

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Santiago, veintinueve de enero de dos mil veintiuno.

VISTOS:

El 6 de enero de 2020, el Sr. Felipe Andrés Guerra Schleef, actuando en representación de la Sra. Millaray Virginia Huichalaf Pradines y de las comunidades indígenas Koyam Ke Che y Leufu Pilmaiquen Maihue (en adelante, "los reclamantes"), interpuso -en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600)- reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 1.093, de 20 de noviembre de 2019 (en adelante, "Resolución Exenta N° 1.093/2019" o "resolución reclamada"), del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, "SEA"), que declaró inadmisibile el recurso de reclamación presentado en contra de la Resolución Exenta N° 906, de 29 de agosto de 2019, de la misma autoridad, que declaró inadmisibile la solicitud de inicio de un procedimiento de revisión excepcional de la Resolución de Calificación Ambiental N° 3.573/2009 (en adelante, "RCA N° 3.573/2009"), mediante la cual se calificó ambientalmente en forma favorable el proyecto "Central Hidroeléctrica Los Lagos", de la Empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A. (en adelante, "el titular" o "EEP"). La reclamación fue admitida a trámite el 14 de enero de 2020 y se le asignó el Rol R N° 227-2020.

I. Antecedentes de la reclamación

El proyecto "Central Hidroeléctrica Los Lagos" (en adelante, "el proyecto") cuyo titular es la empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A., corresponde a la construcción de una central

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

hidroeléctrica de 52,9 MW de potencia, del tipo pie de presa, con una generación de energía media anual aproximada de 307 GWh. La central aprovechará las aguas del río Pilmaiquén y tendría un caudal de diseño de 200 m³/s (caudal máximo turbinado). Las aguas serán embalsadas mediante una presa de 36,2 m de altura, construida de tierra zonificada, la que formará un embalse de aproximadamente 9,5 km lineales, entre la futura Central Rucatayo, y dicha presa, y de 191,9 hectáreas aproximadamente, con una cota máxima de inundación de 110 msnm. Se prevé que dicho embalse tendrá una capacidad para almacenar un volumen de agua de 24,6 millones de m³. Las principales obras del proyecto se concentrarán en la ribera noreste del río Pilmaiquén y las aguas turbinadas serán devueltas al mismo río al pie de la presa proyectada. La distancia entre la presa y el punto de restitución de las aguas sería de 210 m. La distancia entre la toma y la evacuación de las aguas alcanzaría 350 m aproximadamente. La energía generada sería evacuada al Sistema Interconectado Central (en adelante, "SIC") mediante una línea eléctrica cuyas subestaciones y tendidos no forman parte del presente proyecto. La presa y el embalse se ubicarán en el río Pilmaiquén, que corresponde al límite entre la Región de Los Lagos y la recientemente creada Región de Los Ríos, específicamente en el límite entre las provincias de Ranco y Osorno, y el límite entre las comunas de Río Bueno en la Región de los Lagos y Puyehue en la Región de Los Ríos. La Central estará ubicada en la localidad de Carimallin a unos 21 km al norponiente de Entre Lagos y a 24 km al oriente de Osorno. El proyecto, incluido su embalse, se emplazará en la zona que abarca desde el estero Mencahue hasta aguas arriba del puente Rucatayo, a una distancia de 690 m de éste.

El proyecto fue calificado favorablemente por el Director

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente mediante la RCA N° 3.573/2009.

El 31 de mayo y el 2 de julio, ambos de 2019, los reclamantes presentaron dos solicitudes de inicio de un procedimiento de revisión excepcional de la RCA N° 3.573/2009 ante la Dirección Ejecutiva del SEA, conforme al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, "Ley N° 19.300").

El 29 de agosto de 2019, el Director Ejecutivo del SEA resolvió declarar inadmisibles dichas solicitudes mediante la Resolución Exenta N° 906/2019.

El 30 de septiembre 2019, los reclamantes interpusieron un recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 906/2019, que fue declarado inadmisibles a través de la Resolución Exenta N° 1.093/2019.

II. Del proceso de reclamación judicial

A fojas 41, el abogado Sr. Felipe Andrés Guerra Schleef, en representación de los reclamantes, interpuso reclamación judicial ante este Tribunal, fundada en el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 1.093/2019, del Director Ejecutivo del SEA. Los reclamantes solicitaron que se acoja su reclamación en todas sus partes, dejando sin efecto el acto reclamado y, en consecuencia, ordenando a dicha autoridad iniciar un procedimiento de revisión de la RCA N° 3.573/2009, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, para

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

que, "[...] previo inicio de un procedimiento de consulta indígena con las comunidades mapuche-williche susceptibles de ser afectadas, tramitado conforme a los estándares de derechos humanos consagrados en el Convenio N° 169 de la OIT, se adopten las medidas necesarias para corregir las situaciones denunciadas".

A fojas 94, la Sra. Yordana Mehseñ Rojas, asumió la representación del Director Ejecutivo del SEA, y delegó poder en los abogados señores Pablo González Mellafe, Carlos Espinoza Vargas y Tagrid Nadi Safatle.

A fojas 287, la Sra. Maria Teresa González Ramírez y Vinka Hildebrandt Hraste, actuando en representación de la Empresa Eléctrica Pilmaiquén, se hicieron parte en calidad de tercero coadyuvante de la reclamada. Asimismo, acompañaron los documentos consistentes en: i) copia de escritura pública, de 12 de septiembre de 2019; ii) copia de oficio Ord. N° 4193, de 26 de septiembre de 2019, del Secretario Técnico del Consejo de Monumentos Nacionales; iii) copia de carta de EEP, de 27 de septiembre de 2019, dirigida al Sr. Erwin Brevis Vergara, Secretario Técnico del Consejo de Monumentos Nacionales; iv) copia de oficio Ord. N° 4658, de 18 de octubre de 2019, del Secretario Técnico del Consejo de Monumentos Nacionales; v) copia de carta de EEP, de 10 de julio de 2019; vi) copia de carta de EEP, de 9 de agosto de 2019; vii) copia de Plan de Supervisión arqueológica de la Central Hidroeléctrica Los Lagos de julio de 2019; viii) copia de carta de EEP de 23 de octubre de 2019, junto con carta de 2 de octubre de 2019 de la arqueóloga Samantha Gordillo y Reporte Preliminar de Hallazgos no Previstos de 30 de octubre de 2019 de la empresa Mankuk; ix) copia de carta de EEP, de 02 de octubre de 2019; x) imágenes

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

correspondientes al e-room del proyecto CHLL donde se instruye al contratista a no efectuar obras en el sector del hallazgo arqueológico no previsto del 26 de septiembre de 2016; xi) copia del documento "Caracterización Arqueológica del proyecto Central Hidroeléctrica Los Lagos", del año 2017 elaborado por POCH; xii) copia de oficio Ord N° 2442, de fecha 31 de mayo de 2018, de la Secretaría del Consejo de Monumentos Nacionales; xiii) copia del "Informe de Evaluación de Patrimonio Cultural Arqueológico de la CHLL" elaborado por Pares & Álvarez, Ingeniería y Proyecto, 2018; xiv) impresión de publicación en plataforma Twitter del Senador Alfonso de Urresti de 22 de agosto de 2019; y, xv) impresión del perfil en plataforma LinkedIn de la Sra. Rocío Barrientos Romero.

A fojas 311, los abogados Yordana Mehse Rojas y Pablo González Mellafe, en representación del Director Ejecutivo del SEA, evacuaron informe, solicitando se rechace la reclamación en todas sus partes, por carecer de fundamentos, tanto en los hechos como en el derecho, con expresa condenación en costas.

A fojas 324, el Tribunal tuvo por evacuado el informe y dictó el decreto autos en relación.

A fojas 391, los reclamantes presentaron un escrito solicitando se tenga presente lo que exponen. Además, requirieron que se oficiara al Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante, "CMN"), lo que fue rechazado mediante resolución de 1 de abril de 2020. Asimismo, acompañaron los documentos consistentes en: i) video en formato mp4; ii) ingreso CMN N° 8426, de 3 de noviembre de 2017; iii) copia de Ord. CMN N° 658, de 12 de febrero de 2018; iv) copia de ingreso CMN N° 1720, de 9 de marzo de 2018; v) copia de Ord. CMN N° 1507, de 27 de marzo de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

2018; vi) copia de ingreso CMN N° 2479, de 11 de abril de 2018; y, vii) copia de Ord. CMN N° 2442, de 31 de mayo de 2018.

A fojas 399, el titular hizo uso de la citación conferida y expuso sus argumentos respecto de los documentos acompañados en el escrito de 31 de marzo de 2020.

A fojas 401, se fijó fecha para la vista de causa el 8 de octubre de 2020, a las 10:00 horas, en forma presencial, salvo que las condiciones sanitarias a la fecha de la convocatoria exijan realizarla en forma remota por videoconferencia.

A fojas 485, la parte reclamante acompañó los documentos consistentes en: i) copia de Ord. N° 1579, de 6 de mayo de 2020, del CMN; ii) impresión de correo electrónico emitido por el Sr. Pierre de Baeremaecker, del Área Jurídica de la Secretaría Técnica del CMN, de 23 de julio de 2020; iii) copia de Ord. N° 2794, de 6 de agosto de 2020, del CMN; iv) copia de carta de 10 de julio de 2019, emitida por EEP.; v) copia de carta de 23 de octubre de 2019, emitida por EEP.; vi) copia de carta de 7 de febrero de 2020, emitida por EEP.; vii) copia de carta de 11 de febrero de 2020, emitida por EEP.; viii) copia de carta de 24 de febrero de 2020, emitida por EEP.; ix) copia de carta de 4 de marzo de 2020, emitida por EEP.; x) copia de recurso de reposición con recurso jerárquico en subsidio en contra del Ord. CMN N° 1579/2020, interpuesto mediante carta de 15 de mayo de 2020, por doña María Teresa González Ramírez, en representación de EEP.; xi) copia de Resolución Exenta N° 316, de 17 de julio de 2020, de la Secretaría Técnica del CMN; y, xii) copia de Resolución Exenta N° 165, de 2 de febrero de 2015, de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

A fojas 489, el abogado Sr. Nicolás Muñoz Monte, por la parte del tercero coadyuvante de la reclamada, delegó poder en las abogadas señoras Claudia Ferreiro Vásquez y Catalina Eggers De Juan.

A fojas 491, la abogada Sra. Claudia Ferreiro Vásquez, en representación de EEP, solicitó que se amplié la calidad de tercero coadyuvante a independiente respecto de su representada. Por resolución de 30 de septiembre de 2020, el Tribunal accedió a dicha solicitud.

A fojas 492, la abogada Sra. Yordana Mehzen Rojas, por la parte reclamada, delegó poder en los abogados señores Camila Palacios Ryan, José Miguel Prado Ovalle y José Ignacio Vial Barros.

A fojas 494, se comunicó a las partes que la vista de la causa decretada en autos se realizará mediante videoconferencia atendida la prórroga de la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, conforme al Decreto Supremo N° 400, de 10 de septiembre de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

A fojas 528, los abogados señores Felipe Guerra Schleef y Marcel Didier Von Der Hundt, por la parte reclamante, se anunciaron para alegar y acompañaron los documentos consistentes en: i) copia de ingreso N° 5374-2019 al Consejo de Monumentos Nacionales, de 20 de agosto de 2019; ii) copia de ingreso N° 678-2020 al Consejo de Monumentos Nacionales, de 30 de enero de 2020; iii) copia de oficio Ord. N° 2106, de 19 de junio de 2020, del Consejo de Monumentos Nacionales; iv) copia del oficio Ord. N° 268, de 23 de julio de 2020, del Consejo de Monumentos Nacionales; v) copia de mapa de la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

distribución espacial de los hallazgos arqueológicos no previstos correspondientes a SA4, SAS y SA6, en la Región de Los Ríos; vi) copia de mapa de la distribución espacial de los hallazgos arqueológicos no previstos denominados como 'SA7', 'SAS', 'SA9', 'SA10' y 'SA12', en la Región de Los Lagos; y, vii) copia de la Resolución Exenta N° 458, de 28 de septiembre de 2020, del Consejo de Monumentos Nacionales.

A fojas 609, la abogada Sra. Claudia Ferreiro Vásquez, por el tercero independiente, presentó un escrito solicitando que se tengan presentes sus argumentos al momento de resolver. Además, acompañó los documentos consistentes en: i) copia de informe elaborado por la consultora AquaExpert, denominado 'Minuta evaluación de fauna íctica río Pilmaiquén, Hidroeléctrica Los Lagos, de octubre de 2020; ii) copia de informe de experto elaborado por Centro de Ecología Aplicada denominado 'Evaluación del estado ecológico de la Fauna íctica en el Río Pilmaiquén', octubre de 2020; iii) copia de solicitud de invalidación del oficio Ord. 2.442 de 2018 del CMN, presentada por la Comunidad Koyam Ke Che el 23 de agosto de 2019 ante el CMN; iv) copia de resolución Exenta N° 263, de 8 de junio de 2020, del CMN; v) copia de informe arqueológico denominado 'Apreciación de evidencias arqueológicas proyecto Central Hidroeléctrica Los Lagos', elaborado por el arqueólogo Charles Garceau S.; vi) copia del oficio Ord. N° 3.926, de julio de 2007, del CMN; vii) copia del oficio Ord. N° 3.312, de 19 de junio de 2008, del CMN; viii) copia de informe de hallazgos encontrados en septiembre de 2020, presentados por EEP al CMN, de 30 de octubre de 2019; ix) copia de informe arqueológico denominado 'Reporte situación actual de la componente arqueológica', Central Hidroeléctrica región de Los Ríos y región de Los Lagos, RCA N° 3.573/2009ft, elaborado por

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Antrópica Consultores, de octubre de 2020; x) copia del oficio Ord. N° 3.122, de 12 de julio de 2017, del CMN; xi) copia de propuesta de EEP al Pueblo Mapuche Huilliche vinculado al Ngen Kintuante, de 27 de marzo de 2018; xii) copia de carta de 19 de julio de 2018 de la entonces Gerenta de Sustentabilidad y Asuntos Corporativos de Statkraft Chile, María Teresa González, a Ana María Caurapán en su calidad de Presidenta de la Asociación Indígena Wenuleufu; xiii) copia de carta de 12 de septiembre de 2018 de Ana María Caurapán, presidenta de la Asociación Indígena Wenuleufu, a María Teresa González; xiv) copia de 'Comprobante de Cambios Realizados por el Titular a sus Resoluciones de Calificación Ambiental', emitido por la Superintendencia de Medio Ambiente, de 16 de agosto de 2019; xv) copia de carta N° 482, de 7 de julio de 2020, de Christian Peña Cuevas a Víctor Pérez Villa; xvi) copia del oficio Ord. N° 541, de 5 de junio de 2020, del Director Nacional de la CONADI; xvii) copia del Decreto Supremo N° 113, de 13 de septiembre de 2018, del Ministerio de Energía; xviii) copia de Correo electrónico, de 1 de abril de 2020, de Carlos Ascencio a Esteban Vera; xix) copia de intercambio de correos electrónicos, de 7 de abril de 2020, entre Carlos Ascencio y Esteban Vera; xx) copia de carta de Carlos Ascencio, Subgerente de Relaciones Comunitarias de Statkraft, a la machi Millaray Huichalaf; y, xxi) copia de registros de asistencia a actividades de Panel de Monitoreo Agua y Medio Ambiente, en el marco del Plan de Monitoreo Participativo (PMP) de la Central Los Lagos.

A fojas 634, el abogado Sr. José Vial Barros, por la parte reclamada, presentó un escrito solicitando se tenga presente lo que allí expone.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

A fojas 645, el abogado Sr. José Vial Barros, por la parte reclamada, presentó un escrito que contiene su minuta de alegato.

En la oportunidad fijada al efecto, se llevó a cabo la vista de la causa, mediante videoconferencia, en la que alegaron los abogados Sr. Felipe Andrés Guerra Schleef, por los reclamantes; Sra. Yordana Mehzen Rojas, por la reclamada; y la Sra. Claudia Ferreiro Vásquez, por el tercero independiente, quedando la causa en acuerdo, según consta del certificado de fojas 650.

III. Fundamentos de la reclamación y del informe evacuado

Conforme a los fundamentos de la reclamación y las alegaciones y defensas contenidas en el informe de la reclamada, las materias controvertidas se pueden resumir en las siguientes:

1. Impugnabilidad de la resolución que declara inadmisibles una solicitud de revisión excepcional

Los reclamantes argumentan que la resolución que declara inadmisibles una solicitud de revisión excepcional de una resolución de calificación ambiental (en adelante, "RCA") es reclamable administrativa y judicialmente debido a que se debe interpretar en forma amplia la expresión "acto administrativo que realice la revisión" contenida en el inciso final del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300. Agregan que la resolución reclamada, al indicar que solo sería procedente el recurso de reposición, desconoce la especialidad del régimen recursivo de las leyes N° 19.300 y N° 20.600, que no exigen el agotamiento de la vía administrativa.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

La reclamada, a su vez, informa que se declaró inadmisibile el recurso de reclamación deducido por los reclamantes ya que el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 solo permite impugnar, mediante el recurso del artículo 20 de la misma ley, aquel acto administrativo que realice la revisión de la RCA. Indica que los reclamantes carecen de legitimación activa debido a que solamente se encuentran legitimados para reclamar, conforme a los artículos 17 N° 5 y 18 N° 5 de la Ley N° 20.600, aquellas personas naturales o jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley, lo que no ocurre en caso de presentar una reclamación administrativa improcedente.

2. Admisibilidad de las solicitudes de inicio de un procedimiento de revisión excepcional de la RCA N° 3.573/2009

Los reclamantes afirman que sus solicitudes de inicio del procedimiento de revisión excepcional cumplían con todas las exigencias y requisitos para ser declaradas admisibles, no siendo efectiva la supuesta falta de fundamento señalada por la autoridad. Adicionan que la revisión excepcional de una RCA no constituye una facultad discrecional del SEA, pues el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 regula en forma clara el supuesto de hecho que hace procedente la revisión. Concluyen que el examen de admisibilidad debe ser realizado a la luz del principio de acceso a la justicia ambiental.

La reclamada, por el contrario, sostiene que la revisión del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, constituye una potestad excepcional y discrecional de la Administración, para lo cual se debe realizar un análisis de mérito de los antecedentes a fin de determinar si se verifican los requisitos

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

establecidos en la norma referida. Afirma que en este caso las solicitudes de revisión adolecían de manifiesta falta de fundamento, puesto que los solicitantes cuestionaban medidas referidas a ciertas variables del Plan de Seguimiento Ambiental de la RCA, pero no se refieren en realidad a variables ambientales que hubiesen sufrido un cambio sustantivo.

3. De la variable "Patrimonio Cultural y Arqueológico"

Los reclamantes señalan que la variable ambiental de "Patrimonio Cultural y Arqueológico" fue evaluada, estableciéndose medidas y condiciones a su respecto, y se encuentra contenida en el Plan de Seguimiento Ambiental. Agregan que la variación sustantiva de ésta se fundamenta en que durante la evaluación de impacto ambiental se identificaron solamente dos sitios arqueológicos, pero que en actividades de inspección visual efectuadas por comuneros y profesionales ha sido posible determinar que los sitios arqueológicos presentes en el área son de una extensión mayor a la considerada durante la evaluación ambiental del proyecto y que estos han comenzado a ser intervenidos producto de la construcción de un camino interior, dejando expuestas piezas arqueológicas y parte del sitio a la erosión y deterioro producto de las condiciones climáticas, así como la entrada de ganado al área, como daría cuenta el documento titulado "Minuta de denuncia de intervención y hallazgo arqueológico en el Fundo Carimallín y presencia de sitio arqueológico en el Complejo Ceremonial Mapuche Williche Gen Kintuante y Kilen Wentxu. Territorio Mapuche Williche Maiwe Carimallín".

La reclamada, a su turno, sostiene que, de la revisión de los antecedentes existentes en el expediente de evaluación, así

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

como de aquellos referidos en las solicitudes de los reclamantes, no fue posible determinar la existencia de variables evaluadas contenidas en el plan de seguimiento que hayan variado sustantivamente o no se hayan verificado conforme a lo prescrito en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, existiendo una manifiesta falta de fundamento en las solicitudes. Agrega que lo señalado por los reclamantes corresponde a un cuestionamiento de la suficiencia e idoneidad de las medidas adoptadas, cuestión que solo puede ser observada durante la evaluación ambiental de un proyecto o controvertida durante su fase recursiva.

4. De la variable "Fauna Íctica"

Los reclamantes afirman que la variable fauna íctica también fue evaluada, existiendo medidas y condiciones para abordar el impacto en este componente, encontrándose contenida en el Plan de Seguimiento Ambiental. Argumentan que dicha variable habría variado sustantivamente ya que existen cuatro especies nativas en diversas categorías de conservación amenazadas por la fragmentación de su hábitat derivada la construcción de embalses o presas y por la introducción de especies invasoras. Entre aquellas se encontraría la carmelita común (*Percillia gillisi*) que, desde el año 2010, cambió a la categoría "En peligro" conforme al Decreto Supremo N° 33, de 7 de septiembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba y oficializa clasificación de especies según estado de conservación (en adelante, "D.S. N° 33/2011" o "Reglamento de Clasificación de Especies"). Agregan que en la época en que fue evaluado el proyecto habría faltado información respecto del estado y condición de la fauna íctica del río Pilmaiquén, circunstancia que habría variado de forma significativa en la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

actualidad, por lo que resultaría fundamental adoptar medidas de resguardo para dicho componente ambiental. Afirman que lo procedente es que, en forma previa a la construcción del proyecto, se dé cumplimiento a lo prescrito en el artículo 168 de la Ley N° 18.892 General de Pesca y Acuicultura (en adelante, "Ley N° 18.892"), consistente en efectuar un programa de siembra de dichas especies al objeto de mantener el nivel original de sus poblaciones, en ambos lados de la represa o construir las obras civiles que permitan dichas migraciones.

La reclamada, en cambio, señala que no se ha acompañado antecedente técnico alguno que justifique lo expuesto por los reclamantes. Alega que, como estableció la Resolución Exenta N° 906/2019, no existe una variable que haya variado sustancialmente en relación con lo proyectado en la evaluación ambiental, debido a que los eventuales cambios de categoría de conservación de una especie, no constituyen una variación sustantiva de conformidad a lo proyectado en la evaluación ambiental, sino que corresponden a cambios normativos que deben ser abordados sectorialmente, en este caso, por la Subsecretaría de Pesca, para efectos de revisar el cumplimiento del artículo 184 de la Ley N° 18.892. Afirma que, como determina la RCA N° 3.573/2009, lo procedente sería que se oficie a la Superintendencia del Medio Ambiente para que, cuando se ejecute la obra respectiva, revise la información contenida en los monitoreos de la fauna íctica contemplados en el Plan de Seguimiento Ambiental a fin de verificar el cumplimiento de las medidas contenidas en la RCA.

5. Falta de consulta indígena

Los reclamantes afirman que se han evidenciado restos

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

arqueológicos en los sitios N° 1 y 2 y que se ha avanzado en la determinación de medidas a su respecto sin la participación y consulta de las comunidades mapuche-williche que habitan el territorio. Indican que la RCA N° 3.573/2009 excluyó del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental la determinación de las medidas asociadas a los restos arqueológicos, sin la participación y consulta de las comunidades indígenas, pese a que tanto el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo como la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, los pueblos indígenas tienen derecho a la protección de su patrimonio cultural, incluyendo aquel de carácter arqueológico.

La reclamada, por su parte, responde que dichas alegaciones no se vinculan a las materias del procedimiento de revisión, pues solo realizan reproches a la legalidad del proceso de evaluación ambiental. Indica que el proyecto fue evaluado y calificado ambientalmente con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio N° 169, pues dicho instrumento entró en vigor el 15 de septiembre de 2009 y la RCA N° 3.573/2009 se dictó el 22 de junio de dicho año. Agrega que en la evaluación ambiental del proyecto no se estableció la existencia de efectos adversos significativos respecto del componente indígena conforme a las letras c) y d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Finalmente, indica que en el evento de iniciarse un proceso de revisión excepcional podría tener lugar una consulta indígena, siempre que dicha revisión se refiera a variables ambientales que, sufriendo cambios sustantivos, se encuentren relacionadas a la población indígena, de manera que se estime que la resolución con la cual culmine el proceso de revisión sea una medida susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

IV. Argumentos del tercero independiente

Como se señaló más arriba, el 29 de enero de 2020, el Tribunal tuvo a la Empresa Eléctrica Pilmaiquén como tercero independiente a la parte reclamada mediante resolución de 30 de septiembre de 2020. Los argumentos que desarrolla el tercero se encuentran en el escrito de fojas 609. En síntesis, presenta las siguientes alegaciones: i) que la revisión del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 es de naturaleza excepcional; ii) que los reclamantes carecen de legitimación activa al no ser "directamente afectados"; iii) que la declaración de inadmisibilidad no es impugnabile ante los Tribunales Ambientales; iv) que la oportunidad para realizar observaciones ciudadanas respecto de las medidas de mitigación o compensación del proyecto habría precluido; v) que no concurren los elementos ni existen fundamentos plausibles para la revisión de la RCA del proyecto; vi) que la reclamante añade argumentos en su reclamación judicial que no se hicieron valer en sede administrativa; vii) que no procede la consulta indígena al no concurrir el supuesto de susceptibilidad de afectación directa; y, viii) que los reclamantes confunden el presente proyecto con aquel correspondiente a la Central Hidroeléctrica Osorno, sin que se contemple obra alguna en el sitio ceremonial "Kintuante".

