

Valdivia, dos de enero de dos mil dieciocho.

VISTOS:

1. A fs. 1, con fecha 8 de agosto de 2017, CULTIVOS MARINOS LAGO YELCHO SpA, domiciliada para estos efectos en calle Urmeneta 305 oficina 404, comuna de Puerto Montt, X Región de Los Lagos -en adelante la «Reclamante», «Lago Yelcho SpA» o el «Proponente»-, interpuso recurso de reclamación en contra de las Resoluciones Exentas N° 693, 696, 697, 698, 699, 700 y 701 -en adelante «Resoluciones Reclamadas», dictadas con fecha 30 de junio de 2017, por la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, en adelante «Dirección Ejecutiva del SEA» o la «Reclamada». Estas Resoluciones Reclamadas rechazaron los recursos de reclamación presentados previamente por Lago Yelcho SpA en contra de las Resoluciones Exentas N° 99, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 -en adelante las «RCA»- todas dictadas por la Comisión de Evaluación de la XIV Región de Los Ríos -en adelante «COEVA de Los Ríos»- que calificaron ambientalmente desfavorable las Declaraciones de Impacto Ambiental -en adelante «DIA»- de los proyectos -en adelante «Proyectos»-:

- «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Chanchan, PERT N°210141021»;
- «Centro de Engorda de Salmonídeos Oeste de Punta Cárcamo, PERT N°210141011»;
- «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Piedra Blanco, PERT N°210141023»;
- «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Chanchan, PERT N°210141022»;
- «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Huezhui, PERT N°210141020»;
- «Centro de Engorda de Salmonídeos Noroeste de Punta Loncoyen, PERT N°210141012»; y
- «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Huezhui, PERT N°210141019».



A. Antecedentes del acto administrativo reclamado

2. Que, de los antecedentes administrativos presentados en estos autos por la Dirección Ejecutiva del SEA, consta que:
 - a) Con fecha 5 de noviembre de 2015, Lago Yelcho SpA ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental las DIA de los Proyectos.
 - b) Mediante Resoluciones Exentas N° 79 y 80, de fecha 10 de noviembre de 2015; N° 82, 83 y 84, de fecha 11 de noviembre de 2015; y N° 86 y 87, de fecha 12 de noviembre de 2015, la COEVA de Los Ríos acogió a trámite las DIA de los Proyectos.
 - c) Con fecha 19 de diciembre de 2016, el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental emitió los Informes Consolidados de Evaluación -en adelante «ICE»- mediante los que recomendó rechazar las DIA de los Proyectos.
 - d) Mediante las RCA de fecha 27 de diciembre de 2016, la COEVA de Los Ríos calificó desfavorablemente las DIA de los Proyectos.
 - e) Con fecha 1 de febrero de 2017, Lago Yelcho SpA dedujo recursos de reclamación ante el Director Ejecutivo del SEA, los que fueron rechazados por las Resoluciones Reclamadas.

B. Antecedentes del proceso de reclamación

3. A fs. 1 y ss., con fecha 8 de agosto de 2017, la Reclamante interpuso recurso de reclamación (art. 20 de la ley N° 19.300 y art. 17 N° 5 de la ley N° