

Valdivia, ocho de octubre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1. A fs. 1 y ss., el 26 de diciembre de 2020, compareció el abogado Sr. RODRIGO HERNÁN MENESES TAPIA, con domicilio en calle Riquelme número 438, comuna y ciudad de Coyhaique, en representación de: (1) la Srta. **DAISY DEL PILAR GÜENTIAN QUINTANA**, técnica en enfermería, domiciliada en Los Pinos número 226, Puerto Guadal, comuna de Chile-Chico; (2) la Srta. **EVELYN ALEJANDRA QUEZADA DONOSO**, kinesióloga, domiciliada en Ruta 256, Camino a Chile Chico, Km 2, Puerto Guadal; (3) la Sra. **MIRIAM NINOSKA CHIBLE CONTRERAS**, empresaria turística, domiciliada en Carretera Austral Sur, Km 265, Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo; (4) el Sr. **ALEXIS JOAQUÍN BARRAMUÑO GONZÁLEZ**, horticultor, domiciliado en calle Los Pinos S/N, Puerto Guadal, comuna de Chile-Chico; (5) la Srta. **BÁRBARA VALERIA VIEGAS VÁSQUEZ**, trabajadora independiente, domiciliada en Las Camelias S/N, Puerto Guadal, comuna de Chile-Chico; (6) el Sr. **JAIME IGNACIO ACUÑA POBLETE**, constructor civil, domiciliado en Km 7 ruta Puerto Guadal-Chile Chico, comuna de Chile-Chico; (7) el Sr. **PATRICIO ORLANDO SEGURA ORTIZ**, periodista, domiciliado en Carretera Austral Sur, Km 265, Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo; (8) el Sr. **PEDRO ANDRES BARRÍA VERA**, trabajador independiente, domiciliado en calle Los Guindos s/n, Puerto Guadal; (9) el Sr. **FELIPE ALEJANDRO CHRISTENSEN ARTEAGA**, trabajador independiente, domiciliado en Carretera Austral Sur, Km 275, Puerto Guadal; (10) la Srta. **DIANA KARINA OPAZO LEIVA**, pedagoga en filosofía, domiciliada en Carretera Austral, Km 273, Puerto Guadal; (11) el Sr. **HERNAN EDUARDO POOLEY MONTERO**, periodista, domiciliado en Carretera Austral Sur, Km 273, Puerto Guadal; (12) el Sr. **FRANCO SEBASTIÁN IVÁN MARDONES TRIVIÑO**, estudiante, domiciliado en calle Los Guindos número 332, Puerto Guadal; (13) el Sr. **PEDRO ESTEBAN RIVAS CARBONELL**, trabajador independiente, domiciliado en Pasaje Uno número 651, Población La Amistad, Puerto Guadal; y (14) la Srta. **ESTEFANI ALMENDRA CARBONELL POBLETE**, estudiante, domiciliada en Pasaje Uno, número 651,



Población La Amistad, Puerto Guadal; en adelante todos referidos como «los Reclamantes».

2. El compareciente, por sus representados, interpuso la reclamación del art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, contra la Res. Ex. N° 2423, de fecha 7 de diciembre de 2020, dictada por la Superintendencia de Medio Ambiente («la SMA»), en adelante la «Resolución Reclamada», que archivó denuncia de 18 de marzo de 2020 presentada en contra del proyecto «Rehabilitación central hidroeléctrica Los Maquis» («el Proyecto»), de la Empresa Eléctrica de Aysén S.A. («el Titular»), por su construcción sin haber obtenido previamente la correspondiente resolución de calificación ambiental («RCA»). La denuncia en cuestión fue presentada por un grupo de los Reclamantes de autos, mientras que otro grupo de los mismos se hizo parte de ella en una presentación posterior ante la SMA de 30 de junio de 2020, rolante a fs. 571. De acuerdo a la Resolución Reclamada, a fs. 834, se ordenó el archivo de la denuncia dado que no se pudo verificar que el Proyecto se encuentre en una hipótesis de elusión de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental («SEIA»), ni en incumplimiento de alguna otra normativa ambiental que corresponda conocer a la SMA.
3. Respecto del Proyecto, conforme se indica en el informe de la SMA a fs. 69, este se ubica en el sector Los Maquis, Puerto Guadal, comuna de Chile Chico, Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y correspondería a obras de rehabilitación de la antigua Central Hidroeléctrica Los Maquis, de una potencia instalada de 380 kW, actualmente fuera de servicio. Su objetivo sería aprovechar gran parte de las instalaciones existentes para alimentar dos nuevas turbinas hidroeléctricas que permitirán inyectar, en conjunto, una potencia máxima de 1 MW al Sistema Mediano General Carrera. Se contemplan modificaciones en la bocatoma, tubería de presión, casa de máquinas, y una nueva cámara de carga, canal de restitución y subestación elevadora.
4. Los Reclamantes solicitaron a fs. 30 de su libelo que se deje sin efecto la Resolución Reclamada, se ordene a la SMA iniciar un procedimiento sancionatorio contra el Titular por infracción

al art. 35 letra b) de la Ley N° 20.417, y se ordene por la SMA al Titular el ingreso del Proyecto al SEIA de acuerdo a lo prescrito por el art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 y 3 letra p) de su Reglamento («RSEIA»), con costas.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

5. En el informe evacuado a fs. 67, la SMA acompañó el Expediente de Denuncia ID 8-X1-2020, con certificado de autenticidad, donde consta:

a) A fs. 99, denuncia presentada el 18 de marzo de 2020 ante la SMA por los Reclamantes y otras personas, acusando que el Proyecto debía ingresar al SEIA al encontrarse dentro de la hipótesis del artículo 10 letra p) de la Ley N° 19.300 en relación al artículo 3 letra p) del RSEIA. Se acompañó a esta presentación:

i. Carta de marzo de 2019 del Titular dirigida al Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental («SEA») Región de Aysén, solicitando pronunciamiento sobre consulta de pertinencia de ingreso del Proyecto al SEIA (fs. 129), de fecha 4 de abril de 2019. En el documento se describen las partes y obras del proyecto, concluyendo el proponente que no debe ingresar al SEIA.

ii. Res. Ex. 219 del SEA, de 24 de mayo de 2019, que requiere información al proponente previo a la resolución de su consulta de pertinencia (fs. 145).

iii. Respuesta de Edelayés de 26 de julio de 2019 (fs. 149), que da respuesta al requerimiento del SEA, reafirmando que conforme a los documentos que acompaña (anexos de fs. 166 a 177) y descripciones que plantea, el proyecto no requiere ingresar al SEIA.

iv. Res. Ex. N° 334, de 12 de agosto de 2019, del Director Regional del SEA Región de Aysén, que da respuesta a la consulta de pertinencia de Edelayés en el sentido

que la actividad informada no tiene la obligación de someterse al SEIA.

- b) A fs. 210, Res. Ex. AYS N° 011, de 3 de abril de 2020, que requiere a Edelaysén la información detallada en la resolución, a fs. 211.
- c) A fs. 222, respuesta de Edelaysén por medio de escrito de 30 de abril de 2020. En la presentación se acompañaron ante la SMA los siguientes anexos, conforme se individualizan en ella:
 - i. Anexo 1, que incluye: Informe de dosificación de hormigón (fs. 244); Planilla de cálculo de dosificación de hormigón (fs. 249); Orden de compra de la empresa Sociedad de Hormigones HGF Limitada a Gerardo Álvarez, de fecha 12 de febrero de 2020 (fs. 250); Autorización municipal a la Empresa Gerardo Álvarez (fs. 252 y 253); Archivo kmz de puntos de extracción de áridos en los pozos del Río El Salto (no acompañados en expediente de denuncia).
 - ii. Anexo 2, que incluye Contrato de arriendo entre María Mercedes Verdugo Mansilla y la empresa Obras Especiales Chile S.A (fs. 254).
 - iii. Anexo 3, que incluye certificado comunal que autoriza disposición de material de demolición (fs. 256) y solicitud asociada al uso del vertedero municipal (fs. 258).
 - iv. Anexo 4, que incluye: fuentes de ruido (fs. 261); informe de estimación de emisiones (fs. 262); informe de modelación de calidad del aire (fs. 290); estudio de suelos (fs. 304).
 - v. Anexo 5, que incluye: Informe sobre Atractivo Turístico Cascada Estero Los Maquis, por Alfredo Edwards Velasco con currículum vitae (fs. 354 y 364); Especificaciones técnicas de medidores de flujo (fs. 387); Informe de Caracterización del Valor Paisajístico (fs. 398); Informe Antecedentes sobre

Valor Turístico y Visibilidad (fs. 422); Proyecto turístico (fs. 482).

- vi. Anexo 6, que incluye: Correo electrónico de CONAF, de fecha 7 de febrero de 2020 (fs. 500); Presentación efectuada a la Dirección de Vialidad (fs. 508) y Ordinario 141/2020 de la Dirección Regional de Vialidad (fs. 513).
 - vii. Anexo 7, que incluye: fotografías de obras provisionarias (fs. 516); archivo kmz del proyecto (fs. no acompañados en expediente de denuncia); Plano *layout* del Proyecto (fs. 519).
- d) A fs. 520, presentación del Titular, de 22 de mayo de 2020, en cumplimiento al requerimiento de información de la SMA, donde acompañó el Informe de Evaluación de Emisión de Ruido que consta a fs. 522.
- e) A fs. 571, presentación de 30 de junio de 2020, por medio de la cual una colectividad de personas de Puerto Guadal individualizadas en la misma, incluido un grupo de reclamantes de autos, se hicieron parte de la denuncia presentada ante la SMA tramitada bajo el rol ID 8-XI-2020. En el escrito solicitaron como medida provisional la detención de las obras del Proyecto y/o la clausura temporal total de las faenas, y oficio al presidente de la Mesa Público-Privada de la Zona de Interés Turístico «Chelenko» para que se refiera a la compatibilidad del Proyecto con el objeto de conservación de dicha área.
- f) A fs. 651, Acta de Inspección Ambiental de 1 de julio de 2020, en que se constataron los hechos detallados a fs. 653. Además, se requirió información al titular relativo a la disposición final de sustancias y componentes peligrosos, lugar de almacenamiento del antiguo transformador existente en la casa de máquinas y derechos de agua sobre pozo de extracción. A fs. 656, consta set fotográfico ingresado a la SMA el 3 de julio de 2020 relativo a la inspección.

- g) A fs. 663, Ord. N° 1706, de 10 de julio de 2020, de la SMA, que da respuesta a una solicitud de información del Instituto Nacional de Derechos Humanos según Ord. N° 52 de 26 de mayo de 2020, de dicho organismo, relativo a la situación y estado de fiscalización de las faenas del Proyecto, sanciones impuestas por tala de bosque nativos y otros hechos que indica.
- h) A fs. 669, presentación del Titular de fecha 21 de julio de 2020, que da respuesta al requerimiento de información de la SMA levantado en la inspección ambiental. En el escrito se acompañaron los siguientes documentos: Copia de Resolución Exenta N° 51/2006, de fecha 12 de enero de 2006, de la Seremi de Salud de Aysén, que aprobó almacenamiento transitorio de residuos peligrosos que indica (fs. 683); Orden de compra de 20 de julio por transporte de transformador antiguo retirado de Central Los Maquis (fs. 685); subcontrato de especialidades planta de hormigón (fs. 686); cotización, orden de compra y comprobantes por venta y traslado de agua (fs. 695-700); y copia registro de propiedad de aguas (fs. 701).
- i) A fs. 705, ORD AYS N°191/2020, de 5 de agosto de 2020, por el cual la SMA solicitó al Director Regional de Sernatur pronunciamiento con el objeto de definir si la cascada Los Maquis y su entorno de pozones y remansos adyacentes es calificado como Objeto de Protección según la declaración contenida en el Decreto N°4, de 5 enero 2018, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción. La respuesta de Sernatur consta a fs. 710, en el Ord. N° 116 de 24 de agosto de 2020, que a fs. 712 concluyó que «el objeto de protección del área colocada bajo protección oficial, la ZOIT, está constituido por cada uno de los atributos naturales que le otorgan valor al paisaje (...)», y a fs. 713, que «deben identificarse y estimarse los posibles impactos del proyecto para evaluar si el proyecto genera o presenta una alteración significativa del este [sic] valor paisajístico de la zona (...)», indicando una serie de antecedentes que el Titular debiera entregar para

ello, tales como cartografías, caudales, evaluación de impactos sobre agua, etc.

- j) A fs. 714, ORD AYS N°226/ 2020, de 5 de octubre de 2020, por el cual la SMA reiteró al Director Regional de Sernatur el pronunciamiento anterior, haciendo presente que el titular presentó antecedentes «que complementan la interacción del proyecto con el valor paisajístico del área a intervenir los que se adjuntan a este oficio», como también que la empresa presentó antecedentes directamente ante Sernatur. La respuesta de este último consta a fs. 715, en el Ord. N° 131, de 13 de octubre de 2020, en el cual concluyó que «a través de los documentos entregados, ha sido posible concluir que si bien el proyecto en cuestión afecta uno de los objetos de protección de la ZOIT Chelenko, en este caso la Cascada Los Maquis (...) y su entorno de pozones y remansos adyacentes, el Titular entrega información y compromisos tendientes a mitigar y compensar esta afectación» y que «las medidas y compromiso propuesto por Edelayés, permitirían generar un desarrollo turístico y fortalecer el turismo en el área mejorando las condiciones actuales y no afectándose el objeto de protección Cascada Los Maquis, debido a las condiciones de mantenimiento de caudal escénico propuesto por el Titular».
- k) A fs. 718, el Titular acompañó resolución del Director Regional del SEA Región de Aysén, que rechazó solicitud de invalidación presentada contra la Res. Ex. N° 334/2019, que dio respuesta a consulta de pertinencia relativa al proyecto.
- l) A fs. 737, Informe Técnico de Fiscalización Ambiental (DFZ-2020-2744-XI-SRCA) de abril de 2020, que concluyó que el Proyecto no cumple con los requisitos del DS 40/2012 para su ingreso al SEIA, «toda vez que los efectos identificados no cumplen los criterios de magnitud, envergadura o duración para ser calificados como impacto ambiental sobre el conjunto paisajístico de los pozones y cascadas del sector Los Maquis» (fs. 764).

- m) A fs. 769, publicación en el Diario Oficial del Decreto N° 4, de 5 de enero de 2018, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que actualiza la Zona de Interés Turístico «Lago General Carrera» denominándola Chelenko.
- n) A fs. 771, Plan de Acción de la ZOIT Chelenko, de octubre de 2017.
- o) A fs. 813, Ord. D.E. N° 130844/13, del Director Ejecutivo del SEA, que «Uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, e instruye sobre la materia», el cual adjunta Minuta Técnica «sobre los conceptos de «Áreas Colocadas Bajo Protección Oficial» y «Áreas Protegidas» en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental», agregada a fs. 815.
- p) A fs. 821, 824 y 825, respectivamente, correo electrónico de CONAF, de fecha 7 de febrero de 2020, fotografía de Edelaymén de árboles que requieren corta y croquis.
- q) A fs. 826, Res. Ex. N° 2423, de 7 de diciembre de 2020, Resolución Reclamada en autos, la cual archivó la denuncia de 18 de marzo de 2020 y no hizo lugar a las medidas provisionales solicitadas.
- r) A fs. 95 consta certificado de autenticidad del expediente de denuncia ID 8-X1-2020, relativo al Proyecto.

II. Antecedentes del proceso de reclamación

6. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella, consta en el cuaderno principal de autos que:

- a) A fs. 1 y ss. del cuaderno principal, se inició el procedimiento mediante reclamación del art. 17 N° 3 presentada por los Reclamantes el 26 de diciembre de 2020 contra la Resolución Reclamada, en la que se acompañaron los documentos que constan en autos de fs. 32 a 45.

- b) A fs. 36, resolución que admitió a trámite la reclamación respecto de todos los comparecientes con excepción del Sr. Herán Eduardo Pooley Montero. Se ordenó informar por parte de la autoridad reclamada en plazo legal y se tuvieron por acompañados los documentos, presente la personería y se accedió a la forma de notificación. Respecto del Sr. Pooley Montero, se ordenó constituir legalmente el mandato judicial, dentro de tercero día y bajo apercibimiento legal, en los términos que indica la resolución.
- c) A fs. 54, oficio N° 164/2020 dirigido a la SMA y a fs. 55 certificación de remisión digital del mismo.
- d) A fs. 56, habiendo transcurrido término legal sin cumplirse con la constitución legal del mandato judicial por parte del Sr. Hernán Eduardo Pooley Montero, se hizo efectivo el apercibimiento del art. 2 inciso 4° de la Ley N° 18.120 y se tuvo, a su respecto, por no presentada la reclamación de fs. 1.
- e) A fs. 39, compareció por la SMA el abogado Sr. Emanuel Ibarra Soto, quien solicitó ampliación de plazo para informar, acreditó personería con los documentos acompañados a fs. 59 y 64, asumió patrocinio y delegó poder, además de señalar forma de notificación. A fs. 66, el Tribunal tuvo presente el patrocinio y poder, y accedió a las demás solicitudes.
- f) A fs. 67, la SMA evacuó informe y acompañó copia digital del expediente de denuncia ID 8-X1-2020, relativo al Proyecto, con certificado de autenticidad. A fs. 847, el Tribunal tuvo por evacuado el informe y ordenó pasar los autos al Relator de la causa.
- g) A fs. 838, compareció, por medio de letrado, el titular del Proyecto Empresa Eléctrica de Aysén S.A., solicitando se le tenga como parte en calidad de tercero independiente o, en subsidio, como coadyuvante de la reclamada. El Tribunal aceptó la comparecencia como tercero independiente, a fs. 847.

- h) A fs. 848, los Reclamantes solicitaron, como medida cautelar, la paralización de las faenas de construcción del Proyecto, solicitud a la cual el tercero independiente se opuso por medio del escrito que rola a fs. 866, acompañando los documentos que constan de fs. 872 a 901, incluido un set fotográfico. El Tribunal, a fs. 906, tuvo presente lo indicado por el tercero pero rechazó tener por acompañados los documentos al no estar resuelta aún la medida cautelar y atendido lo dispuesto el art. 24 inciso 4° de la Ley N° 20.600. En lo demás, decretó autos para resolver la solicitud.
- i) A fs. 907, resolución que rechazó la medida cautelar solicitada por los Reclamantes.
- j) A fs. 910, se certificó la causa en relación y, a fs. 911, consta el decreto de autos en relación, fijándose audiencia de alegatos para el jueves 8 de abril de 2021, a las 09:30 horas, por medio de videoconferencia. Se tuvieron además por acompañados los documentos presentados por la SMA en el otrosí del informe de fs. 67. La audiencia se suspendió por resolución de fs. 913, previa solicitud de suspensión del procedimiento de común acuerdo por las partes, a fs. 912.
- k) A fs. 914, se reanudó el procedimiento y se fijó audiencia de alegatos para el miércoles 19 de mayo de 2021, a las 09:30 horas, en los mismos términos anteriores. Por resolución de fs. 1738 se dejó sin efecto la citación a esta audiencia conforme al mérito de la certificación de fs. 1736 del Sr. Secretario del Tribunal, relativa a una falla generalizada del proveedor de servicios de internet. En la misma resolución se fijó nueva audiencia de alegatos para el lunes 24 de mayo de 2021, a las 09:30 horas, por medio de la aplicación Zoom.
- l) A fs. 923, el tercero independiente solicitó se tengan presente las consideraciones que indica por el rechazo de la reclamación, y acompañó los documentos que rolan de fs. 971 a 1499. Por su parte, los Reclamantes a fs. 1725 presentaron escrito solicitando se tengan presente sus

consideraciones a favor de la reclamación. A fs. 1737, el Tribunal tuvo presente lo expuesto por las partes y por acompañados los documentos del tercero independiente.

- m) A fs. 1739, 1740 y 1741 constan los anuncios de las partes, y su providencia, en resolución de fs. 1768. En la misma además se tuvieron por acompañados los documentos del tercero independiente según su escrito de fs. 1742, documentos que rolan de fs. 1743 a 1766.
 - n) A fs. 1767, Acta de Instalación del Tribunal, a fs. 1769 certificación de la realización de la audiencia el 24 de mayo de 2021 y, a fs. 1770, certificación de causa en estudio.
 - o) A fs. 1771, certificación de acuerdo, y a fs. 1772 designación de Ministro redactor.
 - p) A fs. 1773, medida para mejor resolver, consistente en ordenar a la SMA y a Sernatur que dentro de décimo día acompañen los antecedentes que se individualizan en la resolución. A fs. 1838, consta resolución que provee a sus antecedentes la respuesta de Sernatur, agregada a fs. 1778 (Ord. N° 132), y por cumplido lo ordenado respecto de la SMA. La misma resolución rechazó una presentación de los Reclamantes solicitando una inspección personal del Tribunal y tener por agregado un documento, y otra del tercero independiente replicando a la anterior.
 - q) A fs. 1839, certificación de entrega de proyecto de sentencia.
7. Por resolución de 12 de mayo de 2021 se ordenó abrir un cuaderno de medida cautelar, a raíz de una nueva solicitud de los Reclamantes, en cuya tramitación consta:
- a) A fs. 1, solicitud de medida cautelar de los Reclamantes, de 10 de mayo de 2021, consistente en la paralización de las faenas constructivas del proyecto y, en subsidio, la paralización de las faenas que se identifican en el escrito, o cualquier otra medida que el Tribunal estime ajustada a derecho. Alegaron que el titular se encontraría impactando directamente los pozones y cascadas del río Los

Maquis a raíz de la caída de material removido, afloramiento de agua por faenas constructivas e instalación de infraestructura directamente en el cauce, entre otras alegaciones. Se acompañó el documento agregado a fs. 22 y un set de videos en formato comprimido. Esta solicitud había sido inicialmente presentada a fs. 917 del cuaderno principal. Por resolución de 12 de mayo de 2021, que consta a fs. 59 de este cuaderno, se ordenó formar el cuaderno separado. La creación del cuaderno se certificó por el Sr. Secretario a fs. 60.

- b) A fs. 48, presentación del tercero independiente solicitando tener presente las consideraciones que indica por las que se opuso a la solicitud, refiriendo, en particular, a una actividad de fiscalización al proyecto realizada por la SMA y el Director Regional de Sernatur el 29 de abril de 2021 donde la autoridad no habría advertido condiciones irregulares en la ejecución de las obras del proyecto.
- c) A fs. 59, el Tribunal tuvo presente lo expuesto por el tercero independiente, y por acompañados los documentos de los Reclamantes, decretando autos para resolver.
- d) A fs. 61, los Reclamantes presentaron escrito solicitando tener presente lo que indican, replicando al escrito de fs. 48 del tercero independiente. Al otrosí, solicitaron que tanto la SMA como el Sernatur informen acerca de la visita inspectiva al proyecto realizada el 29 de abril de 2021.
- e) A fs. 75, escrito del tercero independiente, solicitando se tengan presente las consideraciones que indica, concluyendo que los Reclamantes no innovan respecto a su solicitud de medida cautelar, sino que suplen contenidos no incluidos en su reclamación.
- f) A fs. 77, resolución que tuvo presente lo indicado por las partes y rechazó la solicitud de informe de los Reclamantes.

- g) A fs. 78, escrito de la SMA, en que solicitó tener presente una serie de consideraciones que, en particular, dicen relación con una inspección al proyecto efectuada el 29 de abril de 2021 a raíz de nuevas denuncias, concluyendo en el escrito que, a partir de la referida fiscalización, «pudo confirmar que el proyecto no es susceptible de afectar el objeto de protección de la ZOIT Chelenko» (fs. 91). En otrosí del escrito acompañó Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2021-1258-XI-SRCA, de mayo 2021, agregado a fs. 92. Por resolución de fs. 172, se tuvo presente lo indicado y por acompañado el documento.
- h) A fs. 173, resolución de 26 de mayo de 2021, que rechazó la medida cautelar solicitada a fs. 1.

CONSIDERANDO:

I. Discusión de las partes

A. Argumentos de los Reclamantes

PRIMERO. Que, los Reclamantes alegaron que el Proyecto debe ingresar al SEIA conforme a la tipología del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300, relacionado con el art. 3 letra p) del RSEIA, por encontrarse íntegramente ubicado al interior de la ZOIT «Chelenko» y ser susceptible de afectar su objeto de conservación, sin que el titular haya acompañado antecedentes necesarios y suficientes para descartar dicha afectación.

SEGUNDO. Que, fundaron su reclamación en los siguientes argumentos:

- 1) Que relacionado con el **principio precautorio y la carga de la prueba**, ante la ausencia de antecedentes necesarios para descartar la generación de impactos ambientales, siempre habrá de preferirse que un proyecto o actividad ingrese al SEIA por sobre permitir o tolerar su ejecución sin evaluación ambiental alguna. Expusieron que el art. 10 de la Ley N° 19.300 presume que esas actividades generan impacto ambiental, por lo cual resulta obligatoria su evaluación. Correspondía al titular

demostrar que no le resulta aplicable la tipología del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 y 3 letra p) del RSEIA. Alegaron que en el literal p) del art. 10 el legislador ha presumido que genera impacto ambiental toda obra, programa o actividad desarrollada al interior de Áreas Silvestres Protegidas o Áreas puestas bajo protección oficial.

- 2) Que resulta necesario **definir una línea divisoria** clara entre la magnitud de la afectación exigida por el art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 (y art. 3 letra p) del RSEIA) frente a la exigida por el art. 11 letra d) de la Ley N° 19.300 (y art. 8 del RSEIA). A juicio de los Reclamantes, el ingreso al SEIA resulta obligatorio respecto de los proyectos susceptibles de ocasionar impacto ambiental en su área de influencia, de conformidad al art. 2 letra K) de la Ley N° 19.300. Sin embargo, la SMA habría supeditado el ingreso del proyecto al SEIA a la existencia de impactos de magnitud o relevancia bajo el supuesto del art. 11 letra d) de la Ley N° 19.300 para la presentación de un estudio de impacto ambiental.
- 3) Que no se ha descartado ni por el titular ni por la SMA que el proyecto sea susceptible de **afectar el objeto de conservación de la ZOIT Chelenko**. Alegaron que esta ZOIT, conjuntamente con la protección de los atributos o atractivos turísticos presentes en su polígono, igualmente se ha constituido como una herramienta que propende a la conservación de las características ambientales del territorio puesto bajo protección oficial. Justificaron lo anterior en el art. 2 letra b) de la Ley N° 19.300 (concepto conservación patrimonio ambiental), considerando 7° del Decreto 4/2018 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (acto constitutivo), y Diagnóstico Estratégico desarrollado en el Plan de Acción de la ZOIT.

Consideraron que no basta con el análisis de antecedentes que sólo se refieran a la afectación del valor turístico o paisajístico del área de influencia, sino que debía evaluarse la susceptibilidad de afectación de los valores ambientales del sitio. Continuaron afirmando que la Resolución Reclamada no evaluó la susceptibilidad de impactos del Proyecto considerando íntegramente el objeto de conservación.

Reprocharon que los antecedentes aportados por el titular no permiten evaluar los impactos ambientales del Proyecto más allá del valor paisajístico del área y que, en particular, no existen antecedentes de línea de base que permitan conocer las especies de flora y fauna que se desarrollan en el área; las interrelaciones ecológicas que se producen en el área de influencia del Proyecto; y cómo la reducción del caudal del río Los Maquis por cerca de un kilómetro puede afectar la biodiversidad del área y el equilibrio ecológico de la zona.

- 4) **Que el Titular no descartó la afectación al valor paisajístico y turístico:** expusieron que la SMA restringió el objeto de protección a la «Cascada Los Maquis y sus pozones», y no a todo el entorno que forma el ecosistema del área a intervenir, sin analizar otras dimensiones del valor paisajístico. Estimaron que el atractivo turístico y paisajístico no se circunscribe únicamente a la cascada principal del río Los Maquis, sino que ha de integrar igualmente el área circundante, su sistema de pozones y caídas de agua ubicadas aguas arriba de la cascada principal, así como el circuito turístico y recreacional de los habitantes de Puerto Guadal que se extiende a lo largo del río Los Maquis.

Complementaron que el área de influencia es restrictiva o ausente, atenta contra la motivación del acto y no permite analizar otras dimensiones del valor paisajístico, refiriéndose al valor escénico y ambiental del paisaje (efectos por la disminución del caudal del río Los Maquis); valor social o cultural del paisaje (significado histórico, cultural, recreativo, etc. del área de influencia enfocado, por ejemplo, en los impactos por la demolición de la original Casa de Máquinas); y valor territorial del paisaje (cuestionaron la falta de claridad del área de influencia, la carencia de datos sobre la actividad de senderismo, datos de demanda turística de la cascada, actividad turística de Puerto Guadal y Chelenko, entre otros reproches).

- 5) **Que la SMA actuó fuera de sus competencias:** indicaron que la autoridad actuó fuera de sus competencias porque reconociendo la susceptibilidad de afectación del Proyecto, evaluó la suficiencia de verdaderas medidas de mitigación, reparación y

compensación ofrecidas por el titular, por las cuales concluyó que los impactos no serían de magnitud suficiente. Enfatizaron que corresponde determinar en el contexto del SEIA, con pronunciamientos de OAECAS y participación ciudadana, la suficiencia de las medidas tales como el caudal escénico propuesto, la cubierta de caminos construidos con una capa de material vegetal, y la construcción de infraestructura turística en la zona.

B. Informe de la SMA

TERCERO. Que, la SMA informando a fs. 67, tras referirse al mérito de lo obrado en el expediente de denuncia y la descripción del Proyecto, solicitó el rechazo de la Reclamación, estimando que la resolución de archivo resulta conforme a la normativa vigente.

CUARTO. Que, expuso que la resolución de archivo se basó en un conjunto de antecedentes y pronunciamientos de la Administración que, en su conjunto, le permitieron establecer fundadamente que el Proyecto no requiere ingresar al SEIA. En particular, alegó:

- 1) Que la Resolución Reclamada se encuentra debidamente fundamentada: informó que ésta fue dictada conforme a la normativa vigente y ponderó no sólo los antecedentes aportados por el titular en respuesta a los requerimientos efectuados por la SMA, sino también en los pronunciamientos de los demás organismos públicos competentes y la actividad de inspección ambiental efectuada por la SMA. En particular, señaló que la decisión se fundó en: (a) antecedentes del titular presentados el 30 de abril de 2020, complementados el 22 de mayo de 2020 a requerimiento de la Res. Ex. AYS. N°11/2020; (b) actividad de inspección de la SMA de 1 de julio de 2020, en la cual se requirieron antecedentes al titular, acompañados por éste el 21 de julio de 2020; (c) pronunciamientos de Sernatur de 24 de agosto de 2020 (Ord. N° 116) y 13 de agosto de 2020 (Ord. 131), a requerimiento de la SMA; y (d) respuesta del SEA a una consulta de pertinencia ingresada por el titular.
- 2) Que, relativo a la tipología de ingreso del art. 3 p) del RSEIA, explicó que ante la falta de una definición en la ley y

reglamento de la «áreas colocadas bajo protección oficial», el ORD. D.E. N°130844/2013 las identificó en un listado, para efectos del SEIA, junto con su fuente normativa. No obstante, expresó que no todo proyecto o actividad en un área colocada bajo protección oficial implica la obligatoriedad del ingreso al SEIA, sino que, siguiendo el Dictamen CGR N° 48164, debe también generar impactos ambientales al objeto de protección. Por tanto, en el caso de autos, estimó que procedía un análisis previo de potenciales impactos a la ZOIT Chelenko. Luego aludió al principio del gradualismo para efectos de la determinación del ingreso al SEIA (Ord. D.E. 161081). Añadió que cabe considerar el análisis de la letra p) sólo en la medida que el texto del acto de declaración de la ZOIT dé cuenta de la necesidad de conservación o preservación de componentes ambientales. Este análisis, indicó, no implica una evaluación de impactos, sino que corresponde a la verificación de un requisito de aplicabilidad de la tipología para efectos de definir si existe o no una elusión al SEIA. Reafirmó que este análisis no es el de la significancia del art. 11 d) de la Ley N° 19.300, y concluyó que debe rechazarse la alegación de la Reclamante de que se habría supeditado el ingreso al SEIA al cumplimiento del análisis que corresponde a un ingreso en virtud de un EIA.

- 3) Que el proyecto no cumple con la tipología de ingreso del art. 10 p) de la Ley N° 19.300 y art. 3 p) del RSEIA, afirmación que la SMA basó en el análisis de los siguientes antecedentes y alegaciones:
 - a) DS 4/2018, Plan de Acción Zoit Chelenko, la envergadura y los potenciales impactos del proyecto o actividad en relación al objeto de protección de la respectiva área. Agregó que solicitó al Sernatur pronunciarse al respecto, debido a que la cascada Los Maquis no se observa como parte del objeto de protección de la ZOIT.
 - b) De los pronunciamientos de Senatur, se pudo identificar que el objeto de protección de la ZOIT Chelenko está constituido por aquellos atributos que le otorgan valor al paisaje (Ord. 116), y además el Servicio en el Ord. 131 reconoció que «si bien el proyecto en cuestión afecta uno

de los objetos de protección de la ZOIT Chelenko, en este caso la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y remansos adyacentes, el titular entrega información y compromisos tendientes a mitigar y compensar esa afectación por lo que se descartó que este genere alteración significativa por obstrucción de la visibilidad a una zona con valor paisajístico y/o alteración de los atributos de una zona con valor paisajístico».