CONSIDERANDO:

Primero. Que, atendidos los argumentos de la reclamante, las alegaciones y defensas de la reclamada, y lo señalado por el tercero independiente, el desarrollo de esta parte considerativa abordará las siguientes materias:

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

- I. Impugnabilidad de la Resolución Exenta N° 906/2019 que declaró inadmisibile la reclamación administrativa
- II. Admisibilidad de las solicitudes de revisión excepcional de la RCA N° 3.573/2009
 - 1. Del examen de admisibilidad y características del procedimiento de revisión excepcional
 - 2. De la variable "Patrimonio Cultural y Arqueológico"
 - 3. De la variable "Fauna Íctica"
- III. Eventual falta de consulta indígena
- IV. Conclusión

I. Impugnabilidad de la Resolución Exenta N° 906/2019 que declaró inadmisibile la reclamación administrativa

Segundo. Que, los reclamantes argumentan que la resolución que declara inadmisibile una solicitud de revisión excepcional de una RCA, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, es reclamable administrativa y judicialmente, pues la expresión "*acto administrativo que realice la revisión*" contenida en el inciso final de la norma señalada debe ser interpretada en forma amplia de acuerdo con los principios de impugnabilidad y tutela judicial efectiva como han reconocido tanto la Corte Suprema como este Tribunal. Señala que en la resolución reclamada se determina que el recurso procedente, en este caso, era el recurso de reposición del artículo 59 de la Ley N° 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (en adelante, "Ley N° 19.880"), que no habría sido interpuesto por los reclamantes, cuestión que, a su juicio, desconocería la especialidad del régimen recursivo de la Ley N° 19.300 y la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Ley N° 20.600, que no exigen el agotamiento de los recursos administrativos generales de la Ley N° 19.880 para poder ejercer las acciones administrativas y judiciales en materia ambiental.

Tercero. Que, la parte reclamada, a su vez, sostiene que se declaró inadmisibile el recurso de reclamación deducido por los reclamantes ya que el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 solo permite impugnar, mediante el recurso del artículo 20 de la misma ley, aquel acto administrativo que realice la revisión de la RCA. Indica que, conforme a lo señalado, lo que correspondía era que los reclamantes hubiesen presentado el recurso de reposición del artículo 59 de la Ley N° 19.880, cuestión que no realizaron, pese a que en la Resolución Exenta N° 906/2019 así se informó. Señala que lo expuesto tiene como consecuencia la improcedencia de la presente reclamación judicial, ya que el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600 establece la competencia del Tribunal para “[c]onocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley N° 19.300”, disposiciones que permiten reclamar judicialmente sólo en contra de la resolución que resuelve el recurso de reclamación administrativa. Agrega que los reclamantes carecen de legitimación activa debido a que el artículo 18 N° 5 de la Ley N° 20.600 considera como partes, en el caso de las reclamaciones de los números 5 y 6 del artículo 17 de la misma ley, a las personas naturales o jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley, lo que no ocurre en caso de presentar una reclamación administrativa improcedente.

Cuarto. Que, al respecto, el tercero independiente alega que

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

no existe una vía de impugnación especial de las Resoluciones Exentas N° 906 y 1093; motivo por el cual los recurrentes debían litigar conforme a las reglas generales del derecho administrativo, sujetos a la tutela de los tribunales ordinarios de justicia, pues el numeral 5° del artículo 17 de la Ley N° 20.600, no habilita a este Tribunal para conocer de la presenta reclamación. Agrega que el legislador restringió la tutela judicial solamente respecto del acto administrativo que realice la revisión conforme a lo prescrito en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300.

Quinto. Que, para resolver esta controversia, resulta necesario analizar lo previsto en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 del mismo cuerpo legal y con el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600. En efecto, el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 prescribe en sus incisos primero y tercero, que: *“La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones. [...] El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20”*. Luego el artículo 20 de la Ley N° 19.300 dispone en su inciso primero que: *“En contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo. En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería [...]". Finalmente, el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600 previene que: "Los Tribunales Ambientales serán competentes para: 5) Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso".

Sexto. Que, de lo previsto en las normas citadas en el considerando precedente se colige que el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 contempla el denominado proceso de revisión excepcional de las RCA, estableciéndose que el acto administrativo reclamable de conformidad al artículo 20 de la misma ley se circunscribe a aquel "que realice la revisión". De esta forma, el legislador, a diferencia de otros casos, no ha dejado espacio para extender a la admisibilidad la revisión del acto, sino que el régimen recursivo establecido sólo procede cuando, realizada una revisión de fondo, se acoge o se rechaza la solicitud de revisión excepción de la RCA. Lo anterior se desprende del tenor literal de la disposición en comento, por lo que no se hace necesario consultar su espíritu. Luego, solamente respecto del acto que realicé la revisión excepcional procederá el recurso de reclamación del artículo 20 de la Ley N° 19.300 ante el Comité de Ministros o el Director Ejecutivo del SEA, según corresponda, cuya decisión será

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

impugnable judicialmente mediante la reclamación del artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600. Ello resulta, asimismo, consistente con su naturaleza excepcional y de interpretación restrictiva.

Séptimo. Que, en este mismo sentido, se ha señalado en la doctrina que: “[...] el acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20 de la ley, reclamo de cuyo resultado se podrá deducir la correspondiente impugnación ante el Tribunal Ambiental, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 N°5 y 27 y siguientes de la LTA” (GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. *Derecho Ambiental Chileno: Principios, Instituciones, Instrumentos de Gestión*. Santiago: Editorial Planeta Sostenible, 2012, p. 140). Otro autor ha sostenido también que: “[...] Dado que la Ley N° 19.300 somete el acto de revisión de la Resolución de Calificación Ambiental al sistema de impugnación del artículo 20, debe entenderse entonces que dicho acto es reclamable ante el Comité de Ministros con el fin de agotar previamente la vía administrativa. Entonces, en relación al acto reclamado ante el Tribunal Ambiental, será la resolución administrativa del Comité de Ministros que al respecto se pronuncie” (MENDEZ ORTIZ, Pablo. *Tribunales Ambientales y Contencioso-Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2017, p. 104). De igual forma, otros autores han indicado que: “El procedimiento que debe observarse cuando se interprete una RCA, ya sea tratándose de los recursos que el titular o la ciudadanía presenten o de la resolución que realice la revisión conforme al artículo 25 quinquies, es el mismo, toda vez que en todos los casos debe observarse lo dispuesto en el artículo 20” (CARRASCO QUIROGA, Edesio y HERRERA VALVERDE, Javier. “La interpretación de la resolución de calificación ambiental”. *Revista chilena de derecho*. 2014,

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Vol. 41, Núm. 2, p. 655).

Octavo. Que, de esta manera, de acuerdo con lo prescrito en el inciso final artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, la existencia de un acto administrativo que realice la revisión excepcional de la RCA constituye un presupuesto de procesabilidad de la reclamación administrativa del artículo 20 de misma ley y, en consecuencia, de la reclamación judicial del artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, cuya ausencia deviene en la necesaria inadmisibilidad de ambas reclamaciones. Así, la impugnación de los actos administrativos, en el contexto de la revisión del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, diversos de aquel que realiza la revisión de la RCA, se encuentra sujeta a las normas generales de la Ley N° 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado (en adelante, "Ley N° 19.880"), por lo que aquel solicitante que estime que el acto que declara inadmisibile su solicitud de revisión no se ajusta a la legalidad, deberá plantear ya sea el recurso de reposición del artículo 59 de dicho cuerpo legal o bien solicitar la invalidación de dicho acto ante la autoridad que lo emitió de acuerdo con el artículo 53 de la misma ley, lo que le permitiría luego acceder a esta Judicatura vía el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600.

Noveno. Que, en el presente caso, de los antecedentes del expediente administrativo aparece que los reclamantes presentaron los días 31 de mayo y 2 de julio, ambos de 2019, dos solicitudes de inicio de un procedimiento de revisión excepcional de la RCA N° 3.573/2009 ante la Dirección Ejecutiva del SEA. Posteriormente, el Director Ejecutivo del SEA, mediante la Resolución Exenta N° 906/2019, resolvió: "DECLARAR

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

INADMISIBLE las solicitudes presentadas por la señora Millaray Virginia Huichalaf Pradines y la Comunidad Indígena Koyam Ke Che, representada por su presidente don Rubén Alen Caño Cárdenas, y por el señor señor (sic) Esteban Adán Vera Vera, en representación de la Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquén Maihue, relativas al inicio de un procedimiento administrativo de revisión de la RCA N° 3573/2009, que califica favorablemente el EIA del proyecto 'Central Hidroeléctrica Los Lagos' de Empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A., en razón de que las peticiones presentadas no reúnen los presupuestos para dar curso al procedimiento establecido en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300" (mayúsculas del original). Asimismo, consta que el 30 de septiembre 2019, los reclamantes interpusieron un recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 906/2019, que no fue admitido a trámite a través de la Resolución Exenta N° 1.093/2019, atendido que: "[...] el inciso final del artículo 25 quinquies de la ley N° 19.300 precisa: 'El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20', cuestión que implica necesariamente la existencia previa de un acto que, efectivamente, revise una RCA, esto es, una resolución final que se pronuncie sobre el fondo de la solicitud de revisión excepcional. Así, una resolución que resuelve la inadmisibilidad de una solicitud de revisión extraordinaria, como en este caso, no puede ser entendida como el acto administrativo que 'revisa' excepcionalmente una RCA, precisamente porque la revisión no llegó a iniciarse".

Décimo. Que, conforme a lo señalado en el considerando anterior, dimana que en el presente caso efectivamente no ha existido un acto que realice la revisión de la RCA N° 3.573/2009, por lo que no concurre un requisito de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

procesabilidad de la reclamación administrativa deducida en contra de la Resolución Exenta N° 906/2019, así como de la reclamación judicial interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 1.093/2019. En consecuencia, la resolución reclamada se ajustó a derecho al declarar la inadmisibilidad de la reclamación administrativa, por lo que la presente alegación será desechada.

**II. Admisibilidad de las solicitudes de revisión excepcional
de la RCA N° 3.573/2009**

**1. Del examen de admisibilidad y características del
procedimiento de revisión excepcional**

Undécimo. Que, sin perjuicio de lo establecido en el capítulo precedente en relación con la impugnabilidad del acto reclamado, el Tribunal estima necesario abordar las demás controversias, a mayor abundamiento, como se indica en las siguientes consideraciones.

Duodécimo. Que, los reclamantes afirman que las solicitudes presentadas cumplían con todas las exigencias y requisitos para ser declaradas admisibles, no siendo efectiva la supuesta falta de fundamento señalada por la autoridad. Agregan que la revisión excepcional de una RCA no constituye una facultad discrecional del SEA, ya que el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 regula en forma clara el supuesto de hecho que hace procedente la revisión. Argumentan que, como determinó el Tribunal en la causa Rol R N° 125-2016, la interpretación de las normas sobre admisibilidad de las solicitudes de revisión excepcional de una RCA debe efectuarse conforme al principio

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

de acceso a la justicia ambiental. Concluyen que constatado que las solicitudes de revisión excepcional de la RCA N° 3.573/2009, presentadas por los reclamantes, cumplían con todas y cada una de las exigencias mínimas establecidas en la ley, corresponde que la autoridad reclamada las declare admisibles a fin que, en el marco de un procedimiento de revisión tramitado al efecto, con la participación del titular del proyecto y de las comunidades afectadas, determine si corresponde o no la modificación de la RCA N° 3.573/2009 de conformidad al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300.

Decimotercero. Que, la reclamada, por el contrario, argumenta que la revisión del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, de naturaleza excepcional, constituye una potestad discrecional de la Administración, para lo cual se debe realizar un análisis de mérito de los antecedentes a fin de determinar si se verifican los requisitos establecidos en la norma referida. Afirma que, en este caso, las solicitudes de revisión adolecían de manifiesta falta de fundamento, puesto que los solicitantes cuestionaban medidas de ciertas variables ambientales del Plan de Seguimiento Ambiental (en adelante, "PSA") de la RCA N° 3.573/2009, pero no se refieren en realidad a variables ambientales que hubiesen sufrido un cambio sustantivo. Señala que, como lo ha señalado la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 3.727/2019, la revisión del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 corresponde a una situación de carácter excepcional y enmarcada en el ámbito discrecional, procediendo la impugnación sólo respecto de la resolución que revisa la RCA. Agrega que el carácter discrecional de esta potestad se manifiesta en la expresión 'podrá' contenida en el artículo en cuestión, de lo que se colige que el legislador intencionalmente ha otorgado

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

una potestad discrecional al SEA, como consta en la historia de la Ley N° 20.417 y en el Dictamen N° 3.727/2019, ya referido. Indica que la decisión de no revisar o no abrir un procedimiento de revisión constituye un acto inimpugnabile considerando que se trata de un supuesto en que la Administración no ejerció su potestad discrecional y no modificó un acto administrativo ya existente.

Decimocuarto. Que, el tercero independiente, en este punto, hace presente que la revisión de los actos administrativos firmes constituye una cuestión excepcional, lo que motivaría el establecimiento de resguardos procedimentales para la revisión de una RCA conforme al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300. Asimismo, alega que la reclamante carece de legitimación debido a que el artículo 25 quinquies en cuestión solo concede tal calidad a los "*directamente afectados*", mas no respecto de la tutela de intereses colectivos o difusos.

Decimoquinto. Que, el alcance del examen de admisibilidad de una solicitud de revisión se relaciona directamente con los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300. En tal sentido, dicha norma establece que una RCA podrá ser revisada cuando "*[...] ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones*". Luego, esta norma señala en su inciso segundo que: "*Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880". Conforme a esta disposición, para la procedencia de una solicitud de revisión es menester la concurrencia de los siguientes requisitos: i) que el proyecto se encuentre en estado de ejecución; ii) la existencia de una variable que hubiese sido evaluada en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y que se encuentre contenida en el Plan de Seguimiento Ambiental; iii) que se hayan establecido medidas o condiciones respecto de la variables indicadas; y, iv) que exista fundamento plausible de una variación sustantiva en relación a lo proyectado o falta de verificación de las variables ambientales.

Decimosexto. Que, además, la solicitud de revisión también deberá considerar lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley N° 19.880, estatuto legal que se aplica supletoriamente al procedimiento de revisión de conformidad a la remisión expresa contenida en los artículos 25 quinquies inciso segundo de la Ley N° 19.300 y 1° inciso primero de la Ley N° 19.880.

Decimoséptimo. Que, de esta forma, en el artículo 30 de la Ley N° 19.880 se regula el contenido general de las solicitudes de inicio de un procedimiento administrativo, estableciendo que la solicitud deberá contener: "a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de su apoderado, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale, para los efectos de las notificaciones. b) Hechos, razones y peticiones en que consiste la solicitud. c) Lugar y fecha. d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio habilitado. e) Órgano

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

administrativo al que se dirige". Luego, el artículo 31 del mismo cuerpo legal dispone que: "[...] Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos señalados en el artículo precedente y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de cinco días, subsane la falta o acompañe los documentos respectivos, con indicación de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición". Asimismo, es dable tener en consideración lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 41 del mismo cuerpo legal, que consigna que: "En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento".

Decimoctavo. Que, de conformidad con las disposiciones citadas, se colige que el examen de admisibilidad de una solicitud de revisión de una RCA se extiende tanto a requisitos formales como a requisitos de procedencia, consignados estos últimos en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, lo que implica realizar en sede de admisibilidad, y dada la naturaleza excepcional del procedimiento de revisión, un análisis de plausibilidad para constatar -con la información entregada por el solicitante y aquella contenida en la evaluación del proyecto cuya revisión se solicita-, si efectivamente existe una variación de una variable evaluada y contemplada en el plan de seguimiento. Luego, los alcances de dicha variación, así como la definición de medidas correctivas idóneas, constituirán el objeto del fondo del procedimiento.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Decimonoveno. Que, en relación con la naturaleza de la potestad de revisión de las RCA consagrada en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, cabe tener presente que la potestad administrativa ha sido definida en la doctrina como: “[...] un poder jurídico que comparte las características propias de todo el poder público estatal, del que la Administración del Estado forma parte, particularmente su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo” (FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”. *Revista de derecho (Valdivia)*. 2007, vol. 20, núm. 2, p. 76). Además, las potestades administrativas se han clasificado tradicionalmente en regladas y discrecionales. Al respecto, Luciano Parejo Alfonso ha explicado que la “potestad o competencia reglada es (idealmente) la que en su definición normativa predetermina la actuación administrativa de manera completa, en la doble vertiente de sus aspectos formales y sustantivos, de suerte que dicha acción aparece estrictamente prefigurada y circunscrita a la ejecución o aplicación de la norma mediante [...] la técnica de subsunción del caso concreto en el supuesto legal definido por ella”, mientras que la potestad discrecional corresponde a aquella que “[...] en su definición normativa, no anticipa o programa, en todos o al menos en algunos de sus aspectos, los términos o el resultado de su ejercicio, de suerte que remite (en grado variable) la toma de la decisión pertinente al juicio o a la voluntad de la propia AP” (PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 519-520). Sin embargo, dicha distinción entre potestades regladas y discrecionales usualmente se realiza en un estado abstracto y puro, motivo por el cual se ha entendido que en realidad “toda potestad está

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

compuesta de elementos reglados y puede contener elementos de apreciación discrecional” (VALDIVIA, Jose Miguel. Manual de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 225). En cuanto a la atribución de potestades discrecionales, el profesor Claudio Moraga Klenner ha explicado que “esta potestad se halla generalmente en normas de Derecho Público redactadas de un modo facultativo, esto es, donde existen vocablos del tipo ‘podrá’ o ‘está autorizada’ o ‘se autoriza’. Aquí, la Administración Pública está facultada para elegir los medios aptos, idóneos, eficaces y proporcionados al fin que se persigue”, sin embargo, advierte que “[...] los vocablos ‘puede’ o ‘podrá’ que generalmente están presentes en las normas que confieren potestades discrecionales, a veces tienen, sin embargo, un sentido distinto, no ya como representación de una apreciación o poder discrecional de la autoridad, sino que como una facultad que debe ser ejercida, pero solamente cuando se cumplan los presupuestos señalados por la norma legal, y no antes o en ausencia de ellos” (MORAGA KLENNER, Claudio. Tratado de Derecho administrativo. La actividad formal de la administración del Estado. Tomo VII. Santiago: Legal Publishing, 2010, p. 35-36). En estos casos, se ha señalado que: “[...] para determinar si el verbo poder supone una verdadera potestad discrecional, se hace necesaria una interpretación contextual de los términos legales, que denote efectivamente una libertad de decisión”. (VALDIVIA, José Miguel, op. cit., p. 227).

Vigésimo. Que, conforme al desarrollo doctrinario de la potestad administrativa analizado en el considerando precedente, a juicio del Tribunal, para determinar si la potestad de revisión de las RCA consagrada en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 constituye una potestad reglada

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

o discrecional, se debe considerar no solo la utilización de la voz 'podrá', sino que también los demás elementos y requisitos establecidas en la norma en comento, distinguiendo los aspectos que se encuentran reglados de aquellos que denotan efectivamente una libertad de apreciación en el ejercicio de la potestad, vinculada, en este caso, al examen de admisibilidad de las solicitudes de revisión realizadas por los reclamantes.

Vigésimo primero. Que, respecto de la revisión de la RCA se ha sostenido, conforme señala el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, que ésta: *"'Podrá ser revisada excepcionalmente', lo cual indica que se trata de una facultad y no de una obligación de la Administración, que se aparta de lo ordinario, lo que exige analizar su procedencia, de manera de adoptar las medidas necesarias para corregir las variables que no se comportaron tal como estaba previsto"* (ASTORGA JORQUERA, Eduardo. *Derecho Ambiental Chileno*. 5ª ed. Santiago: Thomson Reuters, 2017, p. 360). Igualmente, el profesor Bermúdez ha señalado que: *"El art. 25 quinquies LBGMA establece una facultad expresa para el SEA de revisar la RCA 'excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones'"* (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "La legitimación activa en el contencioso ambiental". En: FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, et. al. (Coord.) *La nueva justicia ambiental*. Santiago: Thomson Reuters, 2015, p. 171). Por otro lado, Rodrigo Guzmán Rosen da

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

cuenta del origen de esta institución en los dictámenes de la Contraloría General de la República, consagrando la Ley N° 20.417 una regla respecto de la cual, bajo ciertos requisitos y condiciones, la autoridad puede modificar una RCA. Además, este autor caracteriza al procedimiento de revisión como un mecanismo de corrección de la evaluación ambiental considerando su naturaleza predictiva, la existencia de inexactitudes y la constante evolución del medio del ambiente. Así, este autor sostiene que: *“En efecto, la ley reconoce que como metodología técnica y predictiva que es, se encuentra expuesta a inexactitudes, y, adicionalmente, refuerza la idea del dinamismo y de la permanente modificación que tiene el medio ambiente en sus componentes e interacciones. Conforme con esta característica, establece dos reglas: 1.- Contempla mecanismos de corrección. A consecuencia de algunos dictámenes emanados de la Contraloría General de la República, la ley N°20.417 consagró expresamente una regla según la cual las resoluciones de calificación ambiental favorables pueden, en el tiempo y bajo ciertos supuestos, ser intervenidas por la autoridad. A tal efecto el artículo 25 quinquies fijó ciertos requisitos, como son los siguientes [...]”* (destacado del Tribunal) (GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. *Derecho Ambiental Chileno: Principios, Instituciones, Instrumentos de Gestión*. Santiago: Editorial Planeta Sostenible, 2012, p. 140).

Vigésimo segundo. Que, además, cabe hacer presente que la Contraloría General de la República en diversos dictámenes ha sostenido que la revisión de una RCA constituye una situación excepcional, que procede solo bajo ciertos supuestos. En tal sentido, el ente contralor ha señalado que: *“En atención a lo anterior, el citado dictamen N° 34.811, de 2017, estableció que si bien las resoluciones de calificación ambiental pueden*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

ser objeto de una revisión, esta debe realizarse bajo las circunstancias específicas que el referido artículo 25 quinquies establece, esto es, cuando las variables ambientales que fueron evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento, y sobre las cuales se fijaron las respectivas condiciones o medidas, evolucionan de una manera sustancialmente distinta a la proyectada o no se verifican. [...] En efecto, tal como se indica en dicho dictamen, y según se desprende del tenor literal de la disposición en estudio, la revisión de que se trata fue contemplada como un trámite excepcional” (Contraloría General de la República, Dictamen N° 3727, de 5 de febrero de 2019. En éste se confirma el criterio sostenido en el Dictamen N° 34.811/2017).

Vigésimo tercero. Que, considerando lo establecido previamente sobre las potestades regladas y discrecionales, así como los presupuestos copulativos de la norma en estudio, a juicio del Tribunal, se desprende que el hecho que el proyecto se haya encontrado en ejecución, que se trate de una variable evaluada y contemplada en el plan de seguimiento sobre la cual se hayan establecido medidas de mitigación, reparación o compensación, y que concurra la variación sustantiva o falta de verificación de la variable, constituyen todos ellos aspectos reglados donde la administración se limita a constatar la concurrencia del supuesto de hecho que habilita el ejercicio de la potestad. En tal caso, el control judicial se centra en la revisión de la apreciación de los hechos que han constituido el presupuesto de la decisión administrativa. De esta forma, si se verifican tales presupuestos la administración no podría denegar la revisión de la RCA, de manera tal que no existiría propiamente discrecionalidad a este respecto. Ahora bien, en el caso de las medidas necesarias para corregir las situaciones

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de variación sustantiva o falta de verificación de la variable, el legislador no ha determinado cuales medidas debe adoptar necesariamente la autoridad, de manera que tiene libertad para elegir entre las diversas medidas que, en base a la información proporcionada con la solicitud o aportados durante el curso del procedimiento de revisión, sean necesarias. En este último aspecto, la potestad es propiamente discrecional para el órgano.

Vigésimo cuarto. Que, de forma adicional, el carácter excepcional de la revisión de una RCA requiere que la administración verifique el cumplimiento de las circunstancias específicas que el referido artículo 25 quinquies establece, cuestión que, en sede de admisibilidad, implica constatar la concurrencia de los supuestos de hecho, elementos reglados en el artículo en cuestión, que habilitan el ejercicio de la potestad.

