

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Valdivia, veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

- 1°. A fs. 1, con fecha 30 de enero de 2017, comparecieron los Sres. DIEGO ALONSO LILLO GOFFRERI, y NELSON RODRIGO PEREZ ARAVENA, abogados, en representación del CENTRO DE ESTUDIOS Y CONSERVACION DEL PATRIMONIO CULTURAL, en adelante "CECPAN"; y del Sr. MAURICIO EDUARDO CAMPOS MORALES, y las Sras. ELSA DEL CARMEN MERINO BURGOS, y KATIJA INA SIEMUND, todos domiciliados a estos efectos en Mosquito N° 491, Oficina 312, comuna de Santiago, en adelante "la Reclamante", e interpusieron recurso de reclamación del art. 17, número 6) de la Ley N° 20600 en contra del Comité de Ministros, respecto de la Res. Ex. N° 1420, de 13 de diciembre 2016, en adelante "la Resolución Reclamada", por la que rechazó recursos de reclamación administrativa interpuestos por varias personas -alegando falta de consideración a sus observaciones en la etapa de participación ciudadana (PAC)- contra la Res. Ex. N° 550, de 28 de Septiembre de 2015, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la X Región de Los Lagos, en adelante "CEA Los Lagos", que calificó favorablemente el proyecto Parque Eólico Chiloé, en adelante "el Proyecto". La Reclamante solicitó se acoja la reclamación en todas sus partes y se deje sin efecto la Resolución Reclamada, por haberse mantenido la falta de consideración a sus observaciones ciudadanas.
- 2°. A fs. 7441 y ss., se tuvo por evacuado el informe presentado por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, y por acompañado el expediente administrativo, a fs. 121 y ss., en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 29 de la Ley N° 20600, y solicitado por el Tribunal a fs. 112.
- 3°. A fs. 7444 y ss. compareció el Sr. VICTOR FLORES MORALES,

abogado, en representación de ECOPOWER S.A.C., solicitando tener a dicha empresa como tercero coadyuvante de la Reclamada, como titular del proyecto "Parque Eólico Chiloé", y además rechazar la reclamación de autos. El Tribunal aceptó su comparecencia como tercerista a fs. 7726.

- 4°. A fs. 7455 y ss., compareció el Sr. EZIO COSTA CORDELLA, abogado, en representación de ONG DE DESARROLLO Y CONSERVACION DE MAMIFEROS ACUATICOS, solicitando tener a dicha organización como tercero coadyuvante de la Reclamante, y además acoger la reclamación de autos. El Tribunal aceptó su comparecencia como tercerista a fs. 7726.

A. El Proyecto reclamado

- 5°. El Proyecto consiste en el montaje y operación de un parque eólico de 42 aerogeneradores de 2,4 MW de potencia cada uno, o de una configuración equivalente en cuanto a cantidad y potencia de los aerogeneradores, y una línea de transmisión de 28,1 km que lo conecta al Sistema Interconectado Central (SIC) en la Subestación Choroihue. La capacidad total instalada del proyecto es de 100,8 MW. La línea de transmisión eléctrica es de 220 kV de simple circuito, de una longitud total de 28,1 km y una faja de servidumbre de 40 metros de ancho.
- 6°. El proyecto tiene como objetivo satisfacer la demanda energética por parte de los sectores industrial y residencial del Sistema Interconectado Central, y en particular de la Isla Grande de Chiloé, mediante la generación de energía eólica, lo que según el titular, potenciaría la diversificación de la matriz de generación eléctrica del SIC, así como fomentar las políticas de desarrollo y el uso de Energías Renovables No Convencionales.
- 7°. El proyecto ingresó al SEIA mediante Estudio de Impacto Ambiental el 29 de noviembre de 2013, y tuvo un periodo ordinario de Participación Ciudadana (PAC) en el mes de

Marzo de 2014 en el cual los reclamantes formularon observaciones ciudadanas. El proyecto fue objeto de una serie de observaciones por parte de los organismos sectoriales con competencia ambiental que derivaron en la elaboración de 3 Adendas por parte del titular, previo a la elaboración del Informe Consolidado de Evaluación. El proyecto fue aprobado por la CEA Los Lagos mediante Res. Ex. N° 550, de 28 de septiembre de 2015.

- 8°. Dicha resolución fue objeto de 4 recursos administrativos de reclamación ante el Comité de Ministros, conforme a los arts. 20 y 29 de la Ley N° 19300, deducidos por CECPAN, el Sr. MAURICIO EDUARDO CAMPOS MORALES, la Sra. ELSA DEL CARMEN MERINO BURGOS, y la Sra. KATIJA INA SIEMUND, los que fueron resueltos mediante Res. Ex. N° 1420, de fecha 13 de diciembre de 2016, rechazándolos en su totalidad.

B. Alegaciones de la Reclamante

- 9°. A fs. 1 y ss., la Reclamante impugnó la Resolución Reclamada en atención a que sus observaciones presentadas en la PAC no habrían sido debidamente ponderadas en dicha resolución; dividiendo su reclamación jurisdiccional en dos aspectos de fondo: (a) impactos no evaluados del proyecto sobre cetáceos, y (b) falta de información y afectación del humedal de Quilo; sin solicitar condena en costas.

(a) impactos no evaluados del proyecto, sobre cetáceos

- 10°. La Reclamante hizo presente la no consideración en la evaluación ambiental del impacto que produce en la actividad turística el Proyecto, el que se originaría en la afectación a distintas especies y paisajes atractivos de la isla, vinculados al turismo sustentable. Entre esas especies están los cetáceos que transitan en el sector de emplazamiento del proyecto, por lo que de ser impactados se pondría en peligro el desarrollo del turismo en la zona. De esta forma, la omisión de la evaluación de

impacto en los cetáceos constituiría una grave infracción a la legislación ambiental, con base a: (i) la ubicación geográfica del proyecto, pues el sector de Mar Brava es de especial valor para las especies de cetáceos que lo transitan, algunos en peligro de extinción, y que su avistamiento es un atractivo turístico, (ii) la errada convicción que los efectos de los parques eólicos sobre cetáceos sólo se verifican en centrales marinas, y nunca en centrales terrestres, siendo que el Proyecto es una central costera y hay posibilidad que el ruido de los aerogeneradores afecte a los cetáceos, además de las contingencias por derrames que podrían ocurrir durante su construcción, y (iii) infracción a normas y principios del Derecho Ambiental, en particular la regulación del plan de seguimiento, el principio preventivo, y en subsidio el precautorio, y también la Ley N° 20293.

(b) falta de información y afectación del humedal de Quilo

11°. La Reclamante también hizo presente que la no consideración en la evaluación ambiental del impacto que produce en la actividad turística el Proyecto, que se originaría en la afectación a distintas especies y paisajes atractivos de la isla, vinculados al turismo sustentable, incluye al paisaje del humedal de Quilo, y sus componentes ecosistémicos, por lo que de ser impactado se pondría en peligro el desarrollo del turismo en la zona. De esta forma, la omisión de la evaluación de impacto en dicho humedal constituiría una grave infracción a la legislación ambiental, con base a: (i) la ubicación geográfica del proyecto, dado que el humedal de Quilo es de especial valor para las especies que lo habitan, siendo un sitio con presencia de aves playeras, y que su avistamiento es un atractivo turístico, (ii) la especial protección que debe tener el Estado respecto de los humedales, en virtud de la convención Ramsar, (iii) la deficiente línea de base, en violación de los arts. 2 letra 1) de la Ley N° 19300 y 18 del DS N° 40/2012 MMA

(RSEIA), que no permite una efectiva predicción de impactos a nivel de componentes ecosistémicos ni socioculturales a partir de contingencias, pues se excluyó el humedal a pesar de su cercanía, y contradice la conclusión de la DGA de estimar innecesarios estudios hidrogeológicos en la zona del humedal, y (iv) una deficiente evaluación de impacto turístico, porque existe ausencia de relación entre valor turístico y valor paisajístico, resultando en insuficientes medidas de mitigación, compensación y reparación propuestas por el titular, además de contradictorias, por intentar insertar el Proyecto como atractivo turístico.

C. Informe de la Reclamada

- 12°. A fs. 121 y ss., la Reclamada informó sobre el procedimiento administrativo, y solicitó rechazar en todas sus partes la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el derecho, solicitando condena en costas.
- 13°. Como cuestión previa, la Reclamada solicitó la incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre alegaciones incongruentes con lo discutido en el procedimiento de resolución del recurso administrativo de reclamación por el Comité de Ministros, a partir de las observaciones de la etapa PAC. Sostiene que la Reclamante incurriría en falta de congruencia, pues reclama aspectos no planteados ante el Comité de Ministros, en específico la no evaluación de impactos sobre cetáceos. Indica que, de conocerse el recurso por dicha alegación se causaría indefensión al Comité de Ministros. No obstante, procede a rebatir al fondo.

(a) no hay impactos sobre cetáceos

- 14°. La Reclamada hizo presente que el titular indicó que los cetáceos no serán afectados, lo que no cuestionó la Subsecretaría de Pesca, que se limitó a solicitar un plan

de vigilancia ambiental, aceptado voluntariamente por el titular. En consecuencia, en la RCA el plan de seguimiento de las variables ambientales contempla el monitoreo de cetáceos como monitoreos voluntarios. En ese sentido, la Reclamada (i) coincidió en que es importante la ubicación geográfica del proyecto, dado que el sector de Mar Brava es de especial valor para las especies de cetáceos que lo transitan, aunque resalta que mayor importancia revisten las pingüíneras de Puñihuil, (ii) contradijo que las diferencias entre centrales terrestres y marinas no sean sustantivas, indicó que lo son y que no está documentado que las primeras causen impacto alguno sobre cetáceos, por tanto, no hay impacto alguno, y (iii) afirmó que no hay infracción a la regulación del plan de seguimiento, porque además de ser voluntario, la variable ambiental a monitorear se predice no variará porque no hay impactos a cetáceos, y si no los hay, no pueden infringirse los principios preventivo ni precautorio, ni la Ley N° 20293.

(b) no hay afectación del humedal de Quilo

- 15°. La Reclamada hizo presente que el titular indicó que no existen recursos hídricos superficiales afectados, que no se intervendría la quebrada de Quilo ni su humedal, estando la obra más cercana a 200 m de distancia, y que propuso técnicas constructivas destinadas a evitar escurrimiento de material hacia el humedal. En ese sentido, la Reclamada (i) coincidió en que es importante la ubicación geográfica del proyecto, dado que el humedal de Quilo es de especial valor para las especies que lo habitan, aunque nuevamente resalta que mayor importancia revisten las pingüíneras de Puñihuil, (ii) advirtió que el humedal de Quilo no es un sitio Ramsar, y que tampoco está priorizado en la Estrategia Nacional de Humedales, (iii) afirmó que no hay deficiente línea de base, porque no hay impacto del proyecto en el humedal, resaltando que debe distinguirse entre impacto y contingencia, y que en éste último caso se maneja con un Plan de Contingencias y

Emergencias, y (iv) afirmó que hizo una correcta evaluación de impacto turístico, porque existe adecuada relación entre valor turístico y valor paisajístico, resultando en medidas de compensación suficientes, acompañadas de un Plan de Monitoreo de turismo, afirmando que SERNATUR no consideró el humedal como un sitio de importancia turística, a diferencia de las pingüíneras de Puñihuil.

D. Pretensión del tercero coadyuvante de la Reclamante

16°. A fs. 7455 y ss., el tercero coadyuvante de la Reclamante sostuvo que hace suyos los argumentos de esa parte, en cuanto a los impactos en cetáceos, en particular su falta de evaluación, implementando en cambio un Plan de Seguimiento, en infracción a las normas y principios del Derecho Ambiental, y acompañó las observaciones sobre la materia hechas por su representada en la etapa de PAC.

E. Pretensión del tercero coadyuvante de la Reclamada

17°. A fs. 7444 y ss., el tercero coadyuvante de la Reclamada hizo presente sus consideraciones de rechazo de la reclamación judicial, sosteniendo íntegramente lo argumentado por la Reclamada en su informe de fs. 121 y ss., en especial la falta de congruencia en el caso de los cetáceos, la eventual indefensión en caso que el Tribunal se declare competente sobre la materia, y en todo caso, la correcta ponderación de todas las observaciones de la etapa PAC, también solicitando condena en costas.

F. Audiencia y trámites posteriores

18°. A fs. 8182 consta que el 4 de abril de 2017 se celebró la audiencia de alegatos; a fs. 8183 que la causa quedó en acuerdo y a fs. 8184 que se designó redactor al Ministro Sr. Roberto Pastén Carrasco.

G. Prueba documental acompañada

- 19°. De fs. 148 a 7050 consta el expediente administrativo del procedimiento de evaluación ambiental, y de fs. 7051 a 7440 consta el expediente administrativo del procedimiento de reclamación ante el Comité de Ministros, acompañados por la Reclamada.
- 20°. A fs. 7601 consta que el tercero coadyuvante de la Reclamante acompañó un CD con 10 documentos, y que a fs. 7729 el Tribunal ordenó percibirlos e incorporarlos al expediente con la siguiente foliación: (i) Wind turbine underwater noise and marine mammals: implications of current knowledge and data needs (P. T. Madsen y otros, Marine Ecology Progress Series, Vol. 309: 279-295, 2006), a fs. 7730 y ss.; (ii) Overview of the impacts of anthropogenic underwater sound in the marine environment (OSPAR Commission, 2009), a fs. 7747 y ss.; (iii) Sonic Sea, Impacts of noise on Marine Mammals (NRDC & IFAW), a fs. 7881 y ss.; (iv) Navy Sonar Settlement brings historic win for whales (Jessica Knoblauch, Earthjustice.org), a fs. 7890 y ss.; (v) A Review of whale watch guidelines and regulations around the world (Carole Carlson. Provincetown Center for Coastal Studies, Provincetown, MA., USA, 2012), a fs. 7894 y ss.; (vi) Dolphin watching boats impact on habitat use and communication of bottlenose dolphins of Bocas del Toro, Panama during 2004, 2006-2010 (Laura May-Collado y otros, 2012), a fs. 8122 y ss.; (vii) Vessel noise effects on delphinid communication (F. H. Jensen y otros, Marine Ecology Progress Series, Vol. 395: 161-175, 2009), a fs. 8130 y ss.; (viii) Underwater noise of whale-watching boats and potential effects on killer whales (*Orcinus orca*), based on an acoustic impact model (Christine Erbe, Marine Mammal Science 18(2):394-418, 2002), a fs. 8145 y ss.; (ix) Decline in Relative Abundance of Bottlenose Dolphins Exposed to Long-Term Disturbance (Lars Bejder y otros, Conservation Biology Volume 20, No. 6, 1791-1798, 2006),

a fs. 8168 y ss.; y (x) Urgent Need for Empirical Research into Whaling and Whale Watching (J. E. S. Higham y D. Lusseau, Conservation Biology Volume 21, No. 2, 554-558, 2007), a fs. 8176 y ss.

21°. A fs. 7603 consta que la Reclamante acompañó el documento "Guía para la Evaluación del Impacto Ambiental de Proyectos Eólicos y de Líneas de Transmisión Eléctrica en Aves Silvestres y Murciélagos", elaborado por el MMA y el SAG.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que la Reclamada interpuso excepción de incompetencia material, la que derivaría de la falta de congruencia entre lo señalado en las observaciones de la etapa PAC, en relación con lo reclamado ante el Comité de Ministros, y nuevamente en relación con lo reclamado ante este Tribunal, limitado a lo que respecta a la eventual afectación de cetáceos. En consecuencia, previo a conocer el fondo del asunto, el Tribunal resolverá la excepción planteada.

A. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA MATERIAL

SEGUNDO. Que, la Reclamada señaló que la competencia material del Tribunal está determinada exclusivamente por las observaciones hechas en la etapa de PAC que no fueron debidamente consideradas en la fase recursiva administrativa. Agrega que la Reclamante expone las materias reclamadas y las clasifican en (i) Paisaje y Turismo, (ii) Humedal de Quilo y, (iii) Biodiversidad, pero luego reclama por una materia no incluida en la fase recursiva administrativa y que tampoco estuvo contenida en sus observaciones durante la PAC: los impactos sobre cetáceos. Añadió que en el procedimiento recursivo administrativo aplica el principio de congruencia contenido el art. 41 inc. tercero de la Ley N° 19880, por tanto, el Comité de Ministros solo podrá pronunciarse de aquello que fue sometido a su conocimiento; y esto a su vez fijará la competencia del Tribunal, en conformidad con los

arts. 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el art. 20 de la misma ley. De no ser así, se causaría indefensión al Comité de Ministros.

TERCERO. Que, la Reclamante sostuvo que respecto de lo observado por el Sr. MAURICIO EDUARDO CAMPOS MORALES, por CECPAN, y por la Sra. KATIJA INA SIEMUND durante la PAC, éstos se refirieron expresamente a la afectación al turismo producto de la intervención en los espacios naturales y la afectación a la biodiversidad de la zona, y éstas no fueron consideradas debidamente en el procedimiento de evaluación ambiental. Como tal, sostienen que el sector económico turístico se desenvuelve en torno a la existencia de paisajes aún naturales y en el avistamiento de distintos tipos de especies marinas, tales como ballenas, delfines y pingüinos, y que por tanto, era vital evaluar la afectación del proyecto en mamíferos marinos, especialmente los cetáceos, lo que no se hizo.

CUARTO. Que, durante los alegatos, el abogado del tercero coadyuvante de la Reclamante reconoció que su representada realizó observaciones durante la PAC relacionados con los impactos en cetáceos, pero que posteriormente no reclamó al respecto ante el Comité de Ministros.