- c) Que Sernatur consideró el compromiso de caudal escénico de 366 l/s comprometido por el titular (fs. 85).
- d) Que respecto a la envergadura del proyecto, la mayor intervención estará acotada a la fase de construcción, de aproximadamente 3 Ha, cuya duración está estimada en 5 meses sin intervenir el costado oeste de la cascada; el proyecto no considera la alteración permanente del flujo ni de la topografía del conjunto de pozones y cascadas, la afectación directa y permanente al cuerpo de agua estará concentrada en una zona ya intervenida donde se ubica la antigua bocatoma existente; y el caudal escénico es más de 10 veces el caudal ecológico establecido en la Resolución de la DGA N°647, de 20 de noviembre de 2003.
- e) Que, en cuanto a su magnitud, el proyecto contempla la mantención de las tuberías de presión existentes y la construcción de una nueva sala de máquinas en el mismo lugar de la antigua, por lo que el impacto visual una vez finalizadas las obras será similar a la situación preexistente. El titular descartó tronaduras ya que se utilizarán máquinas orugas con martillo hidráulico. La empresa además se comprometió a mitigar el impacto visual cubriendo el camino con una capa vegetal una vez finalizada la fase de construcción.
- f) Que de acuerdo a lo resuelto por el SEA a la consulta de pertinencia del titular, las obras del Proyecto se encontrarán distantes del atractivo turístico y aun teniendo que desviar provisoriamente el cauce del río, no se afectará la disponibilidad del recurso natural aportante a la cascada y los pozones.

- g) Que debe rechazarse alegación de que no se consideró la «conservación o preservación de componentes ambientales», ya que el objeto de protección de la ZOIT Chelenko lo constituyen aquellos atributos naturales que le otorgan valor al paisaje y el análisis se efectuó en función a la posible afectación de dicho componente, escapando del mismo la afectación de la biodiversidad de la zona por no formar parte del objeto de protección de la ZOIT de Chelenko. Además, según la SMA no se observa de qué manera pueden verse afectados el componente cultural, el valor ambiental del paisaje, el valor social y el valor territorial, por cuanto se ha comprobado que el Proyecto no afecta el paisaje. Al respecto se tuvo presente el sendero turístico que mejorará y ordenará el acceso a los pozones de la cascada y reducirá la afectación de la capa vegetal circundante al objeto de protección.
- 4) Que el SEA, resolviendo la consulta de pertinencia presentada por el titular, concluyó que las modificaciones al Proyecto propuestas, no constituyen cambios de consideración en los términos definidos por el artículo 2 letra g) del RSEIA.
- 5) Que la SMA ha actuado conforme a sus competencias y no ha evaluado ambientalmente medidas de mitigación y compensación, sino que se limitó a analizar en el marco de su competencia si el Proyecto debía ingresar al SEIA, esto es, contrastar los hechos con la normativa ambiental aplicable. Agregó que es un error sostener que se habría constatado que el Proyecto es susceptible de ocasionar impactos ambientales en la ZOIT, ya que la SMA los descartó. Consideró que el caudal escénico propuesto, la cubierta de caminos y el sendero, son elementos que forman parte del Proyecto y que deben ser considerados por la SMA en su análisis, pero si el titular ejecutara el proyecto de forma diversa a lo indicado en la resolución, el Proyecto sí podría ser susceptible de ingreso o procedimiento sancionatorio.

C. Presentación del tercero independiente

QUINTO. Que, en su presentación de fs. 923, solicitó se tengan presente los siguientes argumentos para el rechazo de la Reclamación, los que guardan relación con los siguientes aspectos:

- 1) Existencia de distintas acciones judiciales intentadas contra el Proyecto, que a juicio del titular multiplican artificialmente la litigación con el mismo propósito.
- 2) El Proyecto consiste en la rehabilitación y mejoramiento de una central existente, dando cuenta el tercero de la descripción e historia del Proyecto, con registro fotográfico.
- 3) El Proyecto cuenta con criterios ambientales que lo hacen coherente con su entorno y vocación turística. El tercero se refirió a las obras del Proyecto y mejoras ambientales.
- 4) El procedimiento de fiscalización de la SMA fue debidamente instruido y fundadamente archivado. El tercero efectuó un análisis legal en torno a la tramitación del procedimiento de denuncia y la decisión de archivo de la misma.
- 5) La decisión de archivo se ajustaría a los criterios jurídicos aplicables. El tercero expuso un análisis legal de la ZOIT en el marco del SEIA, la postura de los Reclamantes y decisión de la autoridad. Alegó que ni la Cascada Los Maquis ni sus pozones aparecen incluidos en la declaratoria de la ZOIT, ni en su actualización o Plan de Acción y en forma general en el PLADECO de Chile Chico. Añadió que no cualquier programa, obra o actividad que se ejecuta dentro de un área colocada bajo protección oficial debe ingresar al SEIA, y que el razonamiento de la SMA es acorde con el criterio de la no pertinencia de ingreso respecto de las obras de reconstitución y renovación de obras existentes. Por último, que conforme al análisis técnico que efectuó, tampoco concurre el criterio de significancia como causal del ingreso al SEIA, contenido en decisiones de la Excelentísima Corte Suprema.
- 6) El petitorio de la Reclamación excede el alcance del artículo 30 de la Ley N° 20.600. Expresó que la SMA es el ente competente que puede decidir si una denuncia tiene o no el mérito para

dar inicio a un procedimiento sancionatorio, siendo esta decisión un acto de contenido discrecional.

- 7) El Proyecto ha desarrollado voluntariamente un proceso de diálogo y relacionamiento con la comunidad de Puerto Guadal, que contradice las alegaciones del grupo opositor. No se contravienen los principios invocados por la Reclamante.

II. Hechos no controvertidos

SEXTO. Que, son hechos no controvertidos que constan en el expediente, los siguientes:

- 1) El Proyecto se ubica al interior de la ZOIT Chelenko (fs. 6, 36 y 159).
- 2) La ZOIT Chelenko es un área colocada bajo protección oficial, en los términos del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 (fs. 11, 831 y 938).

III. Controversias

SÉPTIMO. Que conforme a las alegaciones y defensas vertidas por las partes en los antecedentes del proceso, este Tribunal, para resolver el presente asunto, ha determinado la existencia de las siguientes controversias:

- i. Alcance del objeto de protección de la ZOIT Chelenko con relación a la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones.
- ii. Si el proyecto debió ingresar al SEIA en virtud del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300.

i. Alcance del objeto de protección de la ZOIT Chelenko con relación a la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones

OCTAVO. Que, sobre este punto, los Reclamantes indicaron que la SMA interpretó restrictivamente el objeto de protección de la ZOIT Chelenko, centrándose únicamente en el valor turístico y paisajístico del área, y en particular de la Cascada Los Maquis (fs. 11 y 14). Sostuvieron que las ZOIT pueden propender a la

conservación de los atributos o valores ambientales de la zona (fs. 12, citando Ord. 130.844 del SEA), lo que sucedería en el caso de la ZOIT Chelenko, interpretando el concepto de conservación del patrimonio ambiental que define el art. 2 letra b) de la LBGMA. Agregaron que la SMA, luego de reconocer que la ZOIT Chelenko corresponde a un área puesta bajo protección oficial en atención a que tiene por objeto la conservación o preservación de componentes ambientales, se desentendió de los mismos, centrándose únicamente en el valor turístico y paisajístico del área, y en particular de la «Cascada Los Maquis» (fs. 14).

NOVENO. Que, por su parte, la SMA sostuvo que, conforme a lo indicado por Sernatur, se concluyó que el proyecto « ... afecta uno de los objetos de protección de la ZOIT Chelenko, en este caso la Cascada Los Maquis, ubicada en la Ruta X-265, a 5 Km de Puerto Guadal, comuna de Chile Chico, y su entorno de pozones y remansos adyacentes» (fs. 75). Agregó que en el presente caso, el objeto de protección lo constituyen aquellos atributos naturales que le otorgan valor al paisaje, por lo que, al incorporar dentro del objeto de protección el componente cultural, el valor ambiental del paisaje, el valor social y el valor territorial, los Reclamantes han realizado una interpretación absolutamente extensiva del objeto de protección de la ZOIT (fs. 86). Del mismo modo, el análisis que los Reclamantes pretenden con relación a la afectación de la biodiversidad escaparía totalmente al objeto de protección, por lo que sería improcedente (fs. 87). En todo caso, puntualizó que la Resolución Reclamada consideró los posibles efectos culturales y efectos en la vegetación (fs. 87).

DÉCIMO. Que, por último, el tercero independiente sostuvo que ni la Cascada Los Maquis ni sus pozones aparecen incluidos en la declaratoria de la ZOIT, ni en su actualización ni en su Plan de Acción, lo que es reconocido en la Resolución Reclamada. Destacó que, no obstante, elaboró un Informe basado en el Plan de Desarrollo Comunal de Chile Chico (2015-2018), que incluyó a la Cascada Los Maquis como atractivo de carácter local en términos muy generales: «Salto de agua a orillas del camino que une Fachinal con Puerto Guadal. Se debe ingresar unos 80 m, al sur del puente del mismo nombre y se observará en todo su esplendor la cascada» (fs. 946).

Por lo anterior, refutó que fuese efectivo que la Empresa y la SMA hayan invisibilizado a la Cascada Los Maquis como atractivo turístico local para efectos del art. 3 letra p) del RSEIA (fs. 946). En efecto, el tercero reforzó esta postura e indicó que «En la actualidad no existe un acceso formal y sendero habilitado para acceder en forma segura a este atractivo turístico» (fs. 934).

UNDÉCIMO. Que el Tribunal, al revisar los antecedentes disponibles en el procedimiento administrativo, constata que:

- i. El Titular presentó un Informe denominado «Antecedentes sobre Valor Turístico y Visibilidad Proyecto Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo Comuna de Chile Chico, Puerto Guadal». Dicho documento contiene un detalle de los atractivos naturales de la comuna (fs. 429), elaborado con la información disponible en el Plan de Desarrollo Comunal de Chile Chico 2015-2018, el que incluyó a la Cascada Los Maquis como atractivo natural, con jerarquía local, en la categoría sitio natural, subtipo caída de agua, con una distancia al Proyecto de 110m (20m de los pozones).
- ii. La SMA solicitó a Sernatur un pronunciamiento sobre el objeto de protección de la ZOIT Chelenko. Dicho servicio público, mediante Ord. DR N° 116, de 24 de agosto de 2020, contestó en síntesis lo siguiente:
 - a) La declaración de ZOIT tuvo su base en el potencial turístico de la zona circundante al Lago General Carrera, «... buscando relevar ciertas condiciones del área que son determinantes para motivar la actividad turística» (fs. 710);
 - b) «El objetivo principal de la ZOIT, inserto en su Plan de Acción, es promover el desarrollo turístico responsable e inclusivo del destino "Chelenko", basados en la protección y valoración de sus recursos naturales, identidad y tradiciones, asegurando el desarrollo sustentable de sus comunidades locales» (fs. 711);
 - c) La Cascada Los Maquis no ha sido relevada como objeto de protección ambiental en forma puntual y conceptual, «... **dado que la legislación sobre ZOIT no requiere especificar**

objetos de protección que motiven dicha Declaratoria (...)
La Cascada Los Maquis sí constituye un atributo natural que le otorga valor al paisaje del territorio» (fs. 711, reiterado a fs. 716, énfasis agregado);

- d) «Si se lleva el concepto de "objeto de protección" a las ZOIT, podría argumentarse que éste está constituido por cada uno de los atributos naturales que le otorgan valor al paisaje, por lo que es indispensable considerar un análisis detallado del mismo, es decir, del componente Paisaje (sic) del lugar» (fs. 711);
- e) La cascada Los Maquis y sus pozones sí se trata «... de un área colocada bajo protección oficial, cuyas condiciones naturales pueden corresponder a componentes ambientales y naturales como objeto de protección» (fs. 711); y
- f) Desde un punto de vista del Valor Turístico (sic), el sitio Cascada Los Maquis no posee instalaciones ni infraestructura turística asociada, se encuentra en la actualidad en proceso de ser incluido en el Catastro de Atractivos Turísticos de Sernatur, en la Categoría de Sitio Natural.

iii. Por último, mediante Ord. N° 131, de 13 de octubre de 2020, Sernatur respondió una nueva solicitud de pronunciamiento por parte de la SMA para definir si la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y remansos ha sido calificado como objeto de protección, según la declaración de ZOIT Chelenko. El Servicio en dicha oportunidad contestó que «La legislación relativa a ZOIT **solo precisa señalar las «condiciones especiales para la atracción turística** que tenga el área a ser declarada ZOIT» (fs. 715) y que «el proyecto en cuestión **afecta uno de los objetos de protección de la ZOIT Chelenko, en este caso la Cascada Los Maquis»** (fs. 716).

DUODÉCIMO. Que, sobre este último punto, se debe tener presente que, tal como fue reconocido durante el procedimiento por el tercero independiente, la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones aparece denominada como recurso y atractivo turístico en el Plan de Desarrollo Comunal de la comuna de Chile Chico 2015-2018. Al proceder a la revisión del instrumento, se indicó a su

respecto: «Ubicada 2 kilómetros al oriente de Puerto Guadal se encuentra la Cascada Los Maquis con varios saltos de agua escalonados. El salto más importante tiene una altura de 25 metros y está completamente rodeado de vegetación arbórea, coigüe y ñirre principalmente» (PLADECO Chile Chico 2015-2018, p. 32). Esta referencia, sin embargo, fue obviada por el tercero independiente en su alegación a fs. 946, sobre que existiría una alusión genérica en dicho Plan al elemento ambiental alegado por los Reclamantes, pues la cita que realizó fue a otra contenida en el Pladeco, alusiva exclusivamente a la «Cascada El Maqui» (p. 30 de dicho documento), que corresponde a una de las secciones del atractivo en referencia y no a su totalidad.

DECIMOTERCERO. Que, de los antecedentes expuestos previamente fluye que, en primer lugar, ambos sectores (cascada El Maqui y el conjunto de saltos de agua llamado «Los Maquis») aparecen mencionados dentro de la enumeración que dicho instrumento realiza de los «Recursos y atractivos turísticos de la comuna de Chile Chico»; es decir, ambos gozan de la misma importancia, la cual incluso, si estuviese motivada por una confusión de nombres de lugar, no podrían haber sido minimizadas en cuanto a su característica de atractivo turístico por el titular del proyecto. En segundo lugar, como se indicó, Sernatur emitió un pronunciamiento sobre el carácter de atractivo local del elemento Cascada Los Maquis y su entorno de pozones, luego de sendos informes acompañados por el propio Titular relacionados con el mismo, los que permiten arribar a la conclusión que durante la sustanciación del procedimiento la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y remansos adyacentes fue considerado como un atractivo turístico que le confiere valor al paisaje.

DECIMOCUARTO. Que, a continuación, cabe determinar cuál es el objeto de protección de la ZOIT Chelenko con relación a dicho elemento que constituye un atractivo turístico que le confiere valor al paisaje. Para ello, es necesario analizar las disposiciones sobre la materia, contenidas en la Ley N° 20.423 y su Reglamento, así como el Plan de Acción de la ZOIT Chelenko. Del mismo modo, es pertinente atender a las afirmaciones de los servicios públicos intervinientes en sede administrativa.

DECIMOQUINTO. Que, según la Ley N° 20.423 y su Reglamento (D.S. N° 30/2016), las Zonas de Interés Turístico son territorios declarados conforme a la normativa, que reúnen condiciones especiales para la atracción turística y que requieren medidas de conservación y una planificación integrada para focalizar las inversiones del sector público y/o promover las inversiones del sector privado. Este Tribunal ya consideró que: «(...) al estar destinadas a la focalización y/o promoción de inversiones, las ZOIT no tendrían como finalidad la protección del medio ambiente. Lo anterior las excluye del conjunto de "áreas protegidas" a que hace mención el art. 11 letra b) de la Ley 19.300, sin perjuicio de su consideración como "áreas colocadas bajo la protección oficial" para efectos de verificar el ingreso de proyectos o actividades al SEIA» (Sentencia Rol N° R-11-2020, Considerando Centésimo). Esta definición debe complementarse con la letra b) del art. 1° del D.S. N° 30/2016, que indica que son condiciones especiales para el interés turístico la «presencia de atractivos naturales, antrópicos y/o culturales, singularidad de paisaje o belleza escénica capaz de atraer flujo de visitantes»; y con la letra c) de dicho articulado, que define «atractivo turístico» como «elementos determinantes para motivar, **por sí solos o en combinación con otros**, la elección del destino de la actividad turística» (destacado del Tribunal).

DECIMOSEXTO. Que en el mismo sentido, el artículo 1°, letra j) del mismo reglamento, define al **Plan de Acción** como un «... Instrumento elaborado por el solicitante en coordinación con el o los municipios en cuyo territorio se localiza la Zona de Interés Turístico propuesta y actores locales relevantes que, en concordancia con los lineamientos, directrices y pautas establecidos en la Planificación de Desarrollo Turístico Regional, **propone iniciativas específicas a implementar en la Zona de Interés Turístico, orientadas al desarrollo sustentable del turismo.** Este instrumento será gestionado, monitoreado e implementado por la Mesa Público - Privada» (el destacado es de Tribunal).

DECIMOSÉPTIMO. Que, por su parte, el Decreto N° 4/2018 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que actualizó la ZOIT Chelenko, estableció: «5. Que, el territorio denominado Chelenko,

es un destino posicionado y de relevancia a nivel nacional e internacional, destacando por la diversidad de atractivos turísticos consolidados asociados a lagos, ríos, glaciares y localidades relevantes y las actividades turísticas asociadas a ellos, entre las cuales destacan la pesca con mosca, trekking, cabalgatas, rafting, kayak, actividades asociadas al arte rupestre y su patrimonio paleontológico y su oferta de eventos culturales y deportivos». Agregó que «6. Que, entre las condiciones especiales para la atracción turística del territorio, se encuentran: el Lago General Carrera, en particular destaca el Santuario de la Naturaleza Capillas de Mármol, el atractivo más reconocido y visitado de la región. Destaca la diversidad de glaciares de los campos de hielo norte, los Lagos Plomo, Negro y el Lago Bertrand, reconocidos internacionalmente por la pesca con mosca, el rafting y kayak. Las localidades de Guadal y Mallín Grande, con su inmenso patrimonio fosilífero. El sector Paso Las Llaves y la localidad de Chile Chico, punto de acceso a la Reserva Nacional Jeinimeni. La localidad de Puerto Ibáñez, sus pinturas rupestres, fiestas costumbristas y artesanía típica. La pintoresca localidad de Villa Cerro Castillo, rodeada además por una serie de lagos reconocidos por sus condiciones ideales para la práctica de la pesca deportiva. Finalmente, las localidades de Bahía Murta con el constante rescate de tradiciones a través de la Fiesta del Arreo y Puerto Sánchez. Todo lo anterior, interconectado por la Ruta 7 Sur, Carretera Austral, que junto con ofrecer una ruta escénica de nivel mundial, permite acceder a la diversidad de atractivos y oferta de servicios presente en la Zona». Luego, agregó que: «... la visión definida en el Plan de Acción propone que: "El territorio Chelenko al 2030 se ha consolidado como un destino turístico responsable e inclusivo con la comunidad, que **protege y valora sus recursos naturales** junto con su identidad y tradiciones, y asegura el desarrollo sustentable de sus comunidades locales. La generosidad y amabilidad de sus habitantes contribuye a generar un alto nivel de satisfacción a sus visitantes». A este respecto, el Plan de Acción de la ZOIT Chelenko destacó en su resumen ejecutivo, como condiciones especiales que le otorgan valor turístico al destino Chelenko «al ícono territorial representado por Lago General Carrera (Chelenko), la Pristinidad de sus aguas, singularidad de sus paisajes, la

riqueza geológica y arqueológica y el inmenso legado histórico cultural». Luego, identificó la oferta turística actual, en cuyo listado no se aprecia ninguna referencia a la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones.

DECIMOCTAVO. Que, de lo anterior, se desprende que la declaratoria de la ZOIT Chelenko tuvo por finalidad conservar el patrimonio ambiental señalado previamente (aguas prístinas, paisajes, riqueza geológica y arqueológica) en un instrumento de gestión turística que, a partir de un modelo de gobernanza público-privada, diagnosticó y planificó acciones para promover el desarrollo turístico en dicho territorio. Es así como, a partir de la identificación de determinados componentes del medio ambiente vinculados a la oferta turística, prestadores de servicios turísticos y la demanda turística actual, se realizó un diagnóstico estratégico y una propuesta de desarrollo turístico.

DECIMONOVENO. Que, en primer lugar, no puede desconocerse que las partes, en sede administrativa aludieron, en sus diversas actuaciones y presentaciones ante la autoridad, al carácter de atractivo turístico de la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y remansos adyacentes, y que fue reiterado en sede judicial, tal como se aprecia de lo obrado a fs. 16, 429, 430, 831, 934 y 954.

VIGÉSIMO. Que además, de los antecedentes expuestos, es posible establecer que más allá de que la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones no aparezca mencionada expresamente en el Plan de Acción de la ZOIT, se trata de un elemento ambiental que se emplaza al interior de dicho territorio y que ha sido relevado por la autoridad competente en la materia (Sernatur) como parte de su objeto de protección, durante la sustanciación del procedimiento administrativo motivado por posible elusión al SEIA (fs. 710 a fs. 714 y fs. 715 a fs. 717). A mayor abundamiento, se trata de una caída de agua que desemboca en el Lago General Carrera, ícono territorial en torno al cual se indica que existen recursos naturales que constituyen uno de los principales motivos para la visita de turistas a la zona (Plan de Acción ZOIT, p. 3) que se encuentra identificado en el Decreto de la ZOIT y su Plan de Acción (p. 8) en la categoría de sitio natural de jerarquía internacional y con condiciones especiales para la atracción turística.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, la definición que el Reglamento hace del instrumento denominado «Plan de Acción», en su artículo 1°, letra j), no contiene referencia alguna a que este plan de acción ni las iniciativas específicas a implementar en la ZOIT orientadas al desarrollo sustentable del turismo que éste considere, deban contener una enumeración taxativa o restrictiva sobre los objetos de protección en que deban recaer. En consecuencia, la enumeración que dicho instrumento haga de la oferta turística, o de los respectivos objetos de protección que son relevados por ella dentro de una ZOIT, no puede considerarse de número cerrado, como si lo que allí no se exprese no esté protegido debidamente; máxime si un determinado elemento se encuentra dentro del territorio establecido como objeto de la declaratoria. Lo anterior, obedece a que los planes de acción impresionan más bien como instrumentos de carácter flexible y dinámico, concordantes con el desarrollo de la actividad turística del país, que constante y progresivamente van modificándose e incorporando nuevos atractivos turísticos dignos de ser protegidos y promovidos para la actividad turística en un territorio determinado.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en consecuencia, debe entenderse que en la ZOIT Chelenko se encuentra comprendida, como objeto de protección, la cascada Los Maquis y su entorno de pozones, correspondiendo en consecuencia analizar los motivos invocados por la SMA para descartar el ingreso del proyecto al SEIA.

ii. Si el proyecto debió ingresar al SEIA en virtud del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300

VIGÉSIMO TERCERO. Que a este respecto, los Reclamantes indicaron que el Proyecto debió ingresar al SEIA, porque bastaría con que un proyecto se desarrolle en un área puesta bajo protección oficial para que se produzca el efecto. Agregaron que, en los términos del art. 2 letra k) de la Ley N°19.300, toda alteración del medio ambiente en un área puesta bajo protección oficial hace obligatorio el ingreso (fs. 10). Sostuvieron que la SMA supeditó el ingreso vía 10 letra p) a la existencia de impactos de magnitud o relevancia, exigencia propia del supuesto normativo del art. 11

letra d) de la Ley N° 19.300 para hacer exigible el ingreso vía EIA, por lo que sería necesario «... contar con una delimitación clara entre la trascendencia o magnitud de los impactos ambientales que sólo hará exigible el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de una Declaración de Impacto Ambiental, de aquella magnitud o trascendencia de los impactos que hará exigible la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental» (fs. 9 y 10). Indicaron que la SMA no descartó que el Proyecto no sea susceptible de causar impactos ambientales (fs. 10), destacando que dicho órgano debió descartar susceptibilidad de afectación no sólo respecto del valor turístico o paisajístico, sino que también del valor ambiental, social, cultural y territorial, pues igualmente constituye objeto de conservación de la ZOIT Chelenko (fs. 14). Por último, sostuvieron que la SMA se arrogó atribuciones de que carece y procedió a calificar la suficiencia de verdaderas medidas de mitigación, reparación y compensación del Proyecto (fs.10).

VIGÉSIMO CUARTO. Que por su parte, la SMA indicó que no toda iniciativa en un área colocada bajo protección oficial debe ingresar al SEIA, sino que debe ser susceptible de generar impactos ambientales en relación a su objeto de protección. Para la SMA, lo anterior es una manifestación del principio de gradualismo, que según la SMA se desprende del Dictamen CGR N° 48164/2016, Ord. SEA N° 161081/16 y N° 202099102647/20. De estos pronunciamientos se desprende que el análisis de ingreso por medio del art. 10 letra p) debe considerar el objeto de protección, lo que no implica una evaluación de impactos. Los criterios de envergadura, magnitud y duración del proyecto o actividad y sus impactos fueron utilizados para evaluar si existe o no elusión al SEIA, no para una evaluación de impactos. Este análisis se realiza sobre el objeto de protección del área y no es un análisis de los criterios que establece el art. 11 de la Ley N° 19.300 y el Título II del RSEIA, por lo que no corresponde a un análisis de significancia (fs. 80 y 81).

VIGÉSIMO QUINTO. Que por último, para la SMA resulta evidente que el componente ambiental que le otorga el valor paisajístico a la cascada y su entorno lo constituye principalmente el cuerpo de agua, por lo que resultaba del todo pertinente analizar los efectos del Proyecto respecto a dicho atributo, para determinar si el

objeto de protección resultaba o no afectado (fs. 85). En este sentido, destacó que la empresa se comprometió a medir y mantener un caudal escénico de 366 l/s lo que permitiría que el flujo pasante por las cascadas mantenga su esponjamiento y por ende el atractivo paisajístico y/o turístico de las caídas de agua, conservando la belleza escénica del objeto de protección. Continuó señalando que dicho caudal escénico es más de 10 veces el caudal ecológico establecido en la Res. DGA N° 647/2003, por lo que al menos en esta arista, el objeto de protección no resultaría afectado (fs. 86). Además del literal p), la SMA sostuvo que evaluó si el proyecto configura alguna de las tipologías de ingreso de los literales a.1) y c) del RSEIA (embalse >50.000m³ y central >3 MW, respectivamente), descartándolas (fs. 88). Respecto de los efectos culturales, indicó que el titular propuso un sendero turístico que mejorará y ordenará el acceso a los pozones de la cascada y reducirá la afectación a la capa vegetal circundante al objeto de protección (fs. 87).

VIGÉSIMO SEXTO. Que en cuanto a la alegación de haberse arrogado atribuciones más allá de lo que dispone el legislador, la SMA indicó que se limitó a analizar si el Proyecto es susceptible de afectar el objeto de protección de la ZOIT para determinar si requiere someterse o no obligatoriamente al SEIA (fs. 90). Agregó que el Servicio es competente para analizar si un Proyecto que no cuenta con RCA se encuentra en elusión, lo que exige contrastar con tipologías del art. 10 de la LBGMA.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, por último, el tercero independiente indicó que los Reclamantes asumieron erróneamente que todo proyecto al interior de una ZOIT debe ingresar al SEIA (fs. 947). Agregó que la SMA, con independencia de lo sostenido por el SEA en la consulta de pertinencia del proyecto, habiendo consultado previamente además a Sernatur y constituido en terreno, concluyó fundadamente que el Proyecto no debe ingresar al SEIA (fs. 948 y 949). Sostuvo que tampoco es pertinente que su Proyecto ingrese al SEIA porque, conforme al instructivo sobre consultas de pertinencia, este considera trabajos de reconstitución y renovación, los que no son cambios de consideración (fs. 949). Indicó que las ZOIT no son un área protegida para efectos del art. 11 letra d) LBGMA y art. 8 inc. 5 RSEIA y que el Instructivo N°

130.844 del SEA agrega que las áreas protegidas del art. 11 letra d) aluden a áreas protegidas naturales o silvestres, reservándose las demás letras, en particular, e) y f), a los elementos socioculturales protegidos. Agregó que la concurrencia o descarte de impactos, en el presente caso, debe ser desarrollado conforme al art. 11 letra e) y art. 9 RSEIA (fs. 943 y 944). Destacó que el Proyecto contempla un **compromiso voluntario de sendero turístico** que pone en valor el atractivo escénico más importante -la cascada principal Los Maquis- que ha sido valorado formalmente por la autoridad del ramo (Sernatur) y **cuyo diseño se encuentra en elaboración**. En la actualidad no existe un acceso formal y sendero habilitado para acceder en forma segura a este atractivo turístico (énfasis del Tribunal, fs. 934).

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, en lo que interesa, el art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300, dispone que «los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: p) Ejecución de obras (...) en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita». Por su parte, el art. 8 inciso 1° del mismo cuerpo legal dispone que «los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley».

VIGÉSIMO NOVENO. Que, a este respecto, tal como ha resuelto este Tribunal, el catálogo del art. 10 de la LBGMA, regulado detalladamente en el art. 3 del RSEIA, consiste en el diseño «en base a una tipología de proyectos o actividades a los que el legislador le asocia, como una verdadera presunción de derecho, la generación de impactos de diferentes características e intensidades. Esto quiere decir que el legislador hace una ponderación previa, considerando que cierta clase de proyectos por su propia naturaleza, son susceptibles de causar impactos ambientales en cualquiera de sus etapas» (Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R-78-2018, Considerando Trigésimo Noveno). Es decir, constatado que un proyecto o actividad se encuentra comprendido en dicho catálogo y que este sea susceptible de afectación a componentes ambientales, el regulador se encuentra en

la obligación de ordenar su sometimiento al referido sistema, materializando de este modo el principio preventivo que lo inspira.

TRIGÉSIMO. Que la SMA, en su análisis, acudió al Instructivo N° 130.844/2013 del SEA, que uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del SEIA, e instruye sobre la materia. Adjunta a dicho instructivo una Minuta técnica sobre los conceptos de «áreas colocadas bajo protección oficial» y «áreas protegidas» en el marco del referido sistema. En lo que interesa al caso, la Minuta identifica los elementos que definen un área colocada bajo protección oficial e identifica cuáles reúnen dicha característica. Además, establece como criterios para determinar la pertinencia del sometimiento al SEIA los de **«envergadura y potenciales impactos del proyecto o actividad, en relación al objeto de protección de la respectiva área, de manera que el sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tenga sentido y reporte beneficios concretos en términos de prevención de impactos ambientales adversos»** (destacado agregado).

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, la SMA se amparó también en los Instructivos N° 161081 y Ord. N° 202099102647/2020. En lo que interesa, el primer instrumento relevó la opinión contenida en el Dictamen CGR N° 48164, en el sentido de que no todo proyecto o actividad requería ingresar al SEIA, «sino solo aquellos que resultan **relevantes desde el punto de vista del impacto ambiental que son susceptibles de provocar»** (destacado del Tribunal). El segundo instrumento reiteró la importancia de aplicar dicho criterio «... en el sentido de que no toda intervención en un área colocada bajo protección oficial debe someterse al SEIA, sino que debe de tratarse de **intervenciones que tengan cierta magnitud y duración**, no de aquellas que impacten positivamente o agreguen valor al área. Esto deberá ser analizado caso a caso, dependiendo de las características del proyecto concreto y el área a ser intervenida, conservando el objeto de protección de ésta» (destacado del Tribunal).

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en cuanto al **criterio de envergadura**, la SMA tuvo presente que la mayor intervención estará acotada a la fase de construcción, de aproximadamente 3 ha, cuya duración está estimada en 5 meses sin intervenir el costado oeste de la cascada.

Agregó que el Proyecto no considera la alteración permanente del flujo ni de la topografía del conjunto de pozones y cascadas, y **la afectación directa y permanente estará concentrada en una zona ya intervenida** (fs. 85).

TRIGÉSIMO TERCERO. Que, **en cuanto al criterio de magnitud**, la SMA sostuvo que la mayor intervención también se producirá en la fase de construcción, porque las obras y maquinarias para el desarrollo de las obras se observan a 500 m del proyecto, el que contempla mantener las tuberías de presión existentes y construir una nueva sala de máquinas en el mismo lugar de la antigua, y su impacto visual será similar a situación preexistente. No hay tronaduras ni está planificado hacerlo, se utilizarán máquinas orugas con martillo hidráulico. La Empresa **mitigará el impacto visual** cubriendo el camino con capa vegetal una vez finalizada la fase de construcción. Por último, indicó que **«la empresa se compromete a medir y mantener un caudal escénico de 366 l/s** lo que permitiría que el flujo pasante por las cascadas mantenga su esponjamiento y por ende el atractivo paisajístico y/o turístico de las caídas de agua, conservando la belleza escénica del objeto de protección, destacando que este caudal escénico es más de 10 veces el caudal ecológico establecido en la Resolución D.G.A N° 647, de 20 de noviembre de 2003» (fs. 86).

TRIGÉSIMO CUARTO. Que en cuanto al **criterio de duración**, la SMA indicó que **«...si bien el proyecto de rehabilitación considera la construcción de instalaciones permanentes, estas instalaciones son similares a las existentes** sin aportar nuevos elementos disociadores al conjunto escénico de las cascadas y sus pozones. La mayor intervención paisajística se observará en la fase de construcción, cuya duración está estimada en 5 meses según indica el titular. **Respecto de elementos culturales** asociados al disfrute local y al arraigo hacia este sector construido por su uso como lugar de esparcimiento, trekking y contemplación escénica, **el titular propone un sendero turístico** que mejorará y ordenará el acceso a los pozones de la cascada y **reducirá la afectación de la capa vegetal** circundante al objeto de protección. Estas obras evitarán la destrucción de sotobosque, pérdida de vegetación y afectación mayor al terreno circundante» (fs. 833).

TRIGÉSIMO QUINTO. Que, como se indicó en el Considerando Sexto, no se encuentra controvertido el carácter de área colocada bajo protección oficial de la ZOIT Chelenko, ni que el Proyecto se inserte en ella. Del mismo modo, el Tribunal ha establecido previamente que la cascada Los Maquis, su entorno de pozones y remansos adyacentes es un atributo que confiere valor al paisaje y que forma parte del objeto de protección del referido territorio. Por lo anterior, el análisis del Tribunal debe abocarse a determinar si la decisión de la SMA de no requerir el ingreso del Proyecto al SEIA se ajustó a la tipología del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 y art. 3 letra p) RSEIA, especialmente respecto de su susceptibilidad de afectación.

TRIGÉSIMO SEXTO. Que, en este ámbito, el legislador ha utilizado el concepto de susceptibilidad de afectación en diversos pasajes de la legislación referente a materias ambientales (art. 10 y 11 d) de la ley 19.300; art. 3, art. 5 inc. final, 6 inc. final, art. 8, art. 9, 19 literal b.6), 27, 114, 157 d) del RSEIA; y art. 2, 6, 7, 8, 11, 13 y 14 del DTO 66/2013, del Ministerio de Desarrollo Social). Si bien el legislador no ha definido el concepto de «susceptibilidad de afectación», la Real Academia Española ha definido el concepto «susceptible», como «capaz de recibir la acción o el efecto que se expresan a continuación» (Diccionario de la Real Academia Española, en adelante «RAE») y «afectación», en lo pertinente, como «Producir alteración o mudanza en algo» (RAE). Sumadas, estas acepciones son diversas, por ejemplo, al concepto de «impacto ambiental», que la RAE lo define como el «conjunto de posibles efectos sobre el medio ambiente de una modificación del entorno natural, como consecuencia de obras u otras actividades» y que la ley 19.300 en su artículo 2°, literal k), define como «la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada».

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que del tenor de estas disposiciones y conceptos expresados, es posible concluir que la noción de susceptibilidad de afectación no se determina por la efectividad del impacto sobre un componente, sino que por la capacidad o posibilidad de que este resulte afectado por un proyecto o actividad. Esta interpretación, se aviene con el carácter

predictivo del SEIA, y es acorde también con el tenor literal de los conceptos ya descritos.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que para el caso del art. 10, que señala que deberán someterse al SEIA los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, entre estos los mencionados en su literal p), se deriva que no todo proyecto que se emplace al interior de los límites de una ZOIT deberá, por esa sola circunstancia, someterse al SEIA. Al contrario, en tales casos debe realizarse un análisis sobre si este proyecto o actividad, es capaz de alterar uno o más elementos determinados del medio ambiente, que forme parte de su objeto de protección a consecuencia de su ejecución.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que, si bien es efectivo que no toda alteración al medio ambiente por parte de un proyecto o actividad hace necesario su ingreso al SEIA, el Tribunal es del parecer que, si la SMA opta por acudir a los criterios de envergadura, magnitud y duración de los impactos, estos deben ser utilizados y aplicados desde un enfoque que considere únicamente la susceptibilidad de afectación del art. 10 de la LBGMA. y no el criterio de significancia de los impactos que dispone el art. 11 de la LBGMA.

CUADRAGÉSIMO. Que, a la luz de la descripción del proyecto hecha por el titular, se aprecia que la sola extracción de parte del caudal en el cauce del brazo este del río Los Maquis y su posterior restitución aguas abajo, luego de haber pasado estas aguas por las tuberías y casa de máquinas de la central hidroeléctrica; es un hecho que por sí mismo basta para establecer la susceptibilidad de afectación a la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y con ello a la ZOIT. Lo anterior se funda en que tales obras traen consigo una alteración de carácter permanente del mismo, debido a la disminución del caudal que ingresa al sector de pozones y la cascada, elemento principal de este atractivo turístico. Amén de ello, y con motivo de esta extracción, el titular se ha comprometido a medir y mantener lo que ha denominado un «caudal escénico» o «caudal paisajístico» de 366 l/s (a modo ejemplar, algunos de los términos usados por el titular a fs. 154, 158, 162, 164, 168, 171, 173, 220, 229, 469, 670 y 752), al cual se le inyectaría aire para mantener el esponjamiento visual de la caída de agua. Este solo compromiso voluntario, da cuenta de una acción de compensación a

un elemento del ambiente, que forma parte de los objetos de protección del área colocada bajo protección oficial, y que impresiona al menos como susceptible de ser afectado por el proyecto; puesto que de no mediar tal esponjamiento en el caudal escénico, el salto de agua podría verse perjudicado en su atractivo original. Adicionalmente, las obras de la bocatoma, el nuevo trazado de tuberías y la nueva casa de máquinas, así como el trazado del camino en zig zag que se cubrirá con una capa vegetal no son obras temporales; sino que se trata de obras de carácter permanente que, por su vocación, y junto con el caudal escénico, deben ser ambientalmente evaluadas. De este modo, no es efectivo lo sostenido por la SMA en la Resolución Reclamada, en cuanto a que el Proyecto no es susceptible de afectar la ZOIT Chelenko y que, consecuentemente, no requiere de evaluación ambiental previa, al no encontrarse dentro de ninguna de las circunstancias del art. 10 de la Ley N° 19.300 (fs. 833).

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que por otra parte, consta en autos que el Titular, en su presentación de fs. 422 y ss., acompañó un Informe denominado «Antecedentes sobre Valor Turístico y Visibilidad Proyecto Rehabilitación Central Hidroeléctrica Los Maquis Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, Comuna de Chile Chico, Puerto Guadal», en que concluyó que «Finalmente, debido a todos los argumentos presentados, no se prevén efectos, características o circunstancias significativas sobre la letra e) del artículo 11 de la Ley 19.300» (fs. 479). Por su parte, la SMA realizó indebidamente una evaluación de la suficiencia de las medidas propuestas por el Titular para hacerse cargo de los impactos del Proyecto, en lo relativo al atractivo paisajístico y/o turístico, tales como el compromiso de la empresa de medir y mantener un caudal escénico de 366 l/s, la mitigación del impacto visual y la propuesta de un sendero turístico (fs. 833). Esta actividad valorativa excede el umbral de la susceptibilidad de afectación de elementos y componentes ambientales, expresado en los considerandos Trigésimo sexto al Trigésimo octavo, a partir del cual se puede ordenar el ingreso a evaluación ambiental de un proyecto; pues dentro de sus facultades no le corresponde a dicha institución pronunciarse sobre la suficiencia de las medidas de mitigación o compensación propuestas para hacerse cargo de los

impactos de un Proyecto; toda vez que, como ya se ha dicho, esta decisión debe adoptarse en el marco de una evaluación de impacto ambiental. Ello queda de manifiesto, en cuanto a la calidad de las medidas propuestas por el Titular, a partir de lo declarado por Sernatur en su respuesta a la SMA -emitida con posterioridad a la respuesta a consulta de pertinencia del proyecto- donde indicó que «el titular entrega información y compromisos tendientes a **mitigar y compensar** esa afectación» (destacado del Tribunal) y que «se descartó que este genere alteración significativa por obstrucción de la visibilidad» (fs. 87 y 716). Por todo lo razonado precedentemente, el Tribunal acogerá la alegación de los Reclamantes en este punto.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, respecto a la alegación sobre que debió incluirse la evaluación sobre aspectos socio-culturales y el valor ambiental del territorio, éstos corresponden a materias que, si bien podrían vincularse al objeto de protección de un determinado atractivo en una ZOIT, no se aprecian en los antecedentes tenidos a la vista respecto del atractivo turístico compuesto por la cascada Los Maquis y su entorno de pozones, cuyos atributos versan más bien sobre su valor escénico y paisajístico, por lo que esta alegación no será acogida.

IV. Consideraciones finales

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, con relación a la alegación de falta de motivación de la Resolución Reclamada (fs. 10, 15, 21 y 29), la SMA indicó que aquella no es coherente, por cuanto al dictar la resolución de archivo se consideraron antecedentes completos y suficientes para concluir que el Proyecto no tendría impactos adversos en el objeto de protección de la ZOIT, por lo que no es pertinente su ingreso al SEIA (fs. 87 y 88). El tercero independiente agregó que la SMA actuó diligentemente al investigar el asunto y resolver el archivo de la denuncia (fs. 935). Agregó que la decisión de la SMA se apegó a los requisitos legales para su procedencia y se ejecutaron diligencias de investigación para desacreditar la necesidad de evaluación de impacto ambiental del Proyecto (fs. 937).

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que la alegación sobre falta de motivación discurre sobre un marco genérico, sin perjuicio que es posible concluir, conforme a lo considerado en la presente sentencia, que la Resolución Reclamada no se ajustó a la normativa vigente en aquella parte que resolvió el archivo de la denuncia, por cuanto de los antecedentes revisados y ponderados en autos aparece que el proyecto se emplaza al interior de la ZOIT Chelenko, siendo susceptible de afectar un atractivo turístico presente en ella, esto es, la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones. Junto con lo anterior, la SMA motivó su decisión ponderando los impactos del proyecto y la suficiencia de las medidas y compromisos del Titular en lugar de ponderar la susceptibilidad de afectación de la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones y remansos adyacentes; a propósito de su ubicación al interior de la ZOIT. Así, al no constar estas circunstancias dentro de la motivación fáctica y jurídica de la Resolución Reclamada, el acto ha sido indebidamente motivado, por lo que procede ordenar que se deje sin efecto, debiendo en consecuencia modificarse la decisión de la SMA, conforme a derecho.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los arts. 17 N°3, 18 N°3, 20, 25, 27, 29, 30 y 47 de la Ley N° 20.600; art. 8 y 10 letra p) de la Ley N° 19.300; art. 3° letra p) del Decreto 40/12 del Ministerio del Medio Ambiente; Decreto Supremo 30/2016 y 4/2018, ambos del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; arts. 158, 160, 161 inciso 2°, 164, 169, 170 y 254 del Código de Procedimiento Civil; arts. 1° y 4° de la Ley N° 21.202; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y demás disposiciones pertinentes;

SE RESUELVE:

I. Acoger la reclamación de fs. 1 y siguientes. En consecuencia, se anula la Res. Ex. N° 2423, de 7 de diciembre de 2020, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, por no conformarse con la normativa vigente, debiendo esta última dictar la resolución que en derecho corresponda, conforme a lo considerado en la presente sentencia.

