapuche de Curacautín", realizado por la Sra. Ana Cortez Salas, y por el Sr. Miguel Melin Pehuen, e Informe denominado "Análisis de los impactos territoriales del proyecto Central Hidroeléctrica de Paso Doña Alicia", realizado por don

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Pablo Mansilla Quiñones, ubicados de fs. 34 a fs. 109 de Autos.

- b) A fs. 110, previo a proveer la reclamación de autos, se ordenó acreditar tanto la personería para representar a la Comunidad, como el certificado que acredite la existencia de ésta.
- c) Con fecha 18 de mayo de 2016, se presentó ante este Tribunal la reclamación individualizada en el N° 4° de estos Vistos, la que fue admitida a trámite y ordenada acumular a la causa Rol R-37-2016, con fecha 24 de mayo de 2016. En definitiva, dicha causa se acumuló a la causa Rol R-38-2016, tal como se señaló en el numeral 7° de estos Vistos. A la reclamación referida en el párrafo anterior, se acompañaron los siguientes documentos: copia de estudio de opinión de visitantes realizado por la Agrupación de Turismo de Malalcahuuello y tres escrituras de Mandato Judicial otorgadas por los Reclamantes.
- d) A fs. 111, la Comunidad realizó presentación ante este Tribunal, acompañando documento consistente en certificado electrónico de personalidad jurídica, emitido por la CONADI.
- e) A fs. 116, este Tribunal resolvió tener por cumplido lo ordenado a fs. 110, admitiéndose a trámite la reclamación presentada a fs. 2 y siguientes, solicitando informe al Reclamado de conformidad a lo establecido en el art. 29 de la LTA. Por último, se ordenó acumular la presente causa a la causa Rol R-37-2016, tal como se señaló en el Punto 7° de los Vistos.
- f) A fs. 192, el Tribunal resolvió acoger la solicitud de medida cautelar realizada en el segundo otrosí del escrito de Reclamación de fs. 2 y siguientes, relativa a la suspensión de los efectos de la Resolución Reclamada.
- g) A fs. 194, la Comunidad solicitó se exhortará al Tribunal competente para efectos de notificar

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

personalmente la resolución dictada a fs. 192 de autos, a lo que se dio lugar por parte del Tribunal, a fs. 195.

- h) A fs. 196, el Reclamado presentó escrito ante este Tribunal, mediante el cual interpuso incidentes de incompetencia absoluta de este Tribunal, y de nulidad de todo lo obrado, respecto del recurso de protección presentado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago por don Luis Alberto Araneda Necuman, en representación de la Comunidad indígena Benancio Huenchupán, recurso que en principio fue remitido a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, y posteriormente remitido a este Tribunal, el que fue ingresado como causa Rol N° R-37-2016 ; en dicha presentación, solicitó -además- el alzamiento de la medida cautelar decretada a fs. 192.
- i) A fs. 271, este Tribunal resolvió acoger el incidente de incompetencia absoluta referido en la letra i) precedente, disponiendo se trabara contienda de competencia con la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, remitiéndose la causa Rol R 37-2016 a la Excelentísima Corte Suprema. Además, en dicha resolución, se ordenó desacumular los expedientes R-39-2016 y R-38-2016 del expediente R-37-2016, y que se acumulara el expediente R-39-2016 al expediente R-38-2016, tal como fue señalado en los Puntos 3 y 4 de los Vistos. Por último, se citó a las partes a audiencia para el día martes 14 de junio a las 09:00 horas, con el objeto de resolver la solicitud de alzamiento de medida cautelar, formulada por el Reclamado a fs. 196 y siguientes.
- j) A fs. 279, el Reclamado solicitó ampliación de plazo para evacuar el informe respectivo, a lo que este Tribunal accedió, a fs. 285.
- k) A fs. 286, compareció el Sr. Aldo Poblete Flores en representación de la empresa Hidroeléctrica Doña

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Alicia S.A -en adelante "el Titular"- solicitando se le reconozca a ésta la calidad de tercero coadyuvante del Reclamado. A fs. 297, con fecha 13 de junio de 2016, previo a proveer la presentación de fs. 286, este Tribunal ordenó acompañar copia autorizada de mandato judicial, dentro de tercero día, bajo el apercibimiento establecido en el inciso cuarto del art. 2º de la Ley N° 18.120. A fs. 298, con fecha 14 de junio de 2016, el Titular acompañó mandato judicial, a lo que este Tribunal resolvió, a fs. 297, tener por cumplido lo ordenado.

- l) A fs. 305, el Titular promovió incidente de incompetencia del Tribunal, conforme a lo establecido en los artículos 23 y 303 N° 1 de la LTA y del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.
- m) A fs. 387, este Tribunal resolvió tener al Titular como Tercero coadyuvante; además, se rechazó la excepción de incompetencia planteada a fs. 305; por último, se tuvo por acompañados los documentos de fs. 323 y siguientes.
- n) Con fecha 14 de junio de 2016, se llevó a cabo la audiencia de revisión de medida cautelar, cuya certificación rola a fs. 390, constando además, a fs. 393 y ss., que el Tribunal resolvió alzar la medida cautelar decretada a fs. 192.
- o) A fs. 398, el Reclamado evacuó el informe solicitado, acompañando copia autentificada en formato electrónico (CD) del expediente de reclamación del Proyecto; resolviendo este Tribunal -a fs. 450- tener por evacuado el informe requerido, y por no presentado el expediente administrativo para todos los efectos legales; decretándose autos en relación, fijándose audiencia de alegatos para el día miércoles 06 de julio de 2016 a las 10:00 Hrs.
- p) A fs. 452, compareció el Sr. Luis Quijada Llancaleo en representación de la Sra. Gloria Pérez, y de la Sra.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Zulema Arriagada, solicitando se les reconozca a éstas la calidad de Terceros excluyentes en la presente causa; ordenando este Tribunal, a fs. 571, previo a proveer la presentación referida, acompañar copia autorizada de mandato judicial, dentro de tercero día, bajo el apercibimiento establecido en el inciso cuarto del art. 2º de la Ley N° 18.120. A fs. 572, con fecha 23 de junio de 2016, el abogado de la parte acompañó copia autorizada de mandato judicial, tendiente a acreditar su personería para comparecer en estos autos, modificando la calidad de Tercero; resolviendo este Tribunal, a fs. 578, tener por cumplido lo ordenado y aceptando la comparecencia en calidad de Tercero coadyuvante, respecto de las representadas. Asimismo, en dicha resolución, el Tribunal se pronunció sobre la medida cautelar solicitada por dicho interveniente, no dándole lugar por estimar que el interés y los fundamentos expuestos constituyen una materia de naturaleza distinta a las que se dirigen las medidas cautelares, como asimismo el hecho de encontrarse causa pendiente en tribunal diverso.

- q) A fs. 579 y ss., el Reclamado interpuso recurso de reposición en contra de la resolución dictada por este Tribunal a fs. 450, específicamente respecto de aquella parte que resolvió tener por no presentado el expediente administrativo; a lo que este Tribunal resolvió -en síntesis-, dejar sin efecto lo resuelto previamente en la resolución de fs. 450 y, además, ordenó certificar al Secretario Abogado del Tribunal, el contenido del disco compacto -CD-, acompañado por el Reclamado mediante presentación de fs. 398 y siguientes. A fs. 589, consta dicha Certificación.
- r) A fs. 590 y sgte., este Tribunal resolvió tener por no acompañado el expediente administrativo.
- s) A fs. 593 y ss. el titular, presentó escrito solicitando al Tribunal tener presente consideraciones

respecto de las alegaciones de la Comunidad y de los Reclamantes, solicitando el rechazo de las reclamaciones deducidas, como asimismo, acompañó los siguientes documentos: Examen de admisibilidad al SEIA del proyecto Central Hidroeléctrica Doña Alicia, Copia de RCA N° 79/2015, Copia de RCA N° 322/2016, Copia de Anexo 12 del Estudio de Impacto Ambiental. Informe de Inspección Antropológica, Copia de Anexo 14 del Estudio de Impacto Ambiental. Estudio de Turismo, Copia de Anexo 13 de la Adenda N° 1. Estudio de Turismo, Copia de Anexo 22 de la Adenda N° 1. Responsabilidad Social Empresarial, Copia de Anexo 4 de la Adenda N° 2. Estudio de Turismo, e Inscripciones de dominio de propietarios de terrenos, lo que se tuvo presente por a fs. 1483 y 1518.

- t) Con fecha 06 de julio de 2016, el Reclamado y el Titular, mediante presentaciones que rolan a fs. 1519 y 1520, respectivamente, acompañaron los siguientes documentos en formato electrónico: i) Expediente de reclamación administrativa del Proyecto, ii) Expediente de evaluación ambiental del Proyecto, iii) Expediente integrado del Proyecto; siendo los dos primeros acompañados por el Reclamado y el tercero por el Titular. Considerando lo establecido en el art. 348 bis del Código de Procedimiento Civil, este Tribunal resolvió citar a audiencia de percepción documental para el día miércoles 13 de julio de 2016 a las 10:00 hrs.
- u) A fs. 451, se decretó autos en relación, fijándose la audiencia de alegatos para el 06 de julio de 2016, a las 10:00 hrs. La certificación de la realización de la audiencia rola a fs. 1525.
- v) Con fecha 13 de julio de 2016, se llevó a efecto la audiencia de percepción documental, cuya Acta rola a fs. 1526.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

w) A fs. 1527, la causa quedó en acuerdo y con la misma fecha, a fs. 1528, se designó ministro redactor a la Ministra Sra. Sibel Villalobos Volpi.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la presente causa fue promovida por el Sr. Luis Araneda Necuman, en representación de la Comunidad Benancio Huenchupán y posteriormente por el Sr. Ignacio Donoso De la Noi y Otros, solicitando ambas partes que este Tribunal deje sin efecto la Resolución Reclamada.

SEGUNDO: Que ambas reclamaciones se fundaron en el art. 17 N° 6 de la LTA, por falta de consideración de las observaciones formuladas en la evaluación de impacto ambiental del Proyecto, las que fueron reiteradas durante el procedimiento de reclamación presentada por el Titular ante el Comité de Ministros.

TERCERO: Que a la causa compareció como tercero coadyuvante de la parte reclamada -Comité de Ministros-, el Sr. Aldo Poblete Flores, abogado en representación de Hidroeléctrica Doña Alicia S.A, titular del Proyecto. Asimismo, compareció el Sr. Luis Quijada Llancaleo, en representación de la Sra. Gloria Milady Pérez y la Sra. Zulema Arriagada, a quienes se tuvo como tercero coadyuvante de las partes requirentes.

CUARTO: Que el Reclamado, al evacuar el correspondiente informe, indicó que el acto administrativo se encuentra debidamente fundado y solicitó el rechazo de las reclamaciones, con expresa condena en costas.

QUINTO: Que de lo expuesto por la Sra. Gloria Milady Pérez y la Sra. Zulema Arriagada, el Tribunal no efectuará pronunciamiento, dado que los hechos en los que sustentan su presentación se encontrarían en conocimiento de otro Tribunal, y en nada aportan a las pretensiones de la Comunidad como de los Reclamantes, pues no se refieren a los argumentos expresados por ellos, sino a servidumbres de paso para las obras del Proyecto. Adicionalmente, el defecto cuestionado por

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

dichas intervenientes no incide en la validez del acto cuestionado.

SEXTO: Que analizadas las alegaciones de las partes, el Tribunal estima que las controversias son las que se indican a continuación, las que, para un adecuado desarrollo de la sentencia, se ordenarán del siguiente modo:

1. La competencia del Tribunal y la legitimación activa de la Comunidad y de los Reclamantes,
2. La indefensión del Reclamado,
3. La pertinencia de aplicación del art. 17, N°8 de la LTA,
4. La debida consideración de las observaciones formuladas por la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán; y
5. La debida consideración de las observaciones formuladas por Ignacio de la Noi y Otros.

1) La competencia del Tribunal y la legitimación activa de la Comunidad y de los Reclamantes

SÉPTIMO: Que el Reclamado, a partir del mismo hecho ha promovido dos alegaciones diferentes. Según el SEA, siendo que ni la Comunidad ni los Reclamantes agotaron la vía administrativa, no era posible que recurriesen la decisión del Comité de Ministros -Resolución Reclamada- por la vía del art. 17 N° 6 de la LTA, ya que, por una parte, el Tribunal sería incompetente, pues dicho artículo sólo le entrega competencia una vez que se ha agotado la vía administrativa; y por otra, estos actores no tendrían legitimación activa para reclamar, puesto que el agotamiento de la vía administrativa sería un presupuesto básico del acceso a la justicia ambiental, cumplido sólo por el titular del Proyecto.

OCTAVO: Que, por su parte, la Comunidad indicó que presentó observaciones en la etapa de participación ciudadana de la evaluación ambiental del Proyecto "y posteriormente sus reclamaciones ante el Comité de Ministros" (fs. 3).

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Por otro lado, los Reclamantes, De la Noi y otros, sostuvieron que, si bien fue el titular quién reclamó contra la Resolución Exenta 079/2015 (que calificó ambientalmente desfavorable el EIA del proyecto) ante el Comité de Ministros, les asiste el derecho de formular sus reclamaciones en la presente instancia, ya que no podían haber presentado ellos una reclamación anterior, en circunstancias de que sus observaciones ciudadanas habían sido debidamente consideradas por las autoridades regionales, al momento de calificar ambientalmente el Proyecto - Resolución Exenta 079/2015-. Con ello, no se les podría exigir el aludido agotamiento, máxime cuando el acto final era favorable a sus observaciones.

Adicionalmente, los Reclamantes estimaron que la vía administrativa previa se encontraba agotada tras la reclamación interpuesta por el Titular, en conformidad al art. 17 N°6 de la LTA y que, debido a ello, el Tribunal era absolutamente competente para conocer de la reclamación.

NOVENO: Que para decidir esta controversia, deben analizarse, por una parte, los presupuestos procedimentales que establece la ley a efectos de ejercer el reclamo ante los Tribunales Ambientales y, por la otra, la legitimación tanto de la Comunidad como de los Reclamantes, para actuar en la presente causa.

DÉCIMO: Que, una interpretación literal del N°6 del art. 17 de la LTA, que supedita el reclamo del art. 29 de la Ley N°19.300, a lo establecido en el art. 20 del mismo cuerpo legal, tal como sostiene el Reclamado, conduciría a una contradicción normativa; toda vez que, por una parte, el art. 29 de la LBGMA permitiría la reclamación a los ciudadanos observantes del procedimiento, mientras que por otra parte, el art. 20 de la LBGMA permitiría esta acción sólo a los titulares de proyectos, excluyendo a los ciudadanos.

UNDÉCIMO: Que estos sentenciadores discrepan de la argumentación del Reclamado, puesto que la ley procesal debe interpretarse de modo que produzca efectos que no perjudique a

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

los intervinientes. Resulta inaceptable que el art. 20 LBGMA permita solo reclamar al agraviado y que éste obtenga una resolución favorable, sin darle la oportunidad a quienes fueron gananciosos originalmente de poder ocurrir en contra de la decisión del Comité de Ministros que les afecta. Debido a ello, debe interpretarse necesariamente que la remisión al art. 20 de la LBGMA, para quienes han formulado observaciones ciudadanas, se refiere sólo a los aspectos relacionados con el plazo y el emplazamiento de la acción. En consecuencia, estos sentenciadores desecharán este argumento del Reclamado.

DUODECIMO: Que el Reclamado indicó además que sólo puede intentar la reclamación judicial el actor que haya agotado la vía administrativa previa, conforme lo dispondría el art. 17 N° 6 de la LTA.

A juicio de estos sentenciadores, aceptar esta conclusión del Reclamado conduce a situaciones paradójicas. Por ejemplo, en el caso hipotético de que un proyecto calificado favorablemente por la Comisión Evaluadora, fuere recurrido ante el Comité de Ministros por quienes estimaren que sus observaciones no fueron debidamente consideradas y resultaren gananciosos, el titular del proyecto no podría recurrir ante el Tribunal Ambiental por no haber reclamado la correspondiente actuación de la COEVA. Lo mismo ocurriría si, a la inversa, en un proyecto calificado desfavorablemente por la Comisión Evaluadora en atención a las observaciones ciudadanas, se produjera una calificación favorable por la intervención del titular ante el Comité de Ministros.

En la especie, los ciudadanos que intervinieron formalmente en la evaluación ambiental del Proyecto, no encontraron perjudicados sus intereses con la Resolución Exenta N°079/2015, de 6 de abril (que calificó ambientalmente desfavorable el EIA del Proyecto), por lo que no existiría objeto para una reclamación administrativa por su parte. El Titular, por el contrario, estimó que el Proyecto debió ser calificado favorablemente, motivo por el que dedujo el recurso

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

administrativo correspondiente, logrando de ese modo la calificación favorable por parte del Comité de Ministros. En dicho procedimiento, se incorporaron mediante los memoranda N°82/2015, de 26 de noviembre y N°87/2015, de 9 de diciembre, cartas de ciudadanos, comunidades y agrupaciones que habrían participado en el proceso de consulta pública, las que fueron suscritas por algunos de los actuales reclamantes -el Sr. Luis Alberto Araneda Necuman, Agrupación Turística de Malalcahuello, CODEFF y, Agrupación Cultural Tugún- quienes expusieron las observaciones presentadas en la evaluación ambiental del Proyecto, para que éstas fueran consideradas por el Comité de Ministros.

DECIMOTERCERO: Que, interpretando armónicamente la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (artículos 4°, 26, 29 y 30 bis de la LGBMA), se aprecia que ésta no sólo permite, sino que también promueve la coexistencia en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de dos clases de interesados, el titular, quien insta el procedimiento y, por otra parte, el ciudadano observante, que vela por pretensiones particulares o colectivas, vinculadas al proyecto presentado por el titular. Con ello, es posible que entre estos actores se presenten intereses compatibles, como también, contrapuestos. Ahora bien, la interpretación literal de las disposiciones normativas, como ya se razonó, afectaría la eficacia procesal en contra de determinados intervenientes, en circunstancias que es claro que con los artículos 20 y 29 de la LBGMA se concede a todos estos intervenientes la posibilidad de presentar los reclamos administrativos y jurisdiccionales que sean necesarios para el logro de sus pretensiones.

Para estos sentenciadores, es sólo a través de la interpretación armónica de estas disposiciones que se logra impedir la eventual indefensión de todos los interesados involucrados en el procedimiento administrativo, a la vez que se resguarda el principio de participación consagrado en la Ley N° 19.300.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

DECIMOCUARTO: Que el razonamiento anterior es concordante con el empleado en la Sentencia de uno de diciembre de 2015 del Segundo Tribunal Ambiental (Rol R 54-2014), en la que, aplicando una interpretación sistemática de los Ns. 5 y 6 del artículo 17 LTA, concluyó que:

"no puede estimarse que la actora se conformó con la consideración de las observaciones en el procedimiento de evaluación y no agotó previamente la vía administrativa, por la circunstancia de no haber reclamado ante el Comité de Ministros en contra de la RCA N° 37/2014, máxime si, en este caso, dicha resolución satisfizo sus pretensiones al calificar desfavorablemente el proyecto", declarando además que, "Lo relevante, para efectos de cumplir con el agotamiento de la vía administrativa, es que los recursos administrativos que procedan hayan sido interpuestos y se encuentren resueltos, independientemente de quién los interpuso. De seguirse el criterio contrario, quedarían en indefensión todos aquellos que, habiendo intervenido en un proceso de participación ciudadana, no reclaman administrativamente, por haber concluido la evaluación ambiental de acuerdo a sus pretensiones".

DECIMOQUINTO: Que posteriormente, la Sentencia de la Corte Suprema, de 19 de mayo de 2016 (Rol N° 817-2016), que rechazó los recursos de casación en forma y fondo presentados contra la citada sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, al pronunciarse sobre la legitimación de los reclamantes, declaró que:

"[...] debe recordarse que la debida consideración de las observaciones no necesariamente significa que éstas deban ser siempre acogidas, por cuanto ellas se someten a un primer examen de parte del Servicio de Evaluación Ambiental y, posteriormente, de ejercerse los recursos administrativos contemplados por la Ley N°19.300, corresponde que el Comité de Ministros efectúe un segundo análisis que puede ser favorable o desfavorable. Es así

como, en virtud de dicho cambio de criterio, es que se rechazaron las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por el reclamado, toda vez que la calidad de participante en este proceso de las comunidades reclamantes deriva justamente de la presentación de las referidas observaciones y su debida consideración al momento de otorgar la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto" (Considerando Décimo Sexto).

DECIMOSEXTO: Que por todo lo expuesto precedentemente, en el caso en análisis, estos sentenciadores dan por cumplidos todos los requisitos establecidos en el art. 17 N°6 de la LTA, esto es, que la reclamación sea en contra de una resolución del Comité de Ministros y que haya sido interpuesta por quienes hayan participado en la etapa de participación ciudadana y cuyas observaciones no hayan sido debidamente consideradas en la calificación ambiental del proyecto. De este modo, se concluye que este tribunal es competente para conocer la controversia y que los actores de autos se encuentran habilitados para ejercer el presente reclamo judicial. Por estos motivos, corresponde rechazar lo alegado en este aspecto por el Reclamado.

2) La indefensión del Reclamado

DECIMOSEPTIMO: Que, el Reclamado sostuvo que la falta de agotamiento de la vía administrativa por parte de los requirentes, habría generado, para sí, la indefensión. Esto, por cuanto se obligaría al Tribunal a pronunciarse sobre materias que no fueron puestas en conocimiento del Reclamado, toda vez que no hubo recurso administrativo alguno por parte de los ciudadanos observantes. Afirmó que de sostenerse la aplicación de la acción prevista en el N°6 del art. 17 de la LTA, se generaría un procedimiento viciado por vulnerarse, en contra del Reclamado, el derecho a la legítima defensa.

Expresó además el Reclamado, a fs. 414 y ss., que la Resolución Reclamada si bien reviste de variadas consideraciones de mérito, considera como límite la congruencia. De esta manera,

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

el Comité de Ministros sólo podía pronunciarse sobre aquello que fue sometido a su conocimiento, esto es, el recurso de reclamación presentado por el responsable del proyecto, viéndose así imposibilitado de entrar en el análisis de los argumentos expresados por la Comunidad y por los Reclamantes.

DECIMOCTAVO: Que, a juicio de estos sentenciadores la indefensión se vincula con los límites o restricciones a la defensa o a otra actuación procesal de parte durante el proceso. La actuación procesal obrada por el Reclamado por medio de su informe evacuado en la presente causa a fs. 398 y ss., le ha permitido explicar los fundamentos del acto recurrido y oponer alegaciones y defensas, las que están siendo valoradas por el Tribunal en este acto.

DECIMONOVENO: Que por otra parte, el Reclamado no puede alegar desconocimiento de las observaciones ciudadanas formuladas durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, toda vez que en la Resolución Reclamada se expresa, en el Considerando 11.4 que:

“[...] el análisis del recurso de reclamación interpuesto por el Proponente, se realizará considerando tanto las causales de rechazo de la RCA N° 79/2015, así como el acta de votación de calificación del Proyecto.” (El destacado es del Tribunal).

Posteriormente, en el Considerando 13.1, señaló que:

“Sin perjuicio de que los antecedentes y observaciones planteados por las personas naturales y jurídicas ya individualizadas no cumplen con las formalidades y requisitos para que sean incorporados a la presente instancia recursiva como nuevas materias reclamadas, las inquietudes planteadas en ellos han sido recogidas y tenidas a la vista por este Comité de Ministros para efectos de la resolución de los recursos de reclamación interpuestos.” (El destacado es del Tribunal).

VIGÉSIMO: Que el citado análisis de formalidad no constituiría una justificación suficiente para la limitación de los poderes

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

de revisión y control del Comité de Ministros sobre el procedimiento y el acto administrativo recurrido en sede administrativa, toda vez que, en virtud de lo establecido en el art. 31 de la Ley N° 19.880, -en adelante "LBPA"-, se debió requerir a estos actores ciudadanos que, en un plazo de cinco días, subsanaren la falta de requisitos necesarios para que sus pretensiones hayan podido ser plenamente atendidas, bajo apercibimiento de tenérselas por desistidas en el caso de no completar este requisito. Si así se hubiese obrado, cosa que no ocurrió, existiría absoluta certeza de la imposibilidad para el Comité de Ministros de haber considerado tales pretensiones.

Por todo lo razonado precedentemente, se rechaza la alegación efectuada por la reclamada.

3) La pertinencia de aplicación del art. 17 N°8 de la LTA

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, el Reclamado señaló que a la Comunidad y a los Reclamantes les correspondería acceder al control jurisdiccional mediante la habilitación indicada en el numeral 8° del art. 17 de la LTA, pues allí se establecería una acción residual, amparando a aquellos que no cumplen con los requisitos de los números 5 y 6 del art. 17 LTA. De esta manera concluye que la ausencia de los presupuestos de impugnación de la vía propuesta, hace que dichos actores carezcan de legitimación activa para hacer valer la acción. En este orden, el Reclamado ilustra lo abordado en la historia de la Ley N° 20.600, como también, los fundamentos que estarían asentados por la jurisprudencia reciente.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el reclamo contemplado en el numeral 8° del art. 17 de la LTA, si bien es de carácter general, encuentra una limitación a su ejercicio en el caso de los sujetos para los cuales se ha dispuesto un reclamo especial. Así se deduce de la excepción expresa formulada para las reclamaciones en contra de las resoluciones de calificación ambiental, ámbito en el cual, existe una vía recursiva especial (artículos 29 y 20 de la LBGMA y artículo 17, N° 5 y N° 6 de la LTA).

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

VIGÉSIMO TERCERO: Que adicionalmente a lo expuesto precedentemente, la vía recursiva especial diseñada para las Resoluciones de Calificación Ambiental constituye una norma de aplicación específica, en tanto que la norma de invalidación es de carácter general, por lo que su uso como recurso perdería toda prioridad de aplicación frente a la señalada vía recursiva especial.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en consecuencia, estos sentenciadores arriban a la conclusión que, atendida la excepción expresa del art. 17 N° 8 de la LTA respecto de las resoluciones de calificación ambiental, no corresponde su uso por parte de los actores señalados en los numerales 5 y 6 del art. 17 de la LTA, rechazándose así la alegación presentada, a estos efectos, por el Reclamado.

4) La debida consideración de las observaciones formuladas por la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán

VIGÉSIMO QUINTO: Que la Comunidad fundamentó su reclamación respecto de la falta de consideración de sus observaciones ciudadanas en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en los siguientes argumentos:

- 1) Las conclusiones deficitarias y cuestionables del Informe de Inspección Antropológica (Anexo 12 del EIA) provocó el desconocimiento del carácter indígena del territorio donde se emplazará el Proyecto, circunstancia que se produce principalmente por haberse considerado la opinión de las comunidades del sector, por desconocimiento de elementos esenciales del pensamiento mapuche, principalmente en lo relacionado al vínculo espiritual y cultural con el río Cautín.
- 2) Las observaciones formuladas por la Comunidad Benancio Huenchupán no fueron debidamente consideradas en el análisis del Comité de Ministros, contraviniendo el mandato legal de considerar las cuestiones planteadas por los interesados al momento de una decisión que ponga fin a un procedimiento (art. 8° y art. 41 de la LBPA).

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- 3) La resolución recurrida valida un proceso que no cumplió con los estándares de la consulta indígena conforme al Convenio 169 OIT.
- 4) El área de influencia del Proyecto fue delimitado sin mayor justificación y sin considerar las reales interacciones espaciales en el territorio.
- 5) Que a pesar del amplio reconocimiento al derecho a consulta de los pueblos originarios como mecanismo de igualación, esta situación no se produjo, ya que no se consideraron los elementos culturales y espirituales que vinculan a la Comunidad con los recursos que se verán afectados. Todo ello representa un análisis unilateral de la afectación a las comunidades indígenas del sector, lo que vulneraría las disposiciones legales referentes a la igualdad ante la Ley.

VIGÉSIMO SEXTO: Que el Reclamado informó que en el proceso de evaluación de impacto ambiental las observaciones de la Comunidad Benancio Huenchupán fueron debidamente consideradas, y que una vez analizadas éstas, se determinó la improcedencia de la realización de un proceso de consulta indígena, aspecto que también fue abordado por el titular del Proyecto en su presentación de fs. 593 y ss.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que los argumentos presentados por el Reclamado para desestimar este proceso de consulta indígena dicen relación con:

- 1) La no consideración de las observaciones de la Comunidad por parte del Comité de Ministros no constituye una ilegalidad, ya que el órgano se pronunció sobre la materia que estaba conociendo, esto es, el reclamo del titular respecto de su calificación desfavorable, por lo que no podía pronunciarse sobre las observaciones ciudadanas;
- 2) Las observaciones de la Comunidad fueron debidamente consideradas en la RCA del Proyecto, ya que el sitio histórico conocido como Piedra Cortada no se verá afectado por las obras del Proyecto ya que éstas no serán visibles

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

desde el hito, la Comunidad no se verá afectada ya que se encuentra a 13 Km de la obra más cercana, y CONADI en su Oficio N° 634/2013, habría validado la inexistencia de afectación directa, circunstancia necesaria para el proceso de consulta;

- 3) Sobre la materia en discusión existe nutrida jurisprudencia que permitiría concluir que el procedimiento de consulta indígena procede cuando existe afectación concreta, significativa y directa, lo que no ocurre en este caso, ya que el Proyecto no interviene un área de desarrollo indígena ni tampoco tierras indígenas. A ello se sumaría que durante la evaluación no hubo justificación respecto de la afectación concreta a los pueblos originarios ni explicación razonable de cómo ésta se produciría; estimándose así que no habrían antecedentes sobre impactos significativos aportados por la Comunidad en el proceso de consulta pública.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que consta en la resolución recurrida, particularmente en sus considerandos N° 13.1 y 13.3 que el Comité de Ministros recogió las inquietudes de la Comunidad y las tuvo a la vista para efectos de resolver la reclamación del Titular, expresando finalmente que:

"[...] fueron debidamente consideradas y respondidas en la RCA N° 79/2015, páginas 274 a 278. Al respecto, se concluye que: "[...] el proyecto no se emplaza ni se localiza próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados. El proyecto tampoco afecta significativamente el valor ambiental del territorio, en el entendido que es un sector que presenta actividad antrópica (ganadería, forestal, otros) y donde las formaciones intervenidas, se ven representadas en sectores aledaños o cercanos.

Hecho un análisis territorial las comunidades mapuches más cercanas se emplazan a una distancia superior a 13 kilómetros (aguas abajo del proyecto), no siendo afectadas

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

significativamente, respecto de este tema hay que dar cuenta que el proyecto cuenta con conformidad de CONADI según Of. N° 634/2013" [SIC].

VIGÉSIMO NOVENO: Que las disposiciones normativas que regulan la consideración de las observaciones ciudadanas en el SEIA se encuentran en el art. 29 de la LBGMA y el art. 53 del D.S. N° 95/2001 RSEIA, ambos aplicables al caso en estudio. En estos preceptos se establece que la Administración debe hacerse cargo de las observaciones ciudadanas, "pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución" (art. 29, inciso tercero de la LBGMA), debiendo además "ponderar las observaciones en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental" (art. 53, inciso quinto del D.S. N° 95/2001).

TRIGÉSIMO: Que como ya ha expresado este Tribunal en sentencia causa Rol R-6-2014, el control judicial de un acto administrativo ha de consistir en la verificación, tanto de los elementos reglados como de la motivación del acto, siendo necesario, entonces, que en sede judicial se pueda comprobar el ejercicio racional de la Administración respecto de la consideración de estas observaciones ciudadanas, con expresión necesaria y suficiente de los criterios y elementos que sustentan la decisión, así como de la aptitud e idoneidad de éstos últimos para fundar la decisión. Consecuentemente, se revisará si la argumentación expresada en la RCA al considerar las observaciones de la Comunidad Benancio Huenchupán, que fue estimada como adecuada por el Comité de Ministros, se encuentra debidamente motivada.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, el argumento expresado por el Comité de Ministros, tras haber tenido a la vista las observaciones de la Comunidad, se sustentó en el pronunciamiento conforme emitido por CONADI en el proceso de evaluación de impacto ambiental y en el Informe de Inspección Antropológica aportado por el Titular como anexo 12 de su EIA, el cual consta a fs. 1358 y ss. de autos.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en relación con los mencionados antecedentes presentados en el pronunciamiento de CONADI mediante el oficio N° 634/2013, se aprecia que el citado documento expresa que de la revisión del Proyecto “este órgano de la administración del Estado se pronuncia conforme sobre el Estudio de Impacto Ambiental” [SIC]; sin mayor fundamentación y sin aportar antecedentes. A juicio de estos sentenciadores el pronunciamiento de CONADI es infundado, al no explicitar las razones que le permitieron alcanzar la conclusión a la que arribó. Conforme lo dispone el art. 9º inc. final LBGMA, los pronunciamientos de los órganos de la Administración “[...] deberán ser fundados [...]. En consecuencia, el pronunciamiento de CONADI no resulta idóneo dentro del contexto de la evaluación ambiental.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que el Informe de Inspección Antropológica trata sobre los efectos indicados en la letra f) del art. 11 de la LBGMA (fs. 1359), el cual se relaciona con la alteración de sitios antropológicos, sin hacer mención alguna a los demás aspectos normados que deben ser considerados en el análisis de afectación directa de pueblos originarios, contenidas en las letras c) y d) del mismo artículo, relacionadas con la alteración de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos y la ubicación próxima a población protegida. No obstante ello, el informe reconoce la existencia de comunidades indígenas en la zona, a distancias que fluctúan entre los 21 y los 13 km, medidos desde las futuras obras del Proyecto.

Posteriormente, la información relacionada con la dimensión antropológica (letra c) del art. 8º RSEIA) no es recogida desde las comunidades previamente identificadas, sino que proviene de una única inspección visual, ratificada mediante una única entrevista, formulada a una persona que no pertenecería a la etnia Mapuche ni a las comunidades reportadas en el mismo informe y podría, además, tener conflictos de interés, al trabajar para los dueños del predio donde se emplazará el Proyecto, según lo reportado en el mismo documento. Adicionalmente, el informe ya citado sostiene que, al

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

preguntársele a la única entrevistada respecto de la "existencia de cementerios indígenas antiguos o modernos, sitios nguillatúe o palihue antiguos o de uso reciente, así como una cualquiera de las demás categorías de sitios patrimoniales mapuche que pudieran estar o haber estado localizados en los alrededores" [SIC], esta persona habría declarado que "tanto ella como su esposo never han tenido conocimiento de su existencia" (el destacado es del Tribunal). Lo anterior, no expresa que no existan estos elementos, sino, desconocimiento respecto de su existencia. No obstante ello, el informe concluyó que no existen "sitios patrimoniales mapuche especialmente nguillatúe, menoko, ngeko, eltún, pitrantu" [SIC]. Esta afirmación, a pesar de las deficiencias metodológicas detectadas, se validó en el transcurso de la evaluación y fue aplicada, tanto en el razonamiento sobre la no generación de los impactos establecidos en las letras c) y d) del art. 11 de la LBGMA, como en la consideración de las observaciones ciudadanas de la Comunidad Benancio Huenchupán.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que por lo precedentemente expuesto, a juicio del Tribunal, el titular no demostró en forma expresa y suficiente la no generación de los efectos adversos significativos sobre las comunidades indígenas presentes en el sector. Con el Informe de Inspección Antropológica, no es posible descartar eventuales cambios en la dimensión antropológica (características étnicas, manifestaciones de la cultura tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados), ni es posible evaluar la proximidad a lugares o sitios en que se llevan a cabo manifestaciones propias de la cultura o folclore de algún pueblo, comunidad o grupo humano. Lo anterior, debido a que dicho informe es metodológicamente precario y poco riguroso, al basarse en sólo una visita al área de emplazamiento del Proyecto y en una única encuesta.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que esta deficiencia no fue debidamente corregida durante el proceso de evaluación ambiental, con lo que se transmitió a las decisiones en torno a la consideración

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

de las observaciones de la Comunidad Benancio Huenchupán, lo que a su vez hace insuficientes los argumentos para sostener fundadamente, en forma racional e inequívoca, que no se producen los efectos adversos significativos establecidos en las letras c) y d) del art. 11 de la LBGMA.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que durante la evaluación ambiental, y posteriormente durante el procedimiento de reclamación administrativa, la Comunidad no proporcionó antecedentes concretos que acreditaran la situación contraria, esto es, la generación de afectación directa a las comunidades indígenas producto del Proyecto. Debido a ello, al no existir evidencia suficiente e idónea para descartar la afectación a la Comunidad, estos sentenciadores no pueden pronunciarse fundadamente al respecto.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que durante el proceso seguido ante este Tribunal, los informes presentados por la Comunidad a fs. 87 y ss. presentan una serie de falencias que imposibilitan su uso como evidencia de afectación directa y significativa a la Comunidad.

El principal defecto de los informes presentados es que, a pesar de indicarse el uso de la metodología cualitativa de Taylor y Bodgan, autores que establecen que las entrevistas en profundidad requieren el establecimiento de *rapport* con los informantes y la formulación de preguntas no directivas, de modo de interactuar con los informantes de modo natural y no intrusivo (Taylor, S. y T. Bodgan. 1987. *Introducción a los Métodos Cualitativos*. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, p. 20 y p. 101), en el informe "Evaluación antropológica del proyecto Central de Paso Doña Alicia en comunidades mapuche de Curacautín" no existe referencia a la forma en que se construye el vínculo de confianza con la comunidad (*rapport*) en forma previa a la entrevista, y se aprecia en la pauta de entrevista grupal una pregunta dirigida, que es la N° 3: "¿Consideran que la Central Doña Alicia será instalada en su

territorio? Porque?"[SIC], que no comparte el criterio metodológico de los autores citados.

Adicionalmente, no se incluyen en los informes presentados citas de las expresiones de los entrevistados como representación fidedigna de los resultados del trabajo de campo, ni se expresa la forma en que las respuestas dadas por los miembros de la comunidad fueron interpretadas para dar lugar a las conclusiones presentadas.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, no obstante lo anterior, y en atención a que se ha llegado a la conclusión de que no existió en el acto recurrido la debida fundamentación de las respuestas dadas a la Comunidad a sus observaciones ciudadanas, el Tribunal acogerá en este punto su reclamación, declarando en consecuencia que la falta de motivación detectada resulta suficiente para anular la Resolución Reclamada, en tanto se configura una ilegalidad sustancial, contraria a lo dispuesto en el inciso cuarto del art. 41 de la LBPA.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que por lo anteriormente expuesto y estando en presencia de un vicio que afecta de forma total al acto administrativo reclamado, es innecesario emitir pronunciamiento respecto de las demás alegaciones destinadas al mismo fin; por lo que este Tribunal no se pronunciará sobre las demás controversias.

Por estas consideraciones, y **TENIENDO PRESENTE** además lo dispuesto en los artículos 1º, 5º letra c), 17 número 6), 18 número 5), 21, 25, 27, 29, 30, 30, 31 y 47 de la ley 20.600; 20, 29, 30 bis y 60, de la Ley N° 19.300; 158, 159, 160, 161 inciso segundo, 163, 164, 169 y 170 del Código de Procedimiento Civil, y demás disposiciones legales pertinentes,

EL TRIBUNAL RESUELVE:

- 1º **Acoger** las reclamaciones de fs. 2 y siguientes y de fs. 118 y siguientes, declarando que la Resolución Exenta N°

0322 de fecha 28 de marzo de 2016 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental que, acogiendo recurso de reclamación, califica favorablemente el proyecto "Central Hidroeléctrica Doña Alicia", no se ajusta a las normas vigentes;

- 2º **Anular** totalmente la Resolución Exenta N° 0322 de fecha 28 de marzo de 2016 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.
- 3º **No condenar en costas** a las partes, por haber tenido motivo plausible para reclamar.

Acordado con el voto concurrente de la Ministra Sra. Villalobos, quien estuvo de acuerdo con el fallo; sin embargo, fue de la opinión de pronunciarse respecto de las alegaciones del Sr. Ignacio Donoso De la Noi y Otros, dado que existieron vicios de nulidad adicionales que recaen sobre el acto recurrido, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

- 1º Que en relación al proceso de participación ciudadana desarrollado en el procedimiento de calificación ambiental del Proyecto, los Reclamantes, Sr. Ignacio Donoso De la Noi y Otros, argumentaron en su reclamación que la participación ciudadana no cumplió con la normativa, lo que se reflejó en que la comunidad de Malalcahuello accedió a una reunión informativa al día 58 del proceso de participación ciudadana, a pocos días de finalizar el plazo para formular sus observaciones. El reclamado, por su parte, indicó que el proceso de participación ciudadana se realizó conforme a la ley, dando cuenta de todas las actividades desarrolladas en este aspecto de la evaluación. Asimismo, expresó que todas las observaciones formuladas por los Reclamantes fueron contestadas y que una respuesta desfavorable no puede interpretarse como una respuesta sin fundamento. Dichos aspectos fueron, asimismo, expresados en general por el titular del Proyecto en su presentación de fs. 593 y ss.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- 2º Que las normas generales aplicables al procedimiento de participación ciudadana en el contexto del SEIA, para el presente caso, se encuentran en los artículos 26 y siguientes de la LBGMA y en los artículos 49 y siguientes del D.S. N° 95/2001 RSEIA, los que disponen que este procedimiento requiere el establecimiento, en forma previa, de mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad, los cuales deben ser establecidos por la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo, según si se trata de proyectos regionales o inter-regionales, y deben ser específicos en cada caso, dependiendo de las características propias del proyecto o actividad.
- 3º Que revisados el ICE, la correspondiente RCA y la Resolución Reclamada, se encontró acreditación de todas las actividades llevadas a cabo en el marco del procedimiento de participación ciudadana, confirmándose el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la publicidad de la información, la apertura del proceso de consulta pública de 60 días y la atención de las observaciones ciudadanas. No obstante ello, no existen antecedentes que permitan comprobar el establecimiento previo de los mecanismos necesarios para asegurar la participación de la comunidad o que se haya solicitado la participación de los organismos públicos con competencia en materias de desarrollo social y/o participación ciudadana.
- 4º Que no se encuentra, en los antecedentes allegados al Tribunal, argumentos suficientes para explicar los motivos por los que la Administración priorizó actividades tempranas de participación solamente con los propietarios de terrenos en el área de emplazamiento y luego con organizaciones sociales en la localidad de Curacautín y no en Malalcahuuello, en circunstancias que esta última, corresponde al centro poblado más cercano al Proyecto. Tampoco se encuentra explicación respecto de cómo estas

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

actividades pueden entenderse como garantía de la participación informada de los habitantes de Malacahuello y sus alrededores.

- 5° Que lo anterior lleva a concluir que no se dio cumplimiento al art. 26 de la LBGMA ni al art. 49 del RSEIA (D.S. N° 95/2001), en relación al establecimiento de mecanismos adecuados para asegurar la participación informada de la comunidad, en forma previa a la consulta pública y en forma específica para el Proyecto. Lo anterior resulta particularmente relevante, ya que, mediante el análisis previo de las características sociales, económicas, culturales y geográficas de la población próxima a los proyectos, junto con las características particulares de cada proyecto y el apoyo de los órganos del Estado especializados en la materia, no sólo es posible asegurar el cumplimiento de la ley, sino que también se desarrolla, en el mayor grado posible, el principio participativo consagrado en la Ley N° 19.300.
- 6° Que el incumplimiento descrito en el considerando precedente, constituye un vicio de legalidad que no fue corregido en la resolución recurrida, no obstante los amplios poderes de revisión y control del Comité de Ministros y la existencia de numerosas observaciones de los Reclamantes, relativas a un proceso que no garantizó adecuadamente la participación informada de la ciudadanía.
- 7° Que en relación con la debida consideración de los planes de desarrollo, y de los instrumentos de planificación territorial (en adelante "IPT"), los Reclamantes, Sr. Ignacio Donoso De la Noi y Otros, expresaron que los planes de desarrollo local deben ser considerados debidamente en la evaluación, ya que estos instrumentos representan el valor del entorno natural, la historia y la cultura del sector. El Reclamado, por su parte, indicó que los planes de desarrollo deben considerarse como expectativas posibles, no como normativa aplicable al proyecto ni como una condición para determinar la presencia de efectos

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

adversos significativos. Menciona igualmente que la compatibilidad territorial de los proyectos se debe establecer mediante los instrumentos de planificación territorial vigentes y no en base a las estrategias de desarrollo.

- 8° Que la Ley N° 19.300, en sus artículos 8° y 9°ter establece la forma en que los IPT y los planes de desarrollo local deben ser abordados en los procedimientos de evaluación ambiental, respectivamente.
- 9° Que los IPT deben ser analizados en base a los informes de la autoridad competente respecto de la compatibilidad territorial del proyecto presentado, sin perjuicio de los demás permisos o pronunciamientos sectoriales. De esta forma, los IPT vigentes y aplicables, constituirían un instrumento vinculante para cada proyecto en evaluación.
- 10° Que en contraste, los planes de desarrollo local indicados en el art. 9° ter de la LBGMA, si bien tienen un claro carácter territorial debido a su ámbito de aplicación (son territorio-específicos), no son instrumentos de planificación territorial vinculantes como aquellos comprendidos en el art. 8° de la LBGMA, sino que son de carácter indicativo. Sin perjuicio de ello, el citado artículo, obliga a los titulares de proyectos sometidos al SEIA a describir la forma en que su proyecto o actividad se relaciona con estos planes o programas de desarrollo a escala regional y comunal, estableciendo seguidamente el deber de la Comisión Evaluadora de requerir un pronunciamiento expreso, tanto del Gobierno Regional como de la Municipalidad, a objeto que estos organismos señalen si el proyecto o actividad se relaciona con estos planes indicativos, a su escala correspondiente, en forma independiente del pronunciamiento que éstos órganos deban evacuar en relación a la compatibilidad territorial de acuerdo a los IPT vigentes.
- 11° Que de lo anterior se sigue que los artículos 8° y 9° ter de la LBGMA se refieren a instrumentos de gestión

distintos, que deben ser aplicados de manera diferenciada en la evaluación ambiental.

Los IPT, por su parte, son elementos normativos propios del ordenamiento territorial y se encuentran en el ámbito de la normativa aplicable al proyecto, por lo que, junto con determinar la compatibilidad territorial de un proyecto, son vinculantes. Esto último implica que no es posible calificar favorablemente un proyecto que no cumpla un IPT, ni se puede rechazar, por este motivo, un proyecto que lo cumpla.

Por el contrario, tratándose de las disposiciones del art. 9º ter de la LBGMA, la autoridad que califique ambientalmente un proyecto debería ponderar, por una parte, la forma en que el titular describe su relación con los programas o planes de desarrollo y, por otra, los pronunciamientos que al respecto evacúen el Gobierno Regional y la Municipalidad correspondiente.

Al no ser estos programas o planes una norma vinculante, sino indicativa, se configura un espacio de discrecionalidad para la autoridad ambiental, quedando ésta obligada a dar razones fundadas por las cuales decide favorecer una postura o la otra, en caso de ser éstas antagónicas.

12º Que en el presente caso, la Municipalidad de Curacautín fue clara al indicar en forma reiterada que el Proyecto no se relaciona adecuadamente con los planes de desarrollo, a saber, Plan de Desarrollo Comunal (en adelante, PLADECO) y Plan de Desarrollo Turístico (en adelante, PLADETUR), y que contradice las definiciones de desarrollo de los instrumentos indicados, lo cual se desprende tanto de los Ordinarios N°2559/2013 del 19 de noviembre de 2013, N°1924/2014 del 23 de septiembre de 2013, N°250/2015 del 17 de febrero de 2015, todos ellos de la I. Municipalidad de Curacautín y del Acta de la COEVA de su Sesión Ordinaria N°02/2015 de 02 de abril. En contraste, el Gobierno Regional no emitió pronunciamiento al respecto.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

13° Que tras analizar la forma en que el titular dio cumplimiento al citado artículo 9° ter de la LBGMA, se aprecia que éste afirmó en su EIA que existe un vínculo positivo entre el Proyecto y los objetivos de sustentabilidad y de fomento al turismo en ríos respecto de cuatro instrumentos: Estrategia de Desarrollo Regional (en adelante, EDR), PLADEC, PLADETUR y Plan Regulador Comunal (en adelante, PRC). Cabe señalar que este último corresponde a un IPT, por lo que no debió analizarse en el contexto del art. 9° ter de la LBGMA.

Posteriormente en la Adenda N°1 (p. 484) se expresó que tanto el PLADEC como la EDR proponen medidas para la generación de empleos, lo cual se relaciona con el Proyecto, el cual considera todas las medidas para lograr un desarrollo sustentable. Seguidamente, en la Adenda N°2 se presentó un análisis más detallado de seis lineamientos estratégicos del PLADEC, en el cual, la forma en que el Proyecto estableció su vínculo con este instrumento fue, principalmente, a través de las medidas de mitigación, reparación y compensación, a excepción del argumento en el cual se expresó que:

"el PLADEC reconoce que el crecimiento y desarrollo económico de la comuna depende de la iniciativa privada y de la llegada de nuevos negocios como la energía geotérmica. Justamente, el presente proyecto contribuye a materializar dicho lineamiento, puesto que este emprendimiento generará energía a través de tecnologías limpias y amigables con el medio ambiente, sin agotar recursos naturales" [SIC].

14° Que en el correspondiente Informe Consolidado de la Evaluación (en adelante, ICE), en su apartado 10 (p. 287), se describió la relación del Proyecto con las políticas, planes y programas de desarrollo regional y con los planes de desarrollo comunal. En dicho documento se expresó que: i) el rechazo del Proyecto por parte de la I. Municipalidad de Curacautín; ii) la incompatibilidad territorial del

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Proyecto, como también de la incompatibilidad con el PLADECOP y el PLADETUR; iii) que el Proyecto no se emplaza en una ZOIT, y; iv) que no existen antecedentes evacuados por el Gobierno Regional. Del mismo modo, en el apartado 11 del ICE, se describió la compatibilidad territorial del Proyecto, donde se indicó que: i) a juicio de la I. Municipalidad de Curacautín no sería compatible territorialmente, y; ii) que el titular considera que el Proyecto ha tenido medidas suficientes y apropiadas a lo largo de la evaluación ambiental por lo que a juicio del titular es posible coexistir armónicamente entre todos los actores económicos del sector.

15° Que, de lo precedentemente expuesto, es posible apreciar que es la propia autoridad responsable del SEIA, quien confundió (o combinó) la compatibilidad territorial del Proyecto con el vínculo con los instrumentos de desarrollo, al abordar estas temáticas juntas bajo un mismo acápite, en circunstancias que la Ley se refiere a ellas separadamente. Asimismo se observa que no se presentó en el citado ICE un análisis tendiente a ponderar las posiciones, en este caso opuestas, del titular del Proyecto y de la Municipalidad, respecto de la vinculación de la actividad sujeta a evaluación con el PLADECOP y el PLADETUR.

16° Que consta en el Acta de Sesión Ordinaria N° 2/2015 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía del día 02 de abril de 2015, que los argumentos expresados por los integrantes de la Comisión de Evaluación durante la votación para calificar el Proyecto, expresaron que el rechazo del EIA se sustentó principalmente en la validación, por parte de la mayoría de los votantes, de lo informado respecto del art. 9° ter de la LBGMA, por la Ilustre Municipalidad de Curacautín, tanto en la evaluación del Proyecto como durante la misma sesión de la Comisión. Dicha Acta fue incorporada en autos por el Reclamado, a fs. 1519 (en carpeta electrónica N° 142 de DVD), documento que fue percibido por el Tribunal a fs. 1526.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

La ponderación a favor de la posición expresada por la Ilustre Municipalidad de Curacautín quedó expresada en las diversas intervenciones de sus miembros, las que se revisan a continuación: El SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones mencionó que: "[...] existe incompatibilidad territorial del proyecto con las estrategias de desarrollo de la zona en que se ubicará [...] es una adhesión al pronunciamiento inconforme del Municipio"; el SEREMI de Vivienda y Urbanismo, a su vez, planteó que: "[...] siendo los planes de desarrollo comunal fundamentales en la generación de instrumentos de planificación territorial de orden superior coherente con la capacidad de acogida y oferta de recursos naturales que el territorio dispone, así como debe ser congruente con la identidad de los propios habitantes en forma libre y autónoma, el proyecto es incompatible territorial con los lineamientos estratégicos definidos por el gobierno local en cuanto a las dimensiones turismo y paisaje"; el SEREMI de Economía, por su parte, señaló que: "[...] siendo consecuente y de acuerdo a la afectación de la estructura productiva priorizada por el territorio cobra una real importancia y creyendo que es tan importante el desarrollo exógeno, como el desarrollo endógeno para que se produzca un real equilibrio se debe generar las confianzas entre las empresas y la ciudadanía, considerando que aquí no se produjo, por lo que rechaza el proyecto"; el SEREMI de Salud, a su turno expresó que "[...] este proyecto no recoge el sentido de los planes de desarrollo comunal y los planes de turismo"; y, por último, el Intendente Regional señaló que "[...] los inversionistas extranjeros pueden venir a invertir en la Región, pero no pueden hacerlo estando en contra de la comunidad o no teniendo la anuencia de sus Municipalidades [...] se rechaza el proyecto. Dado que a su juicio el proyecto compite con la propuesta de desarrollo que estructuran los planes de desarrollo comunal y que se basa en el turismo de intereses especiales". Sólo los

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

SEREMIS de Agricultura y Obras Públicas se pronunciaron en forma desfavorable por existir incompatibilidad territorial del Proyecto, concepto que, como ya se indicó, fue incluido en el ICE en el apartado relacionado con los planes de desarrollo, lo que podría justificar el uso de dicha expresión. Dicha incompatibilidad se manifestaría en relación con los intereses de la comuna y con el territorio. Estas dos últimas opiniones, aun cuando no están claramente fundamentadas, coinciden con lo expresado en las expresiones transcritas anteriormente.

- 17º Que de lo anterior se puede confirmar, como ya se había anticipado, que todos estos miembros de la Comisión evaluaron las posturas del Titular y de la Municipalidad de Curacautín, favoreciendo a esta última.
- 18º Que la Resolución Reclamada entró en la revisión de estas materias, indicando, acertadamente, que el art. 9º ter de la LBGMA no está relacionado con la compatibilidad territorial. Sin embargo, no analizó las razones por las que la Comisión de Evaluación, ante los informes de la I. Municipalidad de Curacautín, consideró que el Proyecto no se relaciona adecuadamente con los ya citados instrumentos ni solicitó el pronunciamiento al que obliga el inciso segundo del art. 9º ter de la LBGMA al Gobierno Regional, elemento que, a juicio de esta Ministra, sería fundamental no sólo para clarificar este aspecto, sino que además para la construcción de un procedimiento fundado en base a los antecedentes que la misma ley hace obligatorios.
- 19º Que, adicionalmente a lo ya indicado, el Comité de Ministros mantuvo en su pronunciamiento la confusión generada en el ICE y posteriormente en la RCA, analizando y pronunciándose sobre la aplicación de un instrumento de planificación territorial, a saber, la Zonificación de la Reserva de la Biósfera Las Araucarias, en el marco de aplicación de los planes de desarrollo. Así se aprecia en el considerando 12, apartado 12.1.39 de la Resolución Reclamada, en el cual se expresa que:

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

"la causal de rechazo referida a que el proyecto se contrapone a los instrumentos de planificación territorial en lo que respecta al componente paisajístico y turístico, no tiene sustento jurídico ni técnico. En este sentido, este Comité de Ministros estima que el proyecto ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 9 ter de la LBGMA" [SIC].

Vale decir, este pronunciamiento volvió a enlazar en un mismo análisis dos elementos diferentes, que deben ser abordados de modo diferenciado, sin pronunciarse fundadamente respecto de los motivos que llevó a este Comité a pronunciarse en favor del Titular respecto de la relación del Proyecto con los planes generales del art. 9° ter de la LBGMA, y sin que haya existido la necesaria ponderación de los argumentos presentados por las partes en conflicto.

20° Que a mayor abundamiento, cabe mencionar que, el D.S. N° 40/2012 que establece el nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en su art. 34 establece claramente que, en relación con las políticas, planes y programas de desarrollo regional y comunal, el pronunciamiento de las autoridades pertinentes debe considerar si la tipología del proyecto se encuentra establecida en las definiciones estratégicas y si estas dimensiones de la planificación se ven favorecidas o perjudicadas por el proyecto, no existiendo en esta norma disposición alguna que conecte las medidas de mitigación, reparación o compensación de un proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental con las definiciones estratégicas señaladas en el art. 9° ter de la LBGMA, lo que vendría a reforzar la interpretación ya expresada en el numeral 13° de este voto concurrente.

21° Que por todo lo razonado precedentemente, se deduce que en el acto recurrido hubo una inadecuada aplicación de los artículos 8° y 9° ter de la LBGMA, aspecto que fue abordado en las observaciones ciudadanas de la Sra. Lavinia

Schofield, del Sr. Ignacio Donoso, del Sr. Peter Spahn y de la Sra. Jenia Jofré, todos ellos reclamantes de autos, con lo que se configura un vicio de legalidad que obliga a anular el acto reclamado.

Regístrate y notifíquese.

Rol N° R-38-2016.

Redactó la sentencia y su voto concurrente la Ministra Señora Sibel Villalobos Volpi.



Pronunciado por el Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Señor Michael Hantke Domas, Señor Pablo Miranda Nigro y Señora Sibel Villalobos Volpi.



Autoriza el Secretario Abogado, Señor Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis, se anunció por el Estado Diario.