QUINTO. Que, para resolver la excepción planteada, el Tribunal interpreta que el art. 29 inc. final de la Ley N° 19300, supuesto aplicable cuando quien reclama administrativamente es algún participante en la PAC, el órgano revisor está restringido en su decisión, pues allí se establece que tal reclamación es únicamente respecto de las observaciones del reclamante que *"no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental"*. Siendo así, no puede extender su decisión a aspectos de la evaluación ambiental que no guarden relación alguna con lo comentado durante la PAC por ese participante específico, y por tanto excederse incumple el art. 41 inc. 3° de la Ley N° 19880. Una vez resuelto dicho recurso administrativo, la Reclamada ha agregado que debe aplicarse el denominado principio de congruencia, porque la petición hecha en el recurso de reclamación administrativo debe replicarse en el recurso de reclamación judicial, y de no ser así, se causa

indefensión al Comité de Ministros. Esta posición ha sido enfáticamente rechazada por la Reclamante y su tercero coadyuvante, durante la audiencia de alegatos, los que sostuvieron que la interpretación de la Reclamada es restrictiva, y que contradice precisamente la función para lo cual ha sido establecido dicho recurso, referido a garantizar la defensa del medio ambiente como bien jurídico protegido.

SEXTO. Que, lo alegado por la Reclamada, si bien se refiere a la correspondencia entre lo reclamado en sede administrativa y luego en sede judicial, estrictamente no se trata del principio de congruencia, sino a la invocación de un nuevo hecho en sede judicial, cuando esto no fue reclamado en sede administrativa, ni observado por los Reclamantes en la PAC, sino que se trataría de la denominada desviación procesal por violación del principio de inalterabilidad de la pretensión. Más específicamente, se refiere a lo que la Reclamada cree es la imposibilidad jurídica que tienen los Reclamantes (tanto en sede recursiva administrativa en relación al acto administrativo impugnado, y en sede recursiva judicial en relación al acto administrativo que resuelve el recurso administrativo) de introducir nuevos hechos o cambios sustanciales de los hechos ya introducidos en la PAC.

SÉPTIMO. Que, no obstante, el principio de inalterabilidad de la pretensión no es de aplicación estricta, pues se debe diferenciar entre la pretensión administrativa y la procesal; y además, debe tenerse presente que ningún procedimiento administrativo requiere actuar representado o patrocinado por abogado, por lo que la exigencia de inalterabilidad de la pretensión también debe ser moderada.

OCTAVO. Que, en ese sentido, la pretensión de la observación dentro de la PAC no puede ser anulatoria porque entonces no se conoce aún el resultado de la evaluación ambiental, y más bien su objeto es advertir a la Administración para que tenga en cuenta aspectos que los participantes estiman relevantes desde el punto de vista ambiental. Es recién tras la notificación de la resolución de calificación ambiental donde podrá conocer el participante, primeramente si tiene perjuicio *-porque en caso de rechazo, aunque sus observaciones no hayan sido consideradas*

debidamente no podrá reclamar, lo que es problemático si el órgano revisor decide aprobar un proyecto inicialmente rechazado- y luego si dicho perjuicio guarda alguna relación con el contenido de sus observaciones. Si se cumplen ambas condiciones y se interpone el recurso dentro de plazo, debe ser admitido a tramitación y resuelto por el órgano revisor, y es ahí donde por primera vez se expresará la pretensión administrativa. Esta pretensión es específicamente anulatoria y está basada en el hecho que su observación no fue debidamente considerada; y en caso de rechazo del recurso administrativo, esa pretensión anulatoria necesariamente se mantendrá en sede judicial.

NOVENO. Que, adicionalmente debe tenerse en cuenta que los participantes en la PAC, respecto de los aspectos probatorios de temas ambientales, sólo en dicha etapa recursiva pueden hacer uso de los derechos que le confiere el principio de contradictoriedad del art. 10 de la Ley N° 19.880, y por tanto es imposible que allí señalen los defectos de valoración de la prueba que afectan la motivación del acto terminal, que obviamente no existe aún pues está en trámite, o cualquier otro vicio relacionado con algún aspecto procedimental surgido con posterioridad a dicha etapa.

DÉCIMO. Que, siendo así, los participantes en la PAC únicamente podrán realizar estas alegaciones, que pueden exceder lo sustantivo ambiental, en su recurso de reclamación del art. 29 de la Ley N° 19300, pero si se acepta la limitación estricta que plantea la Reclamada, para todos los demás posibles vicios, a los participantes en la PAC sólo les quedaría interponer el recurso de invalidación impropia, que se trata de una debatida construcción jurisprudencial, que de cambiar, podría transformarse apenas en una solicitud de invalidación que de no ser acogida por la Administración, puede interpretarse que deja sin recurso ante los Tribunales Ambientales al reclamante. Por tanto, este Tribunal reitera que el Comité de Ministros no puede extender su decisión a aspectos de la evaluación ambiental que no guarden relación alguna con lo comentado durante la PAC por ese participante específico, no obstante no exigirá que exista una coherencia

estricta entre lo solicitado en el recurso administrativo de reclamación y la PAC, ni tampoco entre el recurso judicial de reclamación y el recurso administrativo de reclamación. Siendo así, el Comité de Ministros deberá resolver todos los aspectos de forma y fondo que reclamen los participantes en la PAC, siempre que exista una conexión significativa entre los hechos alegados en la PAC y en el recurso administrativo. Este Tribunal a su vez, conocerá de la reclamación judicial siempre que guarde una conexión significativa entre los hechos alegados en el recurso administrativo y en el judicial, sin perjuicio que las alegaciones jurídicas puedan variar siempre que se mantenga intacta la pretensión anulatoria.

UNDÉCIMO. Que, en la presente causa, si bien la Reclamante no ha introducido en esta sede una pretensión nueva, durante la PAC no hizo comentario directo alguno sobre la afectación a los cetáceos, ni fundó su recurso administrativo en ese hecho específico; pero los basó en la afectación al turismo de avistamiento que se desarrolla en la zona, por eventuales impactos significativos en el hábitat de los pingüinos, y en general respecto del paisaje. En ese sentido, efectivamente el Comité de Ministros debió limitar y limitó su pronunciamiento sólo a esa posible afectación. No obstante es posible hacer una conexión significativa entre los pingüinos y otros animales que comparten ese hábitat como afectación al medio ambiente y al paisaje -del que indudablemente forman parte dichas especies- que puede repercutir en una eventual afectación al turismo. Por tanto, el Tribunal considera que existe una conexión significativa entre la reclamación administrativa y la judicial, y por tanto no existe una desviación procesal, razón por la cual, en definitiva, rechazará la excepción interpuesta por la Reclamada y por su tercero coadyuvante.

B. CONSIDERACIONES PREVIAS

DUODÉCIMO. Que, dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, corresponde al proponente del proyecto aportar toda la evidencia que permita convencer a la Administración de diversos hechos. En los Estudios de Impacto

Ambiental (EIA), como es este caso, su propia definición en el art. 2° letra i) de la Ley N° 19300 indica que se debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos. Además el art. 12 de la misma ley ordena que los EIA deben contener, entre otras materias, una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo; las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente; un plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen al EIA; y un plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable.

DECIMOTERCERO. Que, como consecuencia de lo anterior, corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), en su calidad de administrador del SEIA y coordinador directivo de todos los órganos sectoriales involucrados en la misma, determinar durante las diversas etapas de tramitación si el proponente ha podido convencer tanto al órgano sectorial como a ella, de lo aseverado en su EIA, valorando la prueba rendida. En caso que no haya logrado convencerse, y que tampoco sea una situación que cause el término anticipado del procedimiento por falta de información relevante y esencial, el SEA debe solicitar al proponente información adicional a través del Informe Consolidado de Solicitudes de Aclaración, Rectificación y Ampliación. En la Adenda podrá el proponente realizar dos acciones: acompañar evidencia adicional en todos los puntos exigidos o controvertir todos o algunos de estos, indicando el motivo de su negativa. Ante ésta última situación, previo pronunciamiento del órgano sectorial involucrado, el SEA podrá insistir en el envío de la información adicional exigida y no entregada, o no insistir. Finalmente, toda la valoración de la prueba, y el convencimiento al que ha arribado el SEA, en colaboración con los órganos sectoriales, debe expresarse en el Informe Consolidado de Evaluación (ICE), terminando la etapa de instrucción del procedimiento de

evaluación de impacto ambiental. Esta prueba será valorada nuevamente en la etapa de finalización de dicho procedimiento, por el órgano resolutivo del SEA.

DECIMOCUARTO. Que, por tanto, habiendo los Reclamantes sostenido que, en relación con sus observaciones, la resolución de calificación ambiental no las ha considerado debidamente, por cuanto estas se refieren a que existe evidencia insuficiente para descartar impactos en cetáceos y en el humedal de Quilo, se trata esencialmente de que se atacan los motivos del acto administrativo. Donde el SEA, luego la Comisión de Evaluación y por último el Comité de Ministros, han considerado que existe suficiente evidencia para descartar impactos en cetáceos y en el humedal de Quilo, los Reclamantes creen que tal evidencia es insuficiente y, por tanto, el proyecto debió ser rechazado. Esto inevitablemente reconduce al estándar de convicción que debe tener la Administración para dar por acreditado un hecho. Esto es, si racionalmente puede aceptarse que una hipótesis de los hechos es verdadera, lo que se referirá siempre al grado de probabilidad de dicha veracidad para quien deba determinar los hechos.

DECIMOQUINTO. Que, una hipótesis de los hechos se debe constituir en motivo de una decisión porque supera un estándar de probabilidad, y por tanto se tendrá por verdadera. Por ejemplo, si se considera que una hipótesis de hecho es verdadera con un valor de confianza de 75%, y el estándar de prueba requerido es de un valor de confianza del 50% más uno, entonces se supera el estándar de prueba y el hecho debe darse por cierto desde un punto de vista jurídico. Desde luego, si el valor de confianza es cercano al 100%, indagar sobre el estándar de prueba deviene casi en irrelevante. El valor de confianza asociado a la probabilidad de que una hipótesis fáctica sea cierta se determina a través de las reglas de la sana crítica, y el resultado será contrastado contra el estándar de prueba. Bajo el estándar de preponderancia de la prueba, una hipótesis de hecho se tendrá por verdadera cuando sea más probable que la hipótesis alternativa planteada por la parte contraria. El supuesto subyacente en el estándar de preponderancia de la prueba es que, al momento de tomar la

decisión final con toda la evidencia disponible a ese momento, los costos de error son igualmente valorables, esto es, que el costo de un falso positivo es igual que el de un falso negativo.

DECIMOSEXTO. Que, como ha discutido la doctrina (Orellana, 2015; Isensee, 2016), el estándar de más allá de toda duda razonable está limitado al derecho penal, donde la regla explícita sobre la materia indica que existe un alto rechazo al falso positivo, es decir, a condenar a un inocente, por tanto, el estándar de prueba exige un nivel de confianza altísimo; pero en materia administrativa, ese estándar está descartado, y se aplicará uno que comenzará en la preponderancia de la prueba (estándar normal), y puede llegar a ser el de prueba clara y convincente (estándar intermedio), es decir, que se necesite superar un valor de confianza intermedio entre preponderancia de la prueba (estándar normal) y más allá de toda duda razonable (estándar exigente).

DECIMOSÉPTIMO. Que, sin perjuicio de la determinación hecha por el SEA en el ICE, y por la Comisión de Evaluación en la resolución de calificación ambiental; no es correcto afirmar que un reclamante debe necesariamente aportar prueba en contrario para que en la etapa recursiva administrativa o judicial pueda el revisor llegar a una determinación distinta a la que se llegó en el acto administrativo impugnado. Puede bastar apenas con explicar cómo estima que con la prueba existente en el expediente no se ha podido llegar a la determinación fáctica, por haberse incumplido con las reglas de la sana crítica y por tanto con una nueva determinación de la hipótesis de los hechos no se ha podido superar el estándar de prueba. O simplemente puede atacar el estándar. Por tanto, el Tribunal examinará la evidencia aportada en el expediente y establecerá en qué grado comparte la determinación fáctica de la Administración, reconociendo que ésta goza de una razonable discrecionalidad al respecto.

DECIMOCTAVO. Que, por otra parte, tanto Reclamantes como Reclamada, así como sus terceros coadyuvantes, han planteado sus alegaciones y defensas en términos absolutos en relación a la determinación fáctica: mientras las Reclamantes y su tercero coadyuvante alegan que se causan impactos significativos, la

Reclamada y su tercero alegan exactamente lo contrario. No obstante, las Reclamantes y su tercero coadyuvante conceden que también puede existir incertidumbre, es decir, que con la información disponible no es posible descartar impactos significativos, por lo que subyace la posibilidad que estos no existan, pero en dicho caso sugiere actuar aplicando el principio preventivo y en su defecto el precautorio, y revertir la aprobación del proyecto.

DECIMONOVENO. Que, el impacto ambiental es una afectación significativa al medio ambiente, que es lícita, y respecto de la cual se tiene plena certeza que ocurrirá. Pero las contingencias no son impactos ambientales, porque precisamente son contingentes, son situaciones con probabilidad de ocurrencia, aunque pueden eventualmente dar lugar a daño ambiental o a contaminación. Precisamente por no ser impactos, no se necesita una evaluación acabada de los efectos ambientales de las mismas, ya que muy probablemente no ocurrirán, aunque si se deben identificar estos riesgos, como lo exige el art. 12 letra d) de la Ley N° 19300, y presentar un Plan de Prevención de Contingencias y de Emergencias asociado a las eventuales situaciones de riesgo o contingencia identificadas, como lo ordena los arts. 18 letra j), 102, 103 y 104 del RSEIA.

VIGÉSIMO. Que, teniendo presente todo lo anterior, se analizarán las controversias sobre impactos en cetáceos y sobre el humedal de Quilo.

C. CONTROVERSIA SOBRE IMPACTOS EN CETÁCEOS

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, como se señaló ya, la Reclamante hace presente que la omisión de la evaluación de impacto en los cetáceos constituye una grave infracción a la legislación ambiental, con base a: (i) la ubicación geográfica del proyecto, dado que el sector de Mar Brava es de especial valor para las especies de cetáceos que lo transitan, de los que se encuentran algunos en peligro de extinción, y que su avistamiento es un atractivo turístico, (ii) la errada convicción que los efectos de los parques eólicos sobre

cetáceos sólo se verifican en centrales marinas, y nunca en centrales terrestres, siendo que el Proyecto es una central costera y hay posibilidad que el ruido de los aerogeneradores afecte a los cetáceos, además de las contingencias por derrames que podrían ocurrir durante su construcción, (iii) infracción a normas y principios del Derecho Ambiental, en particular la regulación del plan de seguimiento, los principio preventivo, y en subsidio precautorio, y la Ley N° 20293.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, por su parte, la Reclamada expone que: (i) coincide en que es importante la ubicación geográfica del proyecto, dado que el sector de Mar Brava es de especial valor para las especies de cetáceos que lo transitan, aunque resalta que mayor importancia revisten las pingüíneras de Puñihuil, (ii) contradice que las diferencias entre centrales terrestres y marinas no sean sustantivas, indica que lo son y que no está documentado que las primeras causen impacto alguno sobre cetáceos, por tanto, no hay impacto alguno, y (iii) afirma que no hay infracción a la regulación del plan de seguimiento, porque la variable ambiental a monitorear se predice no variará porque no hay impactos a cetáceos, y si no los hay, tampoco puede infringirse los principios preventivo ni precautorio, ni la Ley N° 20293.

VIGÉSIMO TERCERO. Que, no hay controversia acerca del especial valor que tiene el área aledaña a la ubicación del proyecto, pero sí respecto a la determinación fáctica del SEA, ratificada por el Comité de Ministros, en cuanto establece que no hay impactos del proyecto en los cetáceos. Las Reclamantes creen que con la evidencia disponible no es posible descartar estos impactos. Además, las partes están contestes en que (i) toda la información científica disponible indica que una central marina producirá con seguridad impactos sobre los cetáceos durante su etapa de construcción, por el hincado de pilotes, (ii) que el proyecto es una central terrestre, pero en la costa, y (iii) que no hay estudios científicos que confirmen o descarten que las centrales terrestres produzcan impactos sobre cetáceos. Pero las Reclamantes afirman que la falta de dichos estudios no permite establecer si se producen o no esos impactos, mientras que la Reclamada afirma que esa

misma falta de estudios evidencia que no hay impactos sobre cetáceos. Analizada la evidencia documental proveída por la Reclamante y su tercero coadyuvante, se puede reconocer afirmaciones que son de utilidad para la decisión. De esta forma, se examinaron los documentos: (i) *Wind turbine underwater noise and marine mammals: implications of current knowledge and data needs* (P. T. Madsen y otros, *Marine Ecology Progress Series*, Vol. 309: 279-295, 2006), a fs. 7730 y ss., donde los autores indican que "cuando se consideran los efectos de ruido antropogénico en mamíferos marinos en conjunción con la construcción de parques eólicos, consideramos que el hincado de pilotes es de especial preocupación, pues es una fuente que genera señales de muy alto nivel y de banda ancha... el hincado de pilotes representa el escenario de peor caso que puede aplicarse para evaluar el impacto..." y que "...hasta ahora no hay estudios que midan directamente las respuestas de los mamíferos marinos al ruido de la operación de turbinas de viento instalados en el mar"; (ii) *Overview of the impacts of anthropogenic underwater sound in the marine environment* (OSPAR Commission, 2009), a fs. 7747 y ss., donde los autores sostiene que "las fuentes sonoras antropogénicas de preocupación primaria en las evaluaciones de impacto ambiental son las explosiones submarinas, la navegación, la exploración sísmica, la construcción en el mar (por ejemplo los parques eólicos en el mar o las instalaciones para la producción y transporte de hidrocarburos) y actividades industriales, sonares de varios tipos y dispositivos acústicos para disuadir el aproximamiento de mamíferos..."; (iii) *Sonic Sea, Impacts of noise on Marine Mammals* (NRDC & IFAW), a fs. 7881 y ss. los autores indican que "el hincado de pilotes se usa para obras portuarias, construcción de puentes, instalaciones de plataformas gasíferas y petrolíferas, y los cimientos de parques eólicos instalados en el mar; el ruido producido no solo entra directamente por la columna de agua, sino que también viaja a través del lecho marino". Por esto, es posible concluir que los impactos en cetáceos en las centrales marinas, se produce en su etapa de construcción, por su técnica de instalación, y no durante su etapa de operación. Como la técnica de

instalación a utilizar en la central terrestre es distinta a la que se debe utilizar en la marina, es altamente improbable que se le vaya a causar un impacto a los cetáceos durante la etapa de construcción, y como siquiera en las centrales marinas se causa impactos a los cetáceos en su operación, con mayor razón no se producirán en una terrestre. Valorada así la evidencia, de acuerdo a la sana crítica, el Tribunal concluye que tiene un altísimo grado de confianza sobre la hipótesis fáctica defendida por el SEA, que supera tanto el estándar normal como intermedio de valoración de la prueba, y por tanto es correcta, y en consecuencia ese motivo del acto administrativo y su motivación, así como la aplicación subsecuente de la norma jurídica, son apegados a derecho.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, siendo correcta la determinación fáctica, no es necesario indagar sobre violaciones al principio preventivo, por cuanto no hay nada que prevenir si hay una confianza cercana a la certidumbre que no se producirán impactos, ni sobre violaciones al principio precautorio. En cuanto a la violación a la normativa sobre plan de seguimiento, éste es obligatorio en caso de las variables ambientales asociadas a impactos, y por tanto debe así exigirlo la Administración; no obstante, respecto del seguimiento de variables que no están asociadas a impactos, porque se predice que no se producirán, nada obsta a que voluntariamente se proponga un plan de seguimiento que verifique tal pronóstico. Que, no habiendo impacto sobre los cetáceos, tampoco puede violarse la Ley N° 20293, por razones obvias, sin perjuicio que requeriría de una interpretación muy extensiva para catalogar un eventual impacto de un proyecto como acoso a cetáceos. Por tanto, se desechan todas estas alegaciones.

D. CONTROVERSIA SOBRE IMPACTOS EN EL HUMEDAL DE QUILO

VIGÉSIMO QUINTO. Que, la Reclamante hace presente que la omisión de la evaluación de impacto en el humedal de Quilo constituye una grave infracción a la legislación ambiental, con base a: (i) la ubicación geográfica del proyecto, dado que el humedal de Quilo es de especial valor para las especies que

lo habitan, siendo un sitio con presencia de aves playeras, y que su avistamiento es un atractivo turístico, (ii) la especial protección que debe tener el Estado respecto de los humedales, en virtud de la convención Ramsar, y del rol que tienen éstos en el cambio climático, por cuanto contribuyen a capturar carbono a pesar de ser sensibles a éste fenómeno, (iii) la deficiente línea de base, en violación de los arts. 2 letra 1) de la Ley N° 19300 y 18 del DS N° 40/2012 MMA (RSEIA), que no permite una efectiva predicción de impactos, pues se excluyó el humedal a pesar de su cercanía, lo que no permite al titular efectuar una predicción de impactos a nivel de componentes ecosistémicos ni socioculturales a partir de contingencias, y contradice la conclusión de la DGA de estimar innecesarios estudios hidrogeológicos en la zona del humedal, (iv) una deficiente evaluación de impacto turístico, porque existe ausencia de relación entre valor turístico y valor paisajístico, resultando en insuficientes medidas de mitigación, compensación y reparación propuestas por el titular, además de contradictorias, por intentar insertar el Proyecto como atractivo turístico.

VIGÉSIMO SEXTO. Que, la Reclamada señala que (i) coincide en que es importante la ubicación geográfica del proyecto, dado que el humedal de Quilo es de especial valor para las especies que lo habitan, aunque nuevamente resalta que mayor importancia revisten las pingüineras de Puñihuil, (ii) advierte que el humedal de Quilo no es un sitio Ramsar, y que tampoco está priorizado en la Estrategia Nacional de Humedales, (iii) afirma que no hay deficiente línea de base, porque no hay impacto del proyecto en el humedal, resaltando que debe distinguirse entre impacto y contingencia, y que en éste último caso se maneja con un Plan de Contingencias y Emergencias, y (iv) afirma que hizo una correcta evaluación de impacto turístico, porque existe adecuada relación entre valor turístico y valor paisajístico, resultando en medidas de compensación suficientes, acompañadas de un Plan de Monitoreo de turismo, afirmando que SERNATUR no consideró el humedal como un sitio de importancia turística, a diferencia de las pingüineras de Puñihuil.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, no hay controversia acerca del especial valor que tiene el área aledaña a la ubicación del proyecto, pero sí respecto a la determinación fáctica del SEA, ratificada por el Comité de Ministros, en cuanto no hay impactos del proyecto en el humedal de Quilo. Las Reclamantes creen que con la evidencia disponible no es posible descartar estos impactos, que pueden producirse por contingencias, como derrames de hidrocarburos, y por eso es necesario rehacer la línea de base. Pero la Reclamada discrepa e indica que debe distinguirse entre impacto y contingencia, que no hay impacto en el humedal de Quilo, y que una contingencia se aborda con un Plan de Contingencias y de Emergencias.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, el Tribunal determina que la Reclamante incurre en error al asimilar impacto con contingencia, por las diferenciaciones hechas previamente entre ambas: en el impacto hay una situación de certidumbre o cercana a la certidumbre de que éste existirá, en la contingencia hay riesgo, pues en las etapas de construcción, operación y cierre de un proyecto pueden suceder contingencias que son ajenas a su normal funcionamiento o planificación. Analizada la evidencia documental del expediente administrativo, es posible concluir que no hay impacto directo o indirecto a las aguas subterráneas ni al humedal de Quilo en la etapa de construcción del proyecto, por cuanto la profundidad de las excavaciones no es suficiente para producirlo, y se indican las técnicas constructivas correspondientes, como se indica a fs. 7424. En cuanto a los eventuales derrames de combustibles, es evidente que no se trata de impacto: el proyecto no contempla descarga o infiltración de RILes, ni otra operación similar, en ninguna de sus etapas, y si bien en la fase de construcción se necesitará almacenar y distribuir combustible para la operación de la maquinaria, su eventual derrame corresponde a una contingencia o accidente, por cuanto el riesgo que ocurra es bajísimo, y se aborda técnicamente a través del Plan de Contingencias y de Emergencias. No existiendo impacto, no se ha incurrido en error al definir la línea de base del proyecto, y por tanto, tampoco al determinar el área de influencia, pues

según el art. 12 letra f) del DS N° 95/2001 (MSGP), entonces vigente, dicha área se define "a objeto de evaluar posteriormente los impactos que, pudieren generarse o presentarse sobre los elementos del medio ambiente", y que "el área de influencia del proyecto o actividad se definirá y justificará, para cada elemento afectado del medio ambiente, tomando en consideración los impactos ambientales potenciales relevantes sobre ellos".

VIGÉSIMO NOVENO. Que, aunque la Reclamante ha alegado la especial protección que debe tener el Estado respecto de los humedales, en virtud de la convención Ramsar, no existe controversia entre las partes que el humedal de Quilo no es un sitio Ramsar, que no está priorizado en la Estrategia Nacional de Humedales, y que no está catastrado por Sernatur como un sitio de atractivo regional ni local. Como el Tribunal ya ha determinado que no existen impactos sobre el humedal, y que se han tratado las contingencias a través de un Plan de Contingencias y de Emergencias, no es posible concluir que existe una violación al deber del Estado de velar por aquellos humedales que no son sitios Ramsar, deber que de por sí existe en virtud del art. 3 de la citada Convención, al establecer que "las Partes Contratantes deberán elaborar y aplicar su planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la lista y, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio".

TRIGÉSIMO. Que, por último, respecto a la deficiente evaluación de impacto turístico alegado por la Reclamante, porque existiría ausencia de relación entre valor turístico y valor paisajístico, resultando en insuficientes medidas de mitigación, compensación y reparación propuestas por el titular, además de contradictorias, por intentar insertar el Proyecto como atractivo turístico; la Reclamada ha sostenido que hizo una correcta evaluación de dicho impacto, porque existe adecuada relación entre valor turístico y paisajístico, resultando en medidas de compensación suficientes, acompañadas de un Plan de Monitoreo de turismo. En ese sentido, no existe controversia en que el proyecto generará con certeza un impacto significativo en el paisaje que muy probablemente impactará en

el turismo, y que el impacto visual en el paisaje, en lo que respecta a la existencia misma de los aerogeneradores, no es mitigable ni reparable, sino que es compensable. Además, como se determinó, no hay impacto al humedal de Quilo, y consta en el expediente administrativo que existe evidencia suficiente para la determinación fáctica de que no se afecta el área cercana más sensible en turismo, que son las pingüíneras de Puñihuil; también existe evidencia para confirmar la determinación fáctica de no existir impactos visuales sinérgicos, a través de modelaciones con observador terrestre como es el turista promedio, como se indica a fs. 7435. Se advierte también que, tal como determinó el Comité de Ministros, en las observaciones a la Adenda 1, SERNATUR exigió al proponente tomar un rol activo en el tema turismo con la finalidad de buscar y favorecer espacios para el desarrollo de la actividad turística en el área de influencia del Proyecto, así como un plan de seguimiento propuesto para medir y evaluar los posibles impactos que producirá el Proyecto sobre este componente y las medidas de mitigación necesarias para mitigar el impacto hacia el turismo; a lo que el proponente señaló en la Adenda 2, que implementará una serie de medidas de mitigación, las que fueron finalmente aceptadas, además de un plan de seguimiento respecto de la posible afectación en el turismo. Valorada así la evidencia, de acuerdo a la sana crítica, el Tribunal concluye que tiene un altísimo grado de confianza sobre la hipótesis fáctica defendida por el SEA, que supera tanto el estándar normal como intermedio de valoración de la prueba, y por tanto es correcta, y en consecuencia ese motivo del acto administrativo y su motivación, así como la aplicación subsecuente de la norma jurídica, son apegados a derecho.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el arts. 17 N° 2, 18 N° 2, 20, 25, 33, 35 y 40 de la Ley N° 20.600; 2°, 3°, 51, 53, 54, 60, y 63 de la Ley N° 19.300; el art. 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de la sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

SE RESUELVE:

1. Rechazar la excepción de incompetencia en razón de la materia interpuesta por la Reclamada;
2. Rechazar en su totalidad la reclamación interpuesta por la Reclamante.
3. Que no se condena en costas a la Reclamante, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

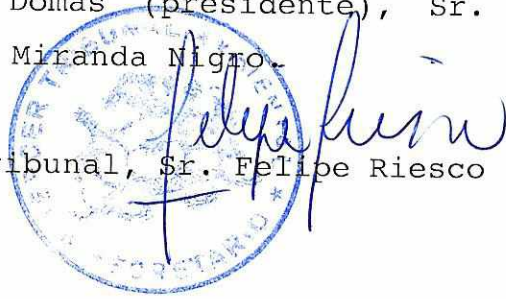
Rol N° R 47-2017

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Roberto Pastén Carrasco.



Pronunciada por el I. Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas (presidente), Sr. Roberto Pastén Carrasco, y Sr. Pablo Miranda Nigro.

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Felipe Riesco Eyzaguirre.



En Valdivia, a veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, se anunció por el Estado Diario.

Acordada con la prevención del Ministro Sr. Hantke, quien estuvo por rechazar el argumento de la Reclamada acerca de su indefensión, que se expone a partir del considerando segundo de esta sentencia, por un motivo diverso, esto es, que a su juicio, el presente proceso corresponde a una vía jurisdiccional especial que se creó para resolver controversias ambientales, en respeto de todas la garantías constitucionales

y legales de carácter procesal. En consecuencia, la Administración no puede alegar su indefensión en esta sede, pues son estos estrados donde debe defenderse, para lo cual ha contado con todas las posibilidades de responder de las nuevas alegaciones.