Vigésimo quinto. Que, en el caso de autos, la Resolución Exenta N° 906/2019 fundamentó la decisión de declarar inadmisibles las solicitudes de revisión de los reclamantes en que: *"[...] sin perjuicio de que es posible señalar que se cumple con el primer presupuesto, al encontrarnos ante un proyecto o actividad que se encuentra en ejecución, luego de la revisión de los antecedentes existentes, entre ellos del EIA, sus respectivas Adendas, Informe Consolidado de Evaluación, la RCA N° 3573/2009, y la presentación realizada por los requirentes, no es posible determinar la existencia de variables evaluadas contenidas en el plan de seguimiento que hayan variado sustantivamente o no se hayan verificado, existiendo una manifiesta falta de fundamento respecto de la solicitud realizada"*. De lo expuesto, se aprecia que la reclamada

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

reconoció la concurrencia del primer supuesto, esto es, que se trate de un proyecto o actividad en ejecución, empero, determinó una manifiesta falta de fundamento de las solicitudes en relación con la existencia de variables contenidas en el plan de seguimiento que hayan variado sustantivamente o no se hayan verificado. Asimismo, del tenor de esta resolución se colige que la autoridad administrativa no cuestionó la legitimación de las reclamantes para solicitar la revisión de la RCA N° 3.573/2009, sino que determinó la inadmisibilidad de las solicitudes por manifiesta falta de fundamento, como ya se estableció.

Vigésimo sexto. Que, en consecuencia, atendida la naturaleza taxativa de los presupuestos de procedencia de la revisión del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 y los fundamentos de la Resolución Exenta N° 906/2019, lo correspondiente, en este caso, es verificar si las solicitudes daban cuenta de antecedentes que constituyeran fundamentos plausibles respecto a la existencia de variables evaluadas y contenidas en el plan de seguimiento ambiental que hubieren sufrido, eventualmente, una variación sustantiva en relación con lo proyectado en la evaluación de impacto ambiental del proyecto.

2. De la variable "Patrimonio Cultural y Arqueológico"

Vigésimo séptimo. Que, los reclamantes señalan que en sus solicitudes argumentaron que la variable "Patrimonio Cultural y Arqueológico" fue evaluada en el proceso de evaluación de impacto ambiental del proyecto, se establecieron condiciones y medidas a su respecto, fue contemplada en el PSA, y ha variado sustantivamente, comportándose en forma diversa a lo proyectado

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

en la evaluación. Señalan que en el estudio de impacto ambiental (en adelante, "EIA") del proyecto se negaba la existencia de sitios arqueológicos o culturales protegidos por la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales (en adelante, "Ley N° 17.288"); sin embargo, durante la evaluación ambiental se identificaron dos sitios arqueológicos, lo que se tradujo en el establecimiento de una serie de medidas para abordar dicho impacto, las cuales están identificadas en el considerando 7° de la RCA N° 3.573/2009. Agregan que en la solicitudes de revisión se fundamentó la variación sustantiva de esta variable en que desde el año 2012 se han realizado actividades de sondeo en el área de influencia del proyecto, evidenciando restos arqueológicos en los sitios N° 1 y 2. Indican que en actividades de inspección visual efectuadas por comuneros y profesionales, ha sido posible determinar que los sitios arqueológicos presentes en el área son de una extensión mayor a la considerada durante la evaluación ambiental del proyecto, y que estos han comenzado a ser intervenidos producto de la construcción de un camino interior, dejando piezas arqueológicas y parte del sitio expuestos a la erosión y deterioro producto de las condiciones climáticas, así como por la entrada de ganado al área, como se daría cuenta en el documento titulado "Minuta de denuncia de intervención y hallazgo arqueológico en el Fundo Carimallín y presencia de sitio arqueológico en el Complejo Ceremonial Mapuche Williche Gen Kintuante y Kilen Wentxu. Territorio Mapuche Williche Maiwe Carimallín", elaborado por los arqueólogos señores Doina Munita y C. Rodrigo Mera, de 15 de agosto 2019.

Vigésimo octavo. Que, la parte reclamada, a su turno, sostiene que, de la revisión de los antecedentes existentes en el expediente de evaluación, así como de aquellos referidos en

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

las solicitudes de los reclamantes, no fue posible determinar la existencia de variables evaluadas contenidas en el PSA que hubiesen variado sustantivamente o que no se hayan verificado conforme a lo prescrito en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, existiendo una manifiesta falta de fundamento en las solicitudes. Argumenta que lo planteado por los reclamantes constituye un cuestionamiento a la suficiencia e idoneidad de las medidas adoptadas, cuestión que solo puede ser observada durante la evaluación ambiental de un proyecto o controvertida durante su fase recursiva. Concluye que es en la evaluación ambiental -y no en la revisión del artículo 25 quinquies- donde deben ser analizadas y ponderadas las medidas, considerando las observaciones de los servicios, las respuestas del titular y la normativa ambiental aplicable, de modo tal que, si una observación no es considerada debidamente, podrá el afectado, que detenta un interés legítimo, habiendo o no participado en la evaluación, ejercer los recursos que franquea la legislación ambiental.

Vigésimo noveno. Que, sobre el particular, el tercero independiente hace presente que los cuestionamientos de los reclamantes respecto de las medidas de mitigación o compensación del proyecto son improcedentes, pues la oportunidad para efectuar observaciones ciudadanas precluyó. Asimismo, sostiene que los reclamantes ampliaron en su reclamación judicial lo expuesto en sede administrativa, planteando la supuesta variación sustantiva de la variable patrimonio arqueológico y acompañando antecedentes que no fueron expuestos en sus solicitudes de revisión de la RCA N° 3.573/2009. En cuanto al fondo, alega que las solicitudes de revisión de los reclamantes solo cuestionaron la idoneidad de las medidas establecidas en la evaluación ambiental, por lo

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

que no procede revisar la RCA del proyecto. Añade que la variable patrimonio arqueológico está resguardada mediante medidas que resultan idóneas y suficientes, adoptadas dentro de la evaluación ambiental, sin que haya existido un cambio o variación fuera de lo previsto y menos aún con un carácter sustantivo. Señala que la existencia de hallazgos arqueológicos no podría implicar un cambio sustantivo de la variable, pues precisamente en la RCA N° 3.573/2009 se contemplaron medidas, porque se previó que durante las excavaciones necesarias para las obras de la central se podrían producir tales hallazgos. Señala que el titular ha dado cumplimiento a las medidas previstas en el considerando 12.7 de la RCA N° 3.573/2009 consistentes en la presentación de un cronograma de trabajo previo al movimiento de tierra y un informe en forma posterior al CMN. Adiciona que, además, se estableció expresamente en la RCA N° 3.573/2009 que ante un hallazgo arqueológico se debe informar de inmediato al CMN para que determine el procedimiento a seguir. Afirma que se ha dado estricto cumplimiento a todas las medidas previstas en la RCA y, en particular, en el Plan de Seguimiento Ambiental.

Trigésimo. Que, a este respecto, la solicitud de revisión presentada por la Sra. Millaray Huichalaf Pradines y por la Comunidad Indígena Koyam Ke Che, de 31 de mayo de 2019, se fundamenta en que: *"En el caso de la CHLL las variables evaluadas y contempladas en el PSA relativa a los impactos sobre el patrimonio cultural y la fauna íctica, han variado sustantivamente, produciéndose el supuesto de hecho que obliga a este servicio a iniciar un procedimiento de revisión de la RCA N° 3573/ 2009, con el objeto de adoptar las medidas necesarias. En efecto, en el caso del impacto del proyecto sobre nuestro patrimonio arqueológico y cultural, desde el*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

2012, el titular ha realizado actividades de sondeo en el AID [área de influencia directa] del proyecto, en los sitios N°s 1 y 2. Sin embargo, y a pesar de que dichas actividades recaen sobre nuestro patrimonio arqueológico y dan cuenta de nuestra presencia ancestral en este territorio, éstas se han llevado a cabo de forma silenciosa y sin la participación de las comunidades mapuche-williche del territorio". A su vez, la solicitud de revisión presentada por la Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquen Maihue, de 2 de julio de 2019, desarrolla en iguales términos los hechos que motivarían la revisión de la RCA N° 3.573/2009.

Trigésimo primero. *Que, la Resolución Exenta N° 906/2019 fundamenta la decisión de no admitir a trámite las solicitudes de revisión de los reclamantes, en este punto, en atención a que: "[...] lo planteado por los requirentes constituye un cuestionamiento a la suficiencia e idoneidad de las medidas adoptadas, cuestión que solo puede ser observada durante la evaluación ambiental de un proyecto o controvertida durante su fase recursiva" y que "los argumentos expuestos por los requirentes dicen relación con la suficiencia e idoneidad de las medidas y la falta de participación de las comunidades williche-mapuche en su establecimiento y ejecución [...]".*

Trigésimo segundo. *Que, para determinar la existencia de una variable evaluada y contemplada en el PSA es menester analizar los antecedentes del expediente de evaluación ambiental, así como su regulación en la RCA N° 3.573/2009.*

Trigésimo tercero. *Que, en el EIA del proyecto se indica que: "El proyecto no altera monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

pertenecientes al patrimonio cultural" (EIA, capítulo 3, "Justificación de efectuar un estudio de impacto ambiental", p. 16). Además, se señala en el resumen ejecutivo de dicho EIA que: "En la inspección visual arqueológica efectuada en terreno para el proyecto 'Central Hidroeléctrica Los Lagos', no fueron identificados sitios arqueológicos ni ningún otro tipo de recurso cultural protegido por la Ley de Monumentos Nacionales N° 17.288". Sin embargo, consta que la Adenda N° 1 el titular precisa que: "[...] la prospección arqueológica registró la presencia de dos sitios arqueológicos de data prehispánica en el área de influencia del proyecto, correspondientes a sitios de carácter habitacional caracterizados por presentar dispersiones de basura doméstica, correspondiente a fragmentos líticos y cerámicos". Así, en el Anexo I de la Adenda N° 1 se incluye la ampliación de la línea de base de patrimonio cultural, en la cual se describen los sitios patrimoniales N° 1 y 2. Posteriormente, se aprecia que en la Adenda N° 2 se agrega como impacto ambiental la 'alteración de sitios arqueológicos no detectados', estableciendo como medidas en el plan de manejo: "Se informará a los trabajadores sobre qué hacer ante la eventualidad de hallazgos de materiales culturales durante las faenas. Antes de la ejecución de las obras. Se implementará un Monitoreo Arqueológico Permanente (MAP) durante la etapa de excavación, a fin de evitar el impacto sobre eventuales sitios arqueológicos. Si se encontraren elementos o lugares pertenecientes al patrimonio cultural, se paralizarán las obras y se procederá a dar aviso al Consejo de Monumentos Nacionales y a Carabineros y, si es autorizado, a realizar el rescate arqueológico correspondiente, de acuerdo al D.S. N° 484/90 del Mineduc". Finalmente, en la RCA N° 3.573/2009, se indica: "Con relación a los efectos, características y circunstancias señalados en la letra f) del

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

artículo 11 de la Ley N° 19.300, es posible indicar que se han establecido las medidas adecuadas para hacerse cargo de la alteración de dos sitios arqueológicos encontrados en el área de influencia del proyecto, las cuales constan en el EIA, sus Adenda, el Informe Consolidado de Evaluación y el Considerando N°7 de la presente Resolución". Respecto de la afectación de sitios patrimoniales, en el considerando 7° de la RCA se contemplan como medidas asociadas a la etapa de construcción: "Implementar Plan de Supervisión arqueológica durante las labores de construcción, por parte de un arqueólogo. Previo al inicio de la construcción del Proyecto, se deberá enviar al Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) y la D.E. de CONAMA un plan de trabajo, con el cronograma del desarrollo de las obras en los diferentes frentes de trabajo que impliquen movimiento de tierra. Una vez finalizadas las obras de movimiento de tierras se deberá enviar un informe al CMN y CONAMA dando cuenta de las labores de supervisión arqueológica. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que durante las actividades de monitoreo se detectase algún hallazgo arqueológico, se deberá proceder según lo establecido en los Artículos N° 26 y 27 de la Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y los artículos N° 20 y 23 del Reglamento de la Ley N° 17.288, sobre excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas. Además, deberá informar de inmediato y por escrito a CONAMA y el CMN para que este organismo determine los procedimientos a seguir". Además, se consideró como medida respecto del llenado del embalse: "Rescate arqueológico encabezado por un arqueólogo. En cuanto a los sitios arqueológicos N° 1 y 2 identificados, se deberá realizar una caracterización de éstos a través de la implementación de una red de pozos de sondeo, con el fin de caracterizar los depósitos subsuperficiales. De acuerdo con

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

los resultados obtenidos en la excavación de estos pozos, el CMN evaluará las medidas más apropiadas de rescate de estos sitios [...]". A continuación, en el considerando 9° de la misma RCA, se contempla en el PSA, respecto del elemento o componente ambiental "Patrimonio Cultural" el parámetro "presencia de sitios arqueológicos", estableciendo a su respecto el seguimiento durante la etapa construcción mediante la presentación de un "plan de supervisión arqueológica", señalando en torno al plazo y frecuencia de la emisión de informes lo siguiente: "3 meses antes del inicio de la construcción envío de plan de trabajo con movimiento de tierra. 2 meses después de finalizado el movimiento de tierra".

Trigésimo cuarto. Que, conforme a los antecedentes transcritos del expediente de evaluación ambiental del proyecto, se colige que la variable patrimonio cultural y arqueológico fue evaluada, estableciéndose condiciones o medidas a su respecto y se encuentra contenida expresamente como tal la presencia de sitios arqueológicos en el PSA. En tal sentido, respecto de este componente, la RCA N° 3.573/2009 reconoció la existencia de efectos adversos significativos, motivo por el cual se contemplaron como medidas asociadas a la construcción del proyecto y al llenado del embalse, el establecimiento de un plan de supervisión arqueológica, así como la caracterización y eventual rescate de las piezas correspondientes a los sitios N° 1 y 2 identificados en la evaluación ambiental del proyecto, respectivamente. Asimismo, se previó expresamente que en el evento de detectar algún hallazgo arqueológico se debía proceder conforme a lo prescrito en los artículos 26 y 27 de la Ley N° 17.288, 20 y 23 del Decreto N° 484, de 28 de marzo de 1990, Reglamento de la Ley N° 17.288 (en adelante, "Decreto N° 484/1990"), sobre

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, debiendo dar cuenta al CMN y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente (en adelante, "CONAMA") -actual SEA- para la determinación de los procedimientos a seguir.

Trigésimo quinto. Que, respecto de los sitios N° 1 y 2, de la carta de 3 de noviembre de 2017, emitida por el arqueólogo Felipe Fuentes Mucherl, aparece que el titular presentó, el 21 de noviembre de 2017, la "Caracterización Arqueológica" del proyecto al CMN, en la cual se concluyó que las actividades de sondeo arqueológico permitieron "*[...] verificar la presencia de material arqueológico en estratigrafía para el Sitio N° 1 y la ausencia de evidencia arqueológica en el sitio N° 2 (en superficie y estratigrafía) [...]*", motivo por el cual se propusieron medidas de rescate respecto del sitio N° 1, desestimándose el sitio N° 2 como elemento cultural. Dicho informe de caracterización arqueológica fue observado mediante el oficio Ord. N° 658, de 12 de febrero de 2018, de la Secretaría Técnica del Consejo de Monumentos Nacionales. Luego, el titular subsanó las observaciones efectuadas por el CMN, mediante la carta de 7 de marzo de 2018, en base a la cual el CMN resolvió, en el oficio Ord. N° 1.507, de 27 de marzo de 2018, pronunciarse conforme. Además, consta en la carta de 10 de abril de 2018, que el titular solicitó "*autorización para desarrollar trabajos de rescate arqueológico en el 'Sitio 1'*", respecto del cual el CMN, mediante oficio Ord. N° 2442, de 31 de mayo de 2018, señaló que "*autoriza la excavación arqueológica de rescate del 'Sitio I', registrado en el marco del proyecto 'Central Hidroeléctrica Los Lagos', comuna de Río Bueno, Región de Los Ríos, cuyo titular es la Empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A, y de acuerdo a lo estipulado en la RCA N° 3573 del 22.06.2009'*", estableciendo condiciones y requerimientos

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

detallados en el oficio. En el mismo sentido, consta de la carta de 10 de julio 2019, que en dicha oportunidad el titular presentó el Plan de Supervisión Arqueológica conforme a lo establecido en el considerando 7° de la RCA N° 3.573/2009.

Trigésimo sexto. Que, en cuanto a una eventual variación sustantiva en relación con lo proyectado en la evaluación ambiental del proyecto, cabe señalar que, si bien los reclamantes afirman esto en sus solicitudes, no precisan ni señalan los motivos que fundamentarían dicha circunstancia. Sin embargo, junto con su reclamación judicial y durante la tramitación de este procedimiento han acompañado diversos documentos que, a su juicio, darían cuenta de la existencia de numerosos hallazgos arqueológicos que sustentarían la posible variación sustantiva de la variable patrimonio cultural y arqueológico. De igual forma, el tercero independiente ha acompañado un conjunto de antecedentes respecto de los procedimientos y medidas adoptadas respecto de los hallazgos arriba indicados.

Trigésimo séptimo. Que, en tal sentido, en los documentos consistentes en la 'Minuta de denuncia de intervención y hallazgo arqueológico en el Fundo Carimallín y presencia de sitio arqueológico en el Complejo Ceremonial Mapuche Williche Gen Kintuante y Kilen Wentxu. Territorio Mapuche Williche Maiwe Carimallín', así como en los reportes de hallazgos arqueológicos no previstos de 4 de noviembre de 2019, 7, 20 y 25 de febrero y 25 de marzo de 2020, se da cuenta de la existencia de hallazgos arqueológicos consistentes en fragmentos cerámicos y líticos, lascas y núcleos de basalto, registrados tanto por los arqueólogos Doina Munita y Rodrigo Mera, como durante las actividades de monitoreo arqueológico

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

realizadas por el titular conforme a la RCA N° 3.573/2009. En este sentido, en el oficio Ord. N° 2.442, de 7 de mayo de 2020, del Secretario Técnico del Consejo de Monumentos Nacional, se advierte que dicha autoridad se pronunció sobre el Plan de Supervisión Arqueológica, efectuando precisiones al mismo, tomando asimismo conocimiento de los hallazgos no previstos, dando cuenta de un hallazgo efectuado en una actividad de fiscalización, así como de dos hallazgos contenidos en denuncias con reserva de identidad, y realizando observaciones particulares a las medidas de resguardo que se deberán adoptar a su respecto.

Trigésimo octavo. Que, tal como se estableció en los considerandos decimoquinto a vigésimo sexto, el examen de admisibilidad de una solicitud de revisión excepcional de una RCA huelga ponderar su plausibilidad para constatar, sobre la base de los antecedentes proporcionados por el solicitante y aquellos contenidos en el expediente de evaluación del proyecto cuya revisión se solicita, si efectivamente existe una variación de una variable evaluada y contemplada en el plan de seguimiento. De esta forma, no corresponde impugnar en esta sede la suficiencia del PSA o de las medidas de mitigación, reparación y/o compensación determinadas en la RCA cuya revisión se solicita.

Trigésimo noveno. Que, de lo señalado en las solicitudes de revisión, así como de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación ambiental del proyecto y aquellos acompañados en esta sede, se concluye que la variación sustantiva no resulta plausible, pues la RCA N° 3.573/2009 proyectó y previó la existencia de hallazgos arqueológicos no previstos, estableciendo a su respecto la presentación de un

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Plan de Supervisión Arqueológica durante las labores de construcción del proyecto, así como la obligación del titular de dar cumplimiento a los artículos 26 y 27 de la Ley N° 17.288, debiendo dar cuenta al CMN y a la CONAMA -actual SEA- ante la existencia de tales hallazgos. Además, de los documentos acompañados en esta sede, tanto por los reclamantes como por el titular, se concluye las acciones realizadas por el titular -y que fundamentan la reclamación de autos-, se han desarrollado dando cumplimiento a lo previsto en los considerandos 7° y 9° de la RCA N° 3.573/2009. A este respecto, se puede constatar que el titular ha presentado el Plan de Supervisión Arqueológica, ha informado al CMN de hallazgos arqueológicos no previstos, y ha adoptado tanto las medidas de resguardo establecidas en dicho plan como aquellas señaladas por el CMN.

Cuadragésimo. Que, conforme a todo lo razonado, la Resolución Exenta N° 906/2019 se ajustó a derecho al efectuar un análisis de la plausibilidad de las solicitudes de revisión de los reclamantes y al determinar que éstas carecían de fundamento, por lo que las presenten alegaciones serán desechadas.

3. De la variable "Fauna Íctica"

Cuadragésimo primero. Que, los reclamantes afirman que en la línea de base contenida en el EIA del proyecto y complementada mediante las adendas, se identificaron seis especies de fauna íctica que se verían afectadas, cuatro de las cuales son nativas. En tal sentido, señalan que las especies pejerrey chileno (*Basilichthys australis*) y puye (*Bachygalaxis bullocki*) se encuentran clasificadas en un estado de conservación de "Casi Amenazada NT", mientras que la especie

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

puyén chico (*Galaxias maculatus*) se encuentra en categoría de "Preocupación Menor (LC)". Sin embargo, sostienen que el caso de la carmelita común (*Percilia gillisi*) resulta más crítico, pues desde el 2010 se encuentra en la categoría de conservación "En Peligro (EN)", de acuerdo con el D.S. N° 33/2011, esto es, con posterioridad a la dictación de la RCA N° 3.573/2009. Señalan que, pese a lo expuesto, al momento de la evaluación y calificación ambiental del proyecto, dada la falta de información relevante, la autoridad ambiental descartó la presencia de efectos adversos significativos sobre la fauna íctica nativa producto de la construcción del embalse, estableciendo solamente un monitoreo trimestral de la fauna acuática desde el inicio de la construcción del muro de la presa, con el objeto de monitorear la magnitud e importancia de este impacto. Adicionan que esta situación de falta de información respecto a los estados de conservación de la fauna íctica nativa, que justificó las medidas establecidas en la RCA del proyecto, ha variado de forma significativa, por lo que en la actualidad resultaría fundamental adoptar medidas de resguardo de la fauna íctica nativa del Río Pilmaiquén. Señalan que la conservación de las especies indicadas resulta preocupante, toda vez que entre los factores de vulnerabilidad y amenaza se encuentran la fragmentación y artificialización de su hábitat producto de la construcción de embalses o represas, así como la introducción de especies invasoras como son las salmonídeas, pese a lo cual la RCA N° 3.573/2009 sólo contempla como medida de reparación o restauración la "[t]ranslocación o trasvasije de especies nativas o de siembra de especies salmonídeas". Concluyen que, conforme a lo expuesto, resulta necesaria la adopción de medidas adicionales tendientes a hacer efectiva, en forma previa a la construcción del proyecto, la obligación legal que impone el artículo 168

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de la Ley N° 18.892, consistente en efectuar un programa de siembra de dichas especies con el objeto de mantener el nivel original de sus poblaciones, en ambos lados de la represa o construir las obras civiles que permitan dichas migraciones.

Cuadragésimo segundo. Que, la parte reclamada, a su vez, señala que no se ha acompañado antecedente técnico alguno que justifique lo expuesto por los reclamantes. Alega que, como estableció la Resolución Exenta N° 906/2019, no existe una variable que haya variado sustancialmente en relación con lo proyectado en la evaluación ambiental, debido a que los eventuales cambios de categoría de conservación de una especie, no constituyen una variación sustantiva de conformidad a lo proyectado en la evaluación ambiental, sino que corresponden a cambios normativos que deben ser abordados sectorialmente, en este caso, por la Subsecretaría de Pesca, para efectos de revisar el cumplimiento del artículo 184 de la Ley N° 18.892. Agrega que, sin perjuicio que no se configura un cambio sustantivo de la variable evaluada, lo correspondiente en este caso sería que se oficie a la Superintendencia del Medio Ambiente para que, cuando se ejecute la obra respectiva, revise la información contenida en los monitoreos de la fauna íctica contemplados en el PSA en los términos detallados en el numeral IX del Informe Consolidado de Evaluación (en adelante, "ICE") y en el Considerando 9° de la RCA N° 3.573/2009, verificando su cumplimiento.

Cuadragésimo tercero. Que, el tercero independiente afirma que la variable fauna íctica fue evaluada pero que no se han realizado las obras que implican la ejecución del PSA a su respecto, por lo que no resulta necesario ni pertinente aún evaluar su comportamiento. Añade que los reclamantes no

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

acompañaron antecedente alguno que dé cuenta de un cambio sustantivo de esta variable ambiental. Asimismo, indica que un cambio en la categoría de conservación de especies de peces no constituye variación sustantiva en los términos del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, sino que corresponden a cambios normativos que deben ser abordados sectorialmente ante la Subsecretaría de Pesca.

Cuadragésimo cuarto. Que, la solicitud de revisión presentada por la Sra. Millaray Huichalaf Pradines y por la Comunidad Indígena Koyam Ke Che, de 31 de mayo de 2019, fundamenta la supuesta variación sustantiva de la variable fauna íctica en que: *"[...] cuando fue calificada favorablemente la CHLL, se carecía de información oficial respecto a la categoría de protección de la fauna íctica nativa presente en el AID [área de influencia directa] del proyecto, y cuyo hábitat se verá irremediablemente fragmentado, no sólo por esta central, sino que también por la CHO [Central Hidroeléctrica Osorno], ambas del mismo titular. Sin embargo, la anterior situación de falta de información respecto a los estados de conservación de la fauna íctica nativa, que en su momento justificó el establecimiento de las medidas relativas a este impacto, ha variado de forma significativa. En efecto, tal como se señaló, de las especies identificadas en el AID del proyecto: una se encuentra clasificada como de 'PREOCUPACIÓN MENOR (LC)' (Galaxias maculatus); dos se encuentran clasificadas según su estado de conservación en este territorio como 'CASI AMENAZADA (NT)' (Basilichthys australis y Bachygalaxis bullocki); mientras que respecto a una, la Percilia gillissi, la situación es más crítica, ya que, desde el año 2010, su categoría de conservación es 'En Peligro (EN)'. En el caso de todas estas especies, la situación es preocupante, ya que uno*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de los factores de vulnerabilidad y amenaza es precisamente la fragmentación y artificialización de su hábitat producto de la construcción de embalses". Por otra parte, la solicitud de revisión presentada por la Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquen Maihue, de 2 de julio de 2019, desarrolla idénticos fundamentos respecto de la variación sustantiva de esta variable.

Cuadragésimo quinto. Que, sobre el particular, la Resolución Exenta N° 906/2019 fundamenta la inadmisibilidad de las solicitudes de revisión presentadas por los reclamantes en que: *"Por su parte, en relación a los impactos en la fauna íctica, tampoco estamos frente a una variable que haya variado sustancialmente en relación a lo proyectado en la evaluación ambiental. Si bien el PSA del Proyecto se contemplan medidas en materia de fauna íctica, el cambio de categoría de conservación, encontrándose la especie Percilia gillisi en categoría de conservación 'En peligro' de conformidad al D.S. N° 33, de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, no constituye una variación sustantiva de conformidad a lo proyectado en la evaluación ambiental, si no que corresponde a un cambio normativo que debe ser abordado sectorialmente, en este caso, por la Subsecretaría de Pesca, para efectos de revisar el cumplimiento del artículo 184 de la Ley General de Pesca y Acuicultura en relación al cambio de categoría de conservación de dicha especie. Asimismo, respecto a las medidas del PSA en materia de seguimiento, y sin perjuicio de que no se configura la hipótesis de cambios en el comportamiento de la variable evaluada ambientalmente, procede que se oficie a la Superintendencia del Medio Ambiente para que cuando se ejecute la obra asociada a dicha medida (llenado del embalse) dicho organismo revise la información contenida en los monitoreos de la fauna íctica contemplados en el PSA, en los*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

términos detallados en el numeral IX del Informe Consolidado de Evaluación del Proyecto y en el Considerando N° 9 de la RCA N° 3573/2009 y verifique su cumplimiento".

Cuadragésimo sexto. Que, como se indicó en el capítulo precedente, para determinar si existe una variable evaluada y contemplada en el PSA, a cuyo respecto se hubieren establecido condiciones y medidas, asociada a la fauna íctica, corresponde revisar los antecedentes del expediente de evaluación ambiental, así como su consideración en la RCA N° 3.573/2009.

Cuadragésimo séptimo. Que, en el EIA del proyecto se identificó como un impacto muy significativo la *"pérdida de hábitat lótico (río) y generación de hábitat léntico (embalse) para la flora y fauna acuática"*, y como significativo la *"alteración del hábitat acuático por disminución de caudal durante el llenado del embalse"* (EIA, Capítulo 5 "Predicción y Evaluación de Impacto Ambiental", p. 36). Además, la afectación de la fauna acuática constituyó justamente una de las razones que justificaron la presentación de un EIA, señalando tal estudio que: *"En consecuencia, puesto que el proyecto 'Central Hidroeléctrica Los Lagos' produce impactos sobre el agua, el suelo, la vegetación, los peces nativos, según el artículo 6 del Título II del Reglamento del SEIA, procede presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA)"* (EIA, Capítulo 3 "Justificación de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental", p. 16). Luego, en el considerando 7° de la RCA N° 3.573/2009 se establecieron las siguientes medidas de reparación y mitigación: i) En cuanto al impacto consistente en el cambio de hábitat lótico a hábitat léntico para la flora y fauna acuática, así como respecto del efecto barrera entre poblaciones de peces separadas por la presa: *"Traslocación o*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

trasvasije de especies nativas o de siembra de especies salmonídeas. El Titular ha considerado un Plan de Seguimiento Ambiental con el objeto de monitorear la magnitud e importancia de este impacto. El Titular al final del tercer año de operación de la central, proporcionará los antecedentes a la D.E. de CONAMA para que evalúe, previo informe de Sernapesca, la pertinencia de llevar a cabo las medidas propuestas. [...] Mitigación: Para evitar el ingreso a las turbinas de peces y materiales se dispondrá de rejas tipo canastillo en los sectores de bocatoma y descarga, cuyas características deberán ser previamente aprobadas por SERNAPESCA. Se realizará un seguimiento de la fauna íctica en el lugar de descarga de las aguas (a pie de presa) para verificar la posible existencia de mortalidad de fauna íctica [...]"; ii) Respecto de la alteración del hábitat acuático por disminución de caudal aguas debajo de la presa durante el llenado del embalse se contempló la: "Aplicación de un caudal ecológico de 12,6 m³/s a pie de presa, el que será monitoreado durante el llenado. Se implementará en la primera etapa del llenado del embalse hasta alcanzar la cota de radier del canal de aducción, lo que tardará unas 12 horas como máximo. El llenado del embalse se efectuará en época de otoño a invierno, a fin de utilizar las aguas del río Pilmaiquén en los periodos de mayor caudal". A continuación, en el considerando 9° de la misma RCA, referido al PSA del proyecto, respecto del elemento o componente ambiental 'Fauna acuática' se contemplan los parámetros "riqueza, diversidad, abundancia y tallas de fauna íctica", la 'caracterización de su hábitat', estableciendo a su respecto el seguimiento para la etapa de construcción de carácter "trimestral, comenzando el primer verano posterior al inicio de la construcción del muro y obras anexas", y durante la etapa de operación uno de orden "trimestral durante los tres primeros años", debiendo evaluarse

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

su continuidad al tercer año por la autoridad ambiental. Igualmente, se incluye como parámetro la 'mortalidad de fauna íctica en el sector de bocatoma' sujeto a un seguimiento de carácter semanal, debiendo presentar el titular un "informe trimestral a la D.E. de CONAMA, Sernapesca y Subpesca, con actividades realizadas y resultados obtenidos".

Cuadragésimo octavo. Que, conforme a los antecedentes del expediente de evaluación ambiental citados, aparece que el componente fauna íctica, y en particular los parámetros riqueza, diversidad, abundancia y tallas de fauna íctica, caracterización de su hábitat y mortalidad de fauna íctica en el sector de bocatoma, fueron evaluados, estableciéndose medidas de mitigación y reparación a su respecto, y encontrándose contenidas en el PSA del proyecto. Sin embargo, la categoría de conservación de las especies nativas de fauna íctica no constituye una variable propiamente tal, no estando incluida en el PSA del proyecto. Además, en las solicitudes de los reclamantes y de los documentos acompañados en esta sede se advierte que no existe antecedente alguno que dé cuenta de una posible variación sustantiva de las variables señaladas o su falta de verificación como exige el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300.

Cuadragésimo noveno. Que, en relación con las categorías de conservación de especies, cabe señalar que el artículo 37 de la Ley N° 19.300 prescribe que: "El reglamento fijará el procedimiento para clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, sobre la base de antecedentes científico-técnicos, y según su estado de conservación, en las categorías recomendadas para tales efectos por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) u otro organismo

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

internacional que dicte pautas en estas materias. De conformidad a dichas clasificaciones el Ministerio del Medio Ambiente deberá aprobar planes de recuperación, conservación y gestión de dichas especies. El reglamento definirá el procedimiento de elaboración, el sistema de información pública y el contenido de cada uno de ellos". En tal sentido, el Decreto N° 29, de 26 de julio de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el reglamento para la clasificación de especies silvestres según estado de conservación (en adelante, "Decreto N° 29/2011"), establece en su artículo 2° literal a) que se entenderá por categorías de conservación el "estado en que pueden encontrarse las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, atendido el riesgo de extinción de sus poblaciones naturales". Luego, en el artículo 4° de este decreto se dispone que: "La clasificación de especies silvestres según su estado de conservación considerará la situación de las mismas a nivel nacional. No obstante, en caso de estimarse necesario y a propuesta del Comité de Clasificación, se podrá establecer una clasificación distinta para una o más zonas o regiones del país, o aplicar el procedimiento de clasificación a niveles taxonómicos distintos del de especie". De estas disposiciones se colige, por una parte, que la determinación de la categoría de conservación de una especie constituye normativa ambiental aplicable a los proyectos evaluados en el SEIA y, por otra, que el proceso de clasificación de especies según su estado de conservación se realiza, por regla general, considerando la situación de cada especie a nivel nacional sobre la base de los criterios de clasificación recomendados por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (en adelante, "UICN").

Quincuagésimo. Que, conforme a lo expuesto en el considerando

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

anterior, el cambio de categoría de conservación de una especie no constituye necesariamente y por sí solo un cambio sustantivo de una variable ambiental en los términos del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, pues al tratarse de una determinación de carácter nacional resulta menester indicar o acompañar antecedentes respecto a una posible variación de tal variable en el área de influencia del proyecto, cuestión que no ha ocurrido en este caso. En efecto, el seguimiento de ella durante la ejecución de proyecto puede ofrecer algún elemento que conduzca a lo que pretenden los reclamantes. No obstante, y como se indicó previamente, ni las solicitudes de revisión ni las reclamaciones administrativa y judicial indican alteración o variación sustantiva alguna en el área de influencia del proyecto, haciendo alusión a supuesta nueva información, que no se señala ni acompaña, y al cambio de la categoría de conservación de la especie *Percillia gillissi*, de manera que no resulta plausible la hipótesis de variación sustantiva prevista en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300.

Quincuagésimo primero. Que, en conclusión, la Resolución Exenta N° 906/2019 se ajusta a derecho y fundamenta debidamente la inadmisibilidad de las solicitudes de revisión presentadas por los reclamantes, pues, como se ha explicado, el cambio de categoría de conservación de las especies nativas en el área de influencia no constituye propiamente una variable incluida en el PSA del proyecto y, adicionalmente, el cambio de categoría indicado no resulta antecedente suficiente, en este caso, para dar cuenta de una posible variación sustantiva de las variables ambientales evaluadas. Por lo expuesto, la presente alegación será rechazada.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

III. Eventual falta de consulta indígena

Quincuagésimo segundo. Que, los reclamantes afirman que el titular ha evidenciado restos arqueológicos en el proceso de sondeo de los sitios N° 1 y 2, avanzando en la definición de una propuesta de rescate con el objetivo de liberar estos lugares para la construcción del proyecto, minimizando la extensión e importancia de los sitios arqueológicos, proceso en el cual las comunidades mapuche-williche del territorio no han participado, pese a que se trata de una medida administrativa que pretende compensar los impactos del proyecto en su patrimonio arqueológico y que da cuenta de la presencia de las comunidades en este territorio desde tiempos inmemoriales. Agregan que la RCA N° 3.573/2009 determina que la definición de las medidas asociadas a los restos arqueológicos se realizaría fuera del marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sin la participación y consulta de las comunidades que habitan los territorios afectados. Argumentan que, conforme al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT") y a la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, "DNUDPI"), tienen derecho a la protección de su patrimonio cultural, incluyendo aquel de carácter arqueológico. Sostienen que las medidas que se adopten para operativizar dicha protección deben serlo con el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos o comunidades interesadas, garantizándose su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural.

Quincuagésimo tercero. Que, la parte reclamada, a su turno, señala que las alegaciones de los reclamantes no se vinculan a

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

las materias del procedimiento de revisión, realizando solamente reproches a la legalidad del proceso de evaluación ambiental. Indica que el proyecto fue evaluado y calificado ambientalmente con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio N° 169, pues dicho instrumento entró en vigor el 15 de septiembre de 2009 y la RCA N° 3.573/2009 se dictó el 22 de junio de dicho año. Adicionalmente, sostiene que el PSA no contiene una variable asociada al componente humano en general o respecto de comunidades indígenas debido a que se estableció que el proyecto no generaría efectos adversos significativos sobre aquéllos. Afirma que en la RCA del proyecto se reconoció un efecto adverso significativo respecto del componente arqueológico conforme a la letra f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, pero no al componente indígena comprendido en las letras c) y d) de dicho artículo. Informa que en el ICE se reconoce la afectación no significativa de comunidades no indígenas referida a sus actividades de peregrinación relacionadas con la religión católica. Finalmente, señala que en el evento de iniciarse un proceso de revisión excepcional podría tener lugar una consulta indígena, siempre que dicha revisión se refiera a variables ambientales que sufriendo cambios sustantivos se encuentren relacionadas a la población indígena, de manera que se estime que la resolución con la cual culmine el proceso de revisión sea una medida susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas, tal como lo indica el instructivo 'Revisión excepcional de RCA por variación sustantiva de las variables ambientales evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento o por la no verificación de ellas', contenido en el Oficio Ordinario N° 150584, de 25 de marzo de 2015, del Director Ejecutivo del SEA (en adelante, "Instructivo 25 quinquies").

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Quincuagésimo cuarto. Que, el tercero independiente asevera en la reclamación no se menciona medida administrativa alguna susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas. Indica que, en todo caso, el proyecto fue evaluado y calificado ambientalmente cuando el Convenio N° 169 aún no se encontraba vigente, de manera que la consulta indígena resultaba improcedente. Añade que el proyecto no se encuentra ubicado ni en tierras indígenas, ni en un área de desarrollo indígena, ni tampoco próximo a ellas. Finalmente, señala que los reclamantes confunden el presente proyecto con aquel correspondiente a la central hidroeléctrica Osorno, en cuya área de influencia se encontraba el complejo ceremonial Kintuante, el cual no será afectado en forma alguna por la Central Hidroeléctrica Los Lagos.

Quincuagésimo quinto. Que, en cuanto a la eventual falta de consulta indígena respecto de las medidas asociadas al componente Patrimonio Cultural y Arqueológico en la ejecución del proyecto, cabe señalar que el Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, fue promulgado mediante Decreto N° 236, de 2 de octubre de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores (en adelante "Convenio N° 169"). En el artículo 6° de este Convenio se establece que: "1. [...] *los gobiernos deberán a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, [...]; 2. Las consultas [...] deberán efectuarse*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Sin embargo, en el preámbulo del decreto citado consta que: "[...] el instrumento de ratificación de dicho Convenio se depositó con fecha 15 de septiembre de 2008 ante el Director General de la Organización Internacional del Trabajo y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 38, párrafo 3, del referido Convenio N° 169, éste entrará en vigencia para Chile el 15 de septiembre de 2009". De esta forma, la obligación de consulta que establece el artículo 6° del Convenio N° 169 resulta exigible para el Estado de Chile sólo desde el 15 de septiembre de 2009.

Quincuagésimo sexto. Que, en este caso, como consta en el expediente de evaluación ambiental, el proyecto ingresó al SEIA el 13 de junio de 2007, mediante un Estudio de Impacto Ambiental, siendo calificado en forma ambientalmente favorable mediante la RCA N° 3.573/2009, de 22 de junio de 2009.

Quincuagésimo séptimo. Que, como se estableció en el punto 2 del capítulo II, tanto el componente Patrimonio Cultural y Arqueológico como la variable 'presencia de sitios arqueológicos' fueron considerados durante la evaluación ambiental del proyecto, contemplándose dicha variable en el PSA y estableciéndose medidas respecto de los hallazgos arqueológicos correspondientes a los sitios N° 1 y 2 y a aquellos no previstos en la evaluación. En consecuencia, la presentación y ejecución del Plan de Supervisión Arqueológica, en cuyo contexto se han determinado las acciones y medidas que, a juicio de los reclamantes, no habrían sido sometidas al proceso de consulta indígena fue realizada por el titular

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

conforme a lo previsto expresamente en los considerandos 7° y 9° de la RCA N° 3.573/2009, dictada en forma previa a la entrada en vigor del Convenio N° 169.

Quincuagésimo octavo. Que, de lo expuesto en los considerandos precedentes, se concluye que las medidas asociadas al Patrimonio Cultural y Arqueológico fueron determinadas durante la evaluación de impacto ambiental del proyecto, cuya evaluación y calificación fue previa a la entrada en vigor del Convenio N° 169, de manera que no resulta exigible un proceso de consulta indígena en su implementación. De esta forma, la presente alegación será rechazada como se indicará en lo resolutivo.

IV. Conclusión

Quincuagésimo noveno. Que, conforme a lo establecido en los considerandos anteriores, se concluye que tanto la Resolución Exenta N° 1.093/2019, como la Resolución Exenta N° 906/2019, ambas del Director Ejecutivo del SEA, se ajustan a derecho, toda vez que, como ha quedado demostrado en la sentencia, la declaración de inadmisibilidad de las solicitudes de revisión no resulta reclamable administrativa y judicialmente conforme a los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, al no constituir el acto administrativo que realiza materialmente la revisión en los términos previstos en el inciso final del artículo 25 quinquies ya citado. A mayor abundamiento, la declaración de inadmisibilidad de las solicitudes de revisión de los reclamantes por manifiesta falta de fundamento se ajusta a derecho, pues, conforme a lo establecido en las

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

consideraciones precedentes, no resulta plausible en la especie una variación sustantiva de las variables ambientales asociadas al Patrimonio Cultural y Arqueológico, así como respecto de la Fauna Íctica. Finalmente, como se señaló en el acápite anterior, el Convenio N° 169 no se encontraba en vigor al momento de la evaluación y calificación ambiental del proyecto, por lo que no resulta exigible un proceso de consulta indígena respecto de la implementación de las medidas y condiciones establecidas en la RCA N° 3.573/2009.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 17 N° 5, 18 N° 5, 25, 27 y siguientes de la Ley N° 20.600; 11, 12, 25 quinquies de la Ley N° 19.300; 1°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 30, 41 y 59 de la Ley N° 19.880; 168 y 184 de la Ley N° 18.892; 26 y 27 de la Ley N° 17.288; 20 y 23 del Decreto N° 484/1990; y en las demás disposiciones citadas y pertinentes;

SE RESUELVE:

- 1. Rechazar** la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 1.093/2019 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que declaró inadmisibile el recurso de reclamación presentado en contra de la Resolución Exenta N° 906/2019, de la dicha autoridad, conforme a lo señalado en la parte considerativa de esta sentencia.
- 2. Cada parte pagará sus costas.**

Se previene que el Ministro Sr. Delpiano, si bien estuvo por rechazar la reclamación conforme al análisis realizado en los capítulos II y III de la sentencia, no comparte lo razonado en su capítulo I, conforme a los siguientes argumentos:

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

1) Que, a juicio de este Ministro, el inciso final del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, en tanto dispone que “[e]l acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20”, debe ser interpretado en forma amplia, considerando que puede ser reclamado de conformidad al artículo 20 de este cuerpo legal todo acto administrativo que ponga término o haga imposible la consecución del procedimiento de revisión de una RCA, habilitando luego la revisión judicial de la decisión de tal recurso mediante la reclamación del artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600.

2) Que, la interpretación amplia referida en el considerando precedente resulta concordante con los principios de economía procesal, impugnabilidad y de acceso a la justicia ambiental. Al respecto, la Cumbre Judicial Iberoamericana ha sostenido que: *“Toda persona deberá tener la posibilidad de accionar la revisión de la decisión ambiental ante un órgano independiente e imparcial establecido por ley. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”* (Declaración sobre Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sostenible, aprobado por la XIX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, desarrollada en Quito, Ecuador, los días 18, 19 y 20 de abril de 2018. p. 95). Estos principios han sido reconocidos expresamente por la Corte Suprema al referirse a la impugnabilidad de la declaración de inadmisibilidad de una solicitud de revisión del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, resolviendo al efecto que: *“[...] la declaración inicial de inadmisibilidad de la reclamación también conculca el principio de impugnabilidad de los actos de la administración*

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

consagrado en el artículo 15 de la Ley 19.880, por cuanto con ella se niega expresamente la posibilidad del administrado de alzarse contra un acto de la administración a través de los medios que la ley -en este caso los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley 19.300- expresamente le acuerdan para recurrir a la vía jurisdiccional" (Corte Suprema, Rol N° 30.347-2017, de 4 de diciembre de 2017, c. 5°).

3) Que, adicionalmente, la declaración de inadmisibilidad de las solicitudes de revisión constituye un acto trámite que pone término al procedimiento y que, además, causa indefensión a los reclamantes, pues privó a éstos de la posibilidad de obtener una decisión de fondo del asunto y de solicitar posteriormente su revisión administrativa y judicial. En tal sentido, en la doctrina se ha entendido que: "[...] son impugnables los definitivos; y los de trámite, sólo lo serán en circunstancias calificadas, que en términos generales se traducen en que causan efectos equivalentes a los propios de una resolución definitiva, es decir, cuando 'determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión'" (CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters, 2015, p. 254). En el mismo sentido, se ha indicado en particular respecto de la declaración de inadmisibilidad de una solicitud administrativa que: "En caso de que la solicitud del interesado no reúna los requisitos del artículo 30 o los requisitos especiales que alguna ley indique, se requerirá al interesado para que en el plazo de 5 días subsane la falta o acompañe los documentos respectivos, indicándole que si no lo hace se le tendrá por desistido de su petición. **Este es uno de los distintos casos que podemos encontrar en que un acto trámite pone término al procedimiento, siendo de acuerdo al artículo 15 un acto**

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

impugnable" (BERMUDEZ SOTO, Jorge. *Derecho Administrativo General*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters, 2011, p. 158-159) (destacado de este Ministro).

4) Que, este Tribunal ha sostenido previamente que: "Para determinar qué se entiende por acto que 'realice la revisión', estos sentenciadores consideran que, a la luz del principio de impugnabilidad y del necesario control jurisdiccional sobre los actos de la Administración, es menester interpretar ampliamente el alcance de este concepto" y que "[u]na interpretación extensiva permitirá reclamar administrativamente y, por consiguiente, ante los Tribunales Ambientales, no sólo aquella resolución que ordena revisar y modificar la correspondiente RCA, sino también aquella que rechaza una solicitud de revisión o declara inadmisibles dichas peticiones" (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 125-2016, de 11 de febrero de 2019, c. 9-10). Además, este criterio fue ratificado por la Corte Suprema al conocer de los recursos interpuestos en contra del fallo citado, oportunidad en la que estableció que: "[...] la decisión de no incoar el procedimiento de revisión y todos los actos posteriores que representan el agotamiento de la vía administrativa, que fueron negativos en relación a controlar incluso la negativa de iniciar el mentado procedimiento, pues además se negó la procedencia de la reclamación administrativa, dejó en la indefensión al administrado, razón por la que efectivamente, como lo decidió esta Corte al actuar de oficio en los autos Rol N° 30.347-2017, era reclamable en conformidad a los artículos 20 de la Ley N° 19.300 en relación al artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600" (Corte Suprema, Rol N° 7785-2019, de 7 de agosto de 2020, c. 9).

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

5) Que, en conclusión, este sentenciador es del parecer que la declaración de inadmisibilidad de las solicitudes de revisión realizada mediante la Resolución Exenta N° 906/2019, es susceptible de ser impugnada administrativamente conforme a los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley N° 19.300 y, luego, judicialmente mediante la reclamación del artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, sobre la base de la interpretación amplia del inciso final del artículo 25 quinquies ya referido, de la aplicación del artículo 15 de la Ley N° 19.880 y de los principios de economía procesal, impugnabilidad y acceso a la justicia ambiental, sin que sea necesario que el solicitante que estime que el acto que declara inadmisibile su solicitud de revisión no se ajusta a la legalidad, deba plantear el recurso de reposición del artículo 59 de dicho cuerpo legal, o la solicitud de invalidación de dicho acto de conformidad con el artículo 53 de la misma ley como presupuesto de procesabilidad de la acción.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 227-2020.

**ALEJAN
DRO
RUIZ
FABRES** Firmado
digitalmente
por ALEJANDRO
RUIZ FABRES
Fecha:
2021.01.29
09:23:55 -03'00'

**CRISTIAN
ANDRES
DELPIAN
O LIRA** Firmado
digitalmente
por CRISTIAN
ANDRES
DELPIANO LIRA
Fecha:
2021.01.29
09:18:42 -03'00'

**FABRIZIO
ANDRES
QUEIROLO
PELLERANO** Firmado
digitalmente por
FABRIZIO ANDRES
QUEIROLO
PELLERANO
Fecha: 2021.01.29
10:05:23 -03'00'

Pronunciada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Cristián Delpiano Lira, Presidente, Sr. Alejandro Ruiz Fabres y Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Alejandro Ruiz Fabres y

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

la prevención, su autor.

RICARDO
ENRIQUE
PEREZ
GUZMAN

Firmado
digitalmente por
RICARDO ENRIQUE
PEREZ GUZMAN
Fecha: 2021.01.29
10:32:02 -03'00'

En Santiago, a veintinueve de enero de dos mil veintiuno,
autoriza el Secretario Abogado (S) del Tribunal, señor Ricardo
Pérez Guzmán, notificando por el estado diario la resolución
precedente.