II. No condenar en costas a la Superintendencia del Medio Ambiente, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Iván Hunter Ampuero, quien estuvo por rechazar la Reclamación en todas sus partes, por los siguientes motivos:

1°. Que, es pacífico que el proyecto se desarrolla al interior de la ZOIT Chelenko. Por tal motivo, debe tenerse presente el Instructivo N° 130.844/2013 del SEA, que uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del SEIA, e instruye sobre la materia. En dicho instructivo, se indica que se debe "analizar caso a caso" si una ZOIT "ha sido declarada como tal en consideración a elementos o componentes ambientales que constituyen **condiciones especiales para la atracción turística**". Dicho criterio permite distinguir cuándo una ZOIT debe considerarse que está "puesta bajo protección oficial", cuestión que hace aplicable el art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300. En el caso de autos, no es discutido que la ZOIT Chelenko, al haber tenido en consideración atractivos turísticos que, formando parte de componentes ambientales, constituyen condiciones especiales para la atracción turística, es un área puesta bajo protección oficial.

2°. Que, el mismo instructivo indica que, para efectos de determinar si un proyecto ingresa al SEIA por encontrarse en la causal del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300, "debe considerarse **la envergadura y los potenciales impactos del proyecto** o actividad, **en relación al objeto de protección de la respectiva área**", y ello para que el ingreso "tenga sentido y reporte beneficios concretos en términos de prevención de impactos ambientales adversos". Por tanto, es necesario discernir, en primer lugar, cuál es el objeto de protección de la respectiva área, para luego, considerar la envergadura y los potenciales impactos del proyecto respecto de dicho objeto. En este sentido, si el proyecto no repercute sobre un objeto de protección, carece de sentido preguntarse sobre la envergadura y los potenciales impactos del mismo. Así entonces, la

cuestión primordial consiste en determinar qué es el "objeto de protección" de una ZOIT para efectos ambientales.

3°. Que, tal como lo señala Sernatur en el Ord. N° 11, de 24 de agosto de 2020, y el Ord. DR N° 131, de 13 de octubre de 2020, ambos de la Dirección Regional del Sernatur de la Región de Aysén (fs. 711 y 715), la ZOIT no se construye a partir del concepto "objeto de protección ambiental", sino que solo precisa las "condiciones especiales para la atracción turística". Por su parte, la Ley N° 20.423, que crea un sistema institucional para el desarrollo del turismo, indica en su art. 13, que podrán ser declarados ZOIT "los territorios comunales, intercomunales o determinadas áreas dentro de éstos, que tengan **condiciones especiales para la atracción turística** y que requieran medidas de conservación y una planificación integrada para **promover las inversiones del sector privado**" dejando a la potestad reglamentaria de ejecución "la forma y condiciones para proceder a la declaración". Esta ley tampoco hace referencia o mención a "objetos de protección". A su vez, el DS N° 30 de 2016, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que contiene el Reglamento que establece el procedimiento administrativo para la declaración de ZOIT, contiene en su art. 1 diversas definiciones, dentro de las cuales no se incluye "objeto de protección".

4°. Que, lo anterior se debe, a que estos instrumentos no obedecen a un objetivo puramente ambiental sino que se vinculan a fines relacionados a la priorización e incentivo a la inversión pública y privada en relación a ciertos atractivos turísticos. Esto significa, a juicio de este disidente, que debe realizarse una labor interpretativa y de adaptación del Instructivo N° 130.844/2013 del SEA respecto de la ZOIT para determinar cuáles son los "objetos de protección". En esta labor debe tenerse presente: por un lado, la obligación de ingresar al SEIA tiene sentido cuando se puede determinar que un proyecto puede afectar ese objeto de protección ambiental; esto es, el SEIA protege y resguarda que los elementos y componentes ambientales vinculados a los atractivos turísticos de la ZOIT no se vean afectados, y por ende, no afecten la actividad turística, y; por otro lado, la ZOIT es un instrumento que busca planificar medidas para la mantención

o mejoramiento de los atractivos turísticos, y por ende, requiere una determinación precisa de estos, pues es la única manera priorizar la ejecución de programas y proyectos públicos de fomento al desarrollo del turismo como también para la asignación de recursos destinados a obras de infraestructura y equipamiento necesario (art. 17 de la Ley N° 20.423).

5°. Que, atendido lo anterior, para efectos puramente ambientales, y a juicio de este disidente, los objetos de protección de estas áreas colocadas bajo protección oficial lo constituyen las **"condiciones especiales para la atracción turística"**. Estas, a su vez, quedan determinadas por los **atractivos turísticos** que dan valor turístico al territorio. Estos atractivos no son otros que los definidos en el Plan de Acción de la ZOIT desde que son éstos los que motivan la declaración de ZOIT. De esta forma, si un proyecto potencialmente puede afectar a un componente ambiental, pero no está dentro o cerca de un atractivo turístico identificado en el Plan de Acción, que son los que dan valor turístico a la ZOIT, entonces el ingreso al SEIA carece de todo sentido en relación a estas zonas. Y ello porque difícilmente puede aceptarse que un entorno o destino que no tiene consideración turística en el instrumento destinado para ese efecto (ZOIT), sí pueda tenerlo para los fines ambientales dado que éstos se definen en atención a aquellos.

6°. Que, en efecto, el DS N° 30 de 2016, en su art. 1 letra b) define las **condiciones especiales para el interés turístico** como la "presencia de atractivos naturales, antrópicos y/o culturales, singularidad de paisaje o belleza escénica capaz de atraer flujo de visitantes", mientras que su letra c) define **atractivos turísticos** como los "elementos determinantes para motivar, por sí solos o en combinación con otros, la elección del destino de la actividad turística".

7°. Que, de lo recién indicado se infiere que las "condiciones especiales para el interés turístico" de una ZOIT, corresponde a la capacidad de atracción de turismo a partir de la presencia de atractivos turísticos que permiten elegirla como "destino turístico". En ese sentido, la letra f) del art. 1 del DS N° 30 de 2016, define "destino turístico" como el "espacio geográfico,

delimitado física y administrativamente, **conformado por un conjunto de atractivos turísticos naturales, culturales;** servicios turísticos; equipamiento e infraestructura complementarios; condiciones de accesibilidad; imagen; recursos humanos e identidad local, que motivan el desplazamiento de turistas y el desarrollo de actividades turísticas asociadas”.

8°. Que, el **conjunto de atractivos turísticos naturales y/o culturales** que constituyen destinos turísticos que dan a la ZOIT su calidad de tal, se encuentran contenidos en el Plan de Acción de la ZOIT.

9°. Que, en efecto, el art. 14 letra d) del DS N° 30 de 2016, establece que, dentro de los contenidos mínimos para elaborar el Plan de Acción, se encuentran la: **“Identificación de los atractivos naturales, culturales y/o patrimoniales que le dan valor turístico al territorio, proponiendo medidas para la mantención o mejoramiento de su condición”**.

10°. Que, como puede colegirse, el Plan de Acción requiere la identificación de los atractivos turísticos de manera específica, y no por componentes ambientales; estos atractivos, en la medida que tengan un componente ambiental, constituyen su objetivo de protección, pues es ahí donde la autoridad administrativa debe establecer medidas para la “mantención o mejoramiento de su condición”, precisamente porque son estos las que otorgan al destino una condición de especial de interés turístico, y motivan, la declaración de ZOIT.

11°. Que, en consecuencia, cuando el instructivo del SEA ya citado, indica que debe definirse cómo el proyecto o actividad es susceptible de afectar al objeto de protección de la ZOIT, está haciendo referencia a los **atractivos naturales, culturales y/o patrimoniales que le dan valor turístico al territorio**, los que se encuentran precisados, de acuerdo al art. 14 letra d) del DS 30, de 2016, en el Plan de Acción.

12°. Que, por tanto, no es posible sostener que el objeto de protección de la ZOIT Chelenko es, como señala el voto de mayoría, “el patrimonio ambiental señalado previamente (aguas prístinas, paisajes, riqueza geológica y arqueológica)”;

los objetivos son cada uno de los atractivos turísticos expresamente señalados en el Plan de Acción en la medida que éstos consistan en componentes ambientales. De estimarse lo contrario, prácticamente toda la ZOIT debería considerarse objeto de protección ambiental, precisamente porque el Decreto que la crea y lo actualiza, el Resumen Ejecutivo y las condiciones especiales para la atracción turística que se describen del Plan de Acción, utilizan conceptos generales o amplios en base a lugares, destinos o sitios y no en relación a componentes del medio ambiente. Desde luego, esto no es la intención del regulador con el Instructivo N° 130.844/2013 ni del legislador al momento de crear este instrumento sectorial de promoción del turismo en cuanto actividad económica.

13°. Que, el Plan de Acción de la ZOIT Chelenko, a fs. 778, identifica a sus atractivos turísticos, y en el listado no se aprecia ninguna referencia a la Cascada Los Maquis y sus pozones. Así además parece entenderlo el Sernatur de la Región de Aysén a fs. 711, cuando señala que el sitio Cascada Los Maquis no posee instalaciones e infraestructura turística asociada y que "se encuentra en proceso de ser incluida en el Catastro de Atractivos Turísticos de Sernatur, en la Categoría de Sitio Natural". Tal identificación se hace sobre la base de los "atractivos turísticos", que de forma individual los clasifica en internacionales, nacionales y regionales. Es decir, el Plan de Acción identifica, como establece el art. 14 letra d) del DS 30, de 2016, los "atractivos turísticos", sin que se haga referencia a un componente ambiental en específico.

14°. Que, en consecuencia, debe entenderse que en la ZOIT Chelenko no se encuentra comprendido, como objeto de protección ni como atractivo turístico, la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones, por lo que no debe hacerse análisis alguno sobre la envergadura y potenciales efectos del Proyecto para determinar su ingreso al SEIA, lo que no obsta que deba cumplir con toda la normativa ambiental aplicable.

15°. Que, por último, para este disidente no cabe duda que la Cascada Los Maquis y su entorno de pozones forman parte del medio ambiente y constituyen un atractivo turístico local de carácter natural, aunque es indiscutible que se encuentra intervenido

antrópicamente; sin embargo, ello no significa que hayan sido consideradas en la ZOIT y menos aún que constituyan o formen parte de su objeto de protección para efectos ambientales. Por ende, someter a evaluación ambiental un proyecto cuya ejecución pueda afectar ese entorno turístico, no reporta beneficios a la ZOIT, y a su vez, extiende el instrumento a finalidades diferentes a las previstas por el regulador y el legislador.

Notifíquese y regístrese.

Rol N° R 44-2020

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

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Jorge Retamal Valenzuela y la disidencia de su autor.

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

En Valdivia, a ocho de octubre de dos mil veintiuno, se anunció por el Estado Diario.