

Santiago, doce de diciembre de dos mil veintitrés.

De conformidad con el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia anulada, con excepción de sus fundamentos vigésimo tercero, vigésimo quinto a trigésimo sexto, que se eliminan.

Se reproduce, asimismo, el contenido de los fundamentos quinto a décimo cuarto de la sentencia de casación que antecede.

Y se tiene, además, presente:

Primero: Que, la controversia radica en determinar si el procedimiento de evaluación que efectuó el SEA para responder a la consulta de pertinencia que realizó el titular del proyecto denominado "Parque eólico OCHS" se ajusta a la legalidad.

En efecto, y en lo pertinente, la reclamante funda sus alegaciones en que el proyecto configuraría la tipología del literal p) del art. 10 de la ley N° 19.300 al emplazarse al interior de la Zona de interés Turístico, antecedente que sostiene no fue considerado por el SEA.

La autoridad administrativa y el tercero, por su parte, en lo pertinente, expresaron que dicha alegación no es atendible jurídicamente, por cuanto a la fecha de emisión de la Resolución Exenta N° 65, esto es, el 19 de febrero de 2020, no había sido dictado el Decreto N° 202100128 Exento de 28 de julio de 2021 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado en el Diario Oficial el día 2 de agosto del mismo año, que creó la Zona de interés Turístico del Lago Llanquihue.

Segundo: Que, son antecedentes no controvertidos por las partes, los siguientes:

1) La Consulta de Pertinencia, fue presentada por el Proponente con fecha 12 de diciembre de 2019, explicando que, el Proyecto



consiste en la instalación de un aerogenerador de 3.000 kWp y que se enmarca en la Política Energética 2050, la cual propone que el sector energético se convierta en un sector confiable, sostenible, inclusivo y competitivo, impulsado por una matriz energética renovable.

2) Paralelamente, la Subsecretaria de Turismo, mediante la Resolución N° 129 de 12 de julio de 2018, dio inicio a la formulación del Plan de Acción de la Zona de Interés Turístico Lago Llanquihue, propuesto por la reclamante.

A través de la Resolución N° 32 de fecha 5 de marzo de 2020, del mismo órgano, se admitió a tramitación la solicitud de Zona de Interés Turístico, cumpliéndose la etapa de consulta pública y, es el 2 de agosto de 2021, en que se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° DEXE202100128 de 28 de julio de 2021 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que declaró como Zona de Interés Turístico "Lago Llanquihue" conformado por las comunas de Llanquihue, Puerto Octay Puerto Varas y Frutillar de la Región de Los Lagos.

3) Mediante Resolución Exenta N° 65 de 19 de febrero de 2020, el SEA de la Región de Los Lagos, al resolver la consulta de pertenencia declaró que atendido que el proyecto no cumple con las tipologías previstas en el art. 3° literal c) y b.1) del D.S. N° 40 de 2012, no era obligatorio que ingresara al SEIA.

4) La solicitud de invalidación contra la Resolución Exenta N° 65, fue interpuesta el día 12 de noviembre de 2021.

5) La Resolución Exenta N° 20221010132, impugnada en autos, fue dictada el día 3 de febrero de 2022.

Tercero: Que, en relación a la impugnabilidad de la resolución recurrida, esto es, aquella que no dio lugar a la invalidación de la Resolución N° 65 y el plazo para ejercer la acción en estudio, se estará a lo reproducido en el fallo de casación que antecede, en el cual se concluyó que aquella decisión es impugnabile y se dedujo



dentro del plazo de los dos años que contempla el artículo 53 de la Ley N° 19.880, siguiendo la jurisprudencia de esta Corte en este sentido y ya citada.

Cuarto: Que, ahora bien, en relación al fondo del asunto, es necesario analizar la naturaleza jurídica y fines de dos instituciones fundamentales que inciden en el presente caso: la consulta de pertinencia y la Declaración de Zona de Interés Turístico.

Para comprender la primera, esto es la consulta de pertinencia, se debe explicar, previamente que, conforme al ordenamiento jurídico ambiental, el ingreso de los proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se determina a partir del catálogo no taxativo que se consagra en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 y artículo 3 del Reglamento del SEIA (CS Rol N° 15499-2018 y N°85952-2022). Despejada esa primera etapa, el titular del proyecto, deberá establecer si ese ingresó, se realiza mediante un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, para lo cual se estará a los requisitos que al efecto contempla el artículo 11 de la citada ley y los artículos 5 al 10 del citado Reglamento.

Quinto: Que, sin embargo, la primera interrogante, atendida su casuística, hace que no siempre los proyectos puedan encuadrarse inmediatamente a los tipos contenidos en la ley y el reglamento, es en razón de aquellos casos dudosos, en que surgió a partir de la práctica, la consulta de pertinencia, entendida: "como un mecanismo que los particulares pueden utilizar para efectos de obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes imponen a la ejecución de proyectos o desarrollo de actividades que pretender realizar y particularmente, sobre si deben o no ser evaluados en forma previa a su realización [...] "(SCS Rol N° 10.477-2019).



El Instructivo actualizado del Director del SEA sobre consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental la define como: *"Aquella petición de un proponente, dirigida al Director Regional o Director Ejecutivo del SEA, según corresponda, mediante la cual se solicita un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse al SEIA"*.

Sexto: Que, en cuanto a los efectos de esa respuesta, dicho Instructivo declaró que: *"constituye un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 inciso 6 de la ley N° 19.880, que se traduce en una declaración de juicio, constancia o conocimiento, el cual, sobre la base de los antecedentes proporcionados por el proponente, da cuenta de una opinión respecto de si la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse de manera previa y obligatoria al SEIA"*.

[...] *"la resolución que se pronuncie sobre una consulta de pertinencia no otorga derechos, ni menos aún, autorización para ejecutar el proyecto o actividad sometido a consulta, por cuanto al tratarse de una declaración de juicio no modifica lo establecido en una Resolución de Calificación Ambiental. Por consiguiente, el acto administrativo que se pronuncia sobre una consulta de pertinencia no exime al proponente de cumplir con la normativa ambiental aplicable y la obtención de las autorizaciones sectoriales correspondientes necesaria para la ejecución del proyecto o actividad"*.

El instructivo, añade en su punto 4: *"De igual modo, y conforme a lo establecido en el artículo 26 del Reglamento del SEIA, la respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia del Medio Ambiente para que, si correspondiere, ejerza la facultad de requerir el ingreso adecuado al SEIA, conforme a lo establecido en el artículo 3 letras i), j) y k) de la LOSMA."*



Este último precepto prevé que: "Artículo 3°.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones: i) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la Ley N°19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente. j) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de Resoluciones de Calificación Ambiental, que sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la ley N° 19.300, requieran de una nueva Resolución de Calificación Ambiental. k) Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la ley N° 19.300".

Séptimo: Que, conforme a lo expuesto, esta Corte ha declarado que "el titular de un Proyecto que propone una modificación al mismo, y que realiza una consulta de pertinencia, debe someterse al SEIA cuando la respuesta a aquella así lo dictamina, pues la Superintendencia tiene atribuciones de fiscalización para así requerirlo", por el contrario, si aquella no lo obliga, se transforma "en un acto de contenido favorable que sólo pudo ser dejada sin efecto por razones de legalidad en virtud de un procedimiento invalidatorio" (SCS N° 43.799-2020).



Por otra parte, en el estudio actual de esta institución, se debe destacar también que, en razón de la nueva legislación sobre delitos económicos, Ley 21.595, se incorporan aquellos de naturaleza ambiental, en que se considera a la consulta de pertinencia como un eximente de responsabilidad penal.

Octavo: Que, conforme lo que se viene exponiendo, queda en evidencia que el instituto en estudio, en la aplicación jurídica y de la normativa actual que la reglamenta, permite colegir que, no constituye una mera declaración del SEA, carente de entidad para los efectos de los proponentes y/o interesados de un proyecto ambiental y hace necesario reestudiarla.

Siguiendo ese cometido, es posible colegir, que por un parte, constituye un procedimiento administrativo cuyo fundamento legal mediato radica el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República y en el artículo 17 letra h) de la Ley 19.880, siendo su fuente inmediata los artículos 8 inciso final y 81 letra a) de la Ley N° 19.300, de los cuales se consagra la potestad intrínseca del SEA de declarar qué proyectos o actividades deben someterse al SEIA. Por otra parte y, como resultado de lo anterior, la declaración de pertinencia, en su naturaleza de decisión de un órgano administrativo, corresponde a un acto administrativo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 inciso sexto de la ley N° 19.880, que se traduce conforme lo declara el Instructivo del SEA respecto de las pertinencias en un dictamen o declaración de juicio, constancia o conocimiento.

Noveno: Que, ahora bien, en su primera acepción, esto es, como un procedimiento, el SEA exige al titular del proyecto, que los antecedentes que aporte para evaluar su propuesta sean íntegros y veraces, porque sobre la base de aquellos, emitirá su opinión respecto de si la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse previa y obligatoriamente al SEIA.



La respuesta a la consulta de pertinencia, conforme lo dispone el artículo 26 del Reglamento del SEIA, deberá ser comunicada a la Superintendencia del Medio Ambiental (SMA) para que, si correspondiera, ejerza la facultad de requerir el ingreso del proyecto al SEIA, de acuerdo lo establecido en el artículo 3 letras i), j) y k) de la Ley N° 19.300.

Por último, el Instructivo en comento, añade que, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4 de la Ley N° 19.880, la resolución que decida sobre la solicitud de pertinencia, deberá ser fundada y expresara los recursos que a su respecto procedan,

Continuando el razonamiento expuesto, cabe señalar que esta Corte, igualmente, ha investido a la consulta de pertinencia de un efecto práctico preponderante, ordenando que determinados proyectos fuesen sometidos a dicha instancia, previo a su ejecución, tal como ocurrió en causas Rol N° 45.059-2017, 15.499-2018, 15.500-2018, 27.564-2020 y 44.089-2020, utilizándola como un mecanismo para proteger el derecho a vivir en un medio libre de contaminación.

Décimo: Que lo anterior, permite colegir una evolución del instituto en estudio, en virtud del cual, sin convertirse dicha respuesta en un pronunciamiento definitivo para el titular del proyecto, si constituye un acto administrativo que tiene efectos jurídicos preponderantes para el titular del proyecto y que, consecuentemente, repercutirán en los terceros interesados en el mismo.

En efecto, como se explicó, la consulta de pertinencia, en definitiva, es una opinión emanada del órgano experto en la materia, por lo tanto, no puede menos que ser considerada como un trámite trascendente del iter ambiental de un proyecto y que, consecuentemente, debe constituirse en un instrumento por medio del cual el Estado -léase SEA y SMA- deben coordinarse con el fin de servir como una guía inicial para el titular del proyecto,



orientándolo correctamente en las etapas a seguir y, paralelamente, transformarse en el mecanismo primario a través del cual ese mismo Estado resguarde, desde ya, el medio ambiente, cumpliendo así, en definitiva, su rol de estar al servicio de la persona humana, más aún en materia ambiental en que deben completarse diversos aspectos sociales, económicos, entre otros.

Undécimo: Que, por otra parte, es necesario también analizar los fines y consecuencias que conlleva la declaración de Zona de Interés Turístico en un determinado sector.

La Ley N° 20.423 "Del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo", en su artículo 1°, declara que su objeto es [...] "*el desarrollo y promoción de la actividad turística, por medio de mecanismos destinados a la creación, conservación y aprovechamiento de los recursos y atractivos turísticos nacionales*" y define a las Zonas de Interés Turístico, en su artículo 13, como: "*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*". Adicionalmente, la Ley señala que "*las Zonas de Interés Turístico tendrán carácter prioritario para la ejecución de programas y proyectos públicos de fomento al desarrollo de esta actividad, como asimismo para la asignación de recursos destinados a obras de infraestructura y equipamiento necesarios*" (artículo 17).

El Reglamento que "Fija el Procedimiento para la Declaración de Zonas de Interés Turístico", en la letra o) de su artículo 1°, la define como el "*Territorio comunal, intercomunal o determinadas áreas dentro de éstos, declarados conforme a la normativa pertinente, que posean condiciones especiales para la atracción turística y que requieran medidas de conservación y de una planificación integrada*



para focalizar las inversiones del sector público y/o promover las inversiones del sector privado”.

La referida declaración que concreta, mediante la dictación de un Decreto Suprema o expedido por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, por orden del Presidente de la República, previo acuerdo del Comité de Ministros del Turismo, a partir de un informe del Servicio Nacional de Turismo e informe vinculante del o de los municipios cuyos territorios, o parte de ellos, sean afectados por aquella; y previo cumplimiento del procedimiento señalado en el Reglamento.

Duodécimo: Que, atendido lo alegado por la recurrente, resulta imprescindible conocer las etapas del procedimiento a través del cual se declara zona de interés turístico a un sector.

De acuerdo con la Ley N° 20.423 y el Reglamento sobre la materia, el procedimiento se inicia con la presentación del “Formulario de solicitud de declaración de Zona de Interés Turístico”, por la parte interesada ante la Secretaría Regional Ministerial de Economía, Fomento y Turismo competente, la que deberá evaluar dicha presentación y fundadamente deberá decidir si admite a tramitación la solicitud.

Admitida a tramitación, la Secretaría Regional Ministerial remitirá una copia de la solicitud y sus antecedentes a la Dirección Regional del Servicio Nacional de Turismo competente, la que, a su vez, emitirá un informe fundado sobre los aspectos técnicos de la solicitud y lo devolverá a la referida cartera, la que reunidos todos los antecedentes, enviara el expediente administrativo a los municipios cuyos territorios se vean afectados por la eventual declaración de zona de interés turístico para que manifiesten su opinión sobre la solitud.

Si la opinión de los municipios es favorable, la Subsecretaria abrirá un periodo de consulta pública y/o de consulta indígena si



procediere, además, pedirá a los organismos competentes que informen sobre las materias de su competencia respecto a la solicitud de declaración de zona de interés turística.

Recibido todos los antecedentes, la Secretaría Regional Ministerial enviara el expediente a la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Turismo, para que emita su informe, hecho lo anterior, aquella lo devolverá a la Subsecretaría de Turismo, la que en caso de existir observaciones dicta la Resolución Exenta que da inicio al proceso de desarrollo del Plan de Acción, que es el instrumento que debe elaborar el solicitante proponiendo iniciativas específicas a implementar en la Zona de Interés Turístico, orientadas al desarrollo sustentable del turismo, el cual dentro de 90 días será enviado a la Subsecretaría de Turismo, que deberá evaluar y luego enviado al Comité de Ministros del Turismo para que apruebe o rechace el Plan de Acción, en caso de ser aprobado el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo declarará la Zona de Interés Turístico a través de la dictación de un Decreto Supremo suscrito por orden del Presidente de la República.

Décimo tercero: Que la declaración de Zona de interés Turístico, conforme lo dispone el Decreto N° 30 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, constituye un instrumento de gestión público-privada en que el solicitante, 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 y cuyo plazo de vigencia se extiende por un plazo de cuatro años renovables.

La Subsecretaria en la que denomina Ficha de Plan de acción ZOIT señala que este instrumento, *"busca ser la carta de navegación para el desarrollo y fomento del turismo en las localidades donde se*



decreta la ZOIT, por medio de la definición de objetivos, brechas, y acciones, las cuales se deben enmarcar en al menos cinco líneas estratégicas; equipamiento e infraestructura, promoción, sustentabilidad, desarrollo de productos y experiencias, y capital humano. De hecho, a través de la presentación del presente documento se busca alcanzar la visión de desarrollo turístico acordada participativamente entre actores públicos y privados, ordenando y coordinando el desarrollo de las líneas de acción, las cuales serán evaluadas anualmente”.

Décimo cuarto: Que, en atención a lo que se ha venido exponiendo, la autoridad administrativa desestimó la invalidación en estudio, en lo pertinente, sobre la base que, el proyecto no se enmarca dentro de la tipología ambiental contenida en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, en relación al artículo 3 del Reglamento del SEIA y que obligan el ingreso de éste al SEIA. Añadió que no consideró la declaración de Zona de Interés Turístico del Lago Llanquihue, porque aquella se produjo con posterioridad a la fecha en que se resolvió la consulta de pertinencia.

Sin embargo, dicha decisión desconoce la naturaleza jurídica, fines y objetivos que, dentro del ordenamiento ambiental, -y especialmente hoy- conforme lo razonado precedentemente, tiene la consulta de pertinencia y que, para este caso, además, debe vincularse con la declaración de Zona de Interés Turístico, pero en especial, porque en los hechos dicha declaratoria era un trámite que se llevó paralelo a la consulta de pertinencia, en una zona como es el Lago Llanquihue, en que no es verosímil, que los intervinientes no se hayan al menos, representado la concurrencia de una situación como la que se estudia.

Décimo quinto: Que, conforme se explicó, la consulta de pertinencia, hoy es un trámite trascendental del iter ambiental de un proyecto, que se corresponde a una declaración de juicio que realiza



el SEA de un proyecto de manera preventiva y en una situación y momento determinado, configurándose en un acto administrativo favorable para el titular, en el caso que, como ocurre en la especie, se decida que el proyecto propuesto no debe ingresar al SEIA.

Ahora bien, para que esta declaración sea válida, como lo exige la normativa antes descrita, debe ser adoptada por la autoridad, y conforme también se dijo, contando ésta con todos los antecedentes pertinentes, requisito sine quanon para resolver y hacer eficaz su decisión.

Décimo sexto: Que, en ese entendido y, para el caso en particular, esta Corte no puede soslayar que, si bien, la resolución impugnada se dictó el 19 de febrero de 2020 y la declaración de Zona de Interés Turístico del Lago Llanquihue se concretó el 2 de agosto de 2021, en que se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° DEXE202100128 de 28 de julio de 2021 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo pertinente, no es menos cierto, que este último procedimiento, conforme se explicó, cuenta con varias etapas y, es así que, a la fecha en que el titular del proyecto presentó la solicitud de consulta de pertinencia, el 12 de diciembre de 2019, en paralelo la referida declaración, se encontraba en su última de fase, porque ya, con fecha 12 de julio de 2018, la autoridad de turismo había dictado la resolución para que el solicitante desarrollara su Plan de acción, -en el lapso de 80 días hábiles administrativo-, restando solo que dicho plan fuese remitido por la Subsecretaría Regional Ministerial de Economía, Fomento y Turismo, luego de la evaluación del Comité de dicha cartera, al Comité de Ministros para su aprobación o rechazo, es decir, a esa época ni siquiera dependía de la reclamante el avance del procedimiento administrativo.

Décimo Séptimo: Que, lo anterior, deja en evidencia que la Resolución N° 65 del SEA, se dictó por dicha autoridad sin contar con todos los antecedentes que eran pertinentes para estudiar la



consulta, puesto que, la declaración de Zona de Interés Turístico, supuestamente cercano al emplazamiento del proyecto, constituye una información que atendida su naturaleza y, teniendo en especial consideración, además, que dicho procedimiento, conforme se explicó ya estaba en su última etapa, al momento de iniciar la consulta de pertinencia, porque se tramitaron en forma paralela, hacía imprescindible que dicho antecedente fuese considerado por el SEA al momento de decidir la consulta de pertinencia presentada por Ochs SpA con fecha 12 de diciembre de 2019, porque evidentemente a esa data, pasó a ser parte de la realidad del sector.

Décimo octavo: Que, por tanto, al no haberse considerado por el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, la declaración de Zona de Interés Turístico del Lago Llanquihue, como un argumento de fondo, al resolver la consulta de pertinencia, restándole interés basándose exclusivamente en la temporalidad de su procedencia, se desconoció la normativa que reglamenta la materia, en especial los artículos 10 y 11 de la Ley N° 19.300, en relación al artículo 3 del Reglamento del SEIA, dejando a la resolución impugnada desprovista de dicho fundamento y pronunciamiento sobre el asunto, lo cual le resta validez in limine, haciendo necesario acoger el reclamo presentado por la Asociación de municipios del lago Llanquihue en la forma que se dispondrá en lo resolutivo de la sentencia.

Por estas consideraciones, y atendido lo dispuesto en los artículos 17 N° 8° de la ley N° 20.600 y 182 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara que **se acoge** la reclamación interpuesta por Asociación de municipios del lago Llanquihue **solo en cuanto** se ordena al Servicio de Evaluación Ambiental que deberá analizar nuevamente la consulta de pertinencia presentada por Ochs SpA con fecha 12 de diciembre de 2019, para lo cual deberá considerar, la declaración de Zona de Interés Turísticos del Lago Llanquihue, como un factor más a examinar, independiente de la fecha



de su dictación, debiendo dar cumplimiento a lo anterior en un breve plazo.

Acordado con el voto en contra de la Ministra Sra. Ravanales y el Abogado Integrante Sr. Águila, en atención a lo expresado en la disidencia del fallo de casación que antecede.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Águila, y del voto en contra, sus autores.

Rol N° 5.806-2023.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., y los Abogados Integrantes Sra. Carolina Coppo D. y Sr. Pedro Águila Y. Santiago, 12 de diciembre de 2023.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A. y los Abogados (as) Integrantes Carolina Andrea Coppo D., Pedro Aguila Y. Santiago, doce de diciembre de dos mil veintitrés.

En Santiago, a doce de diciembre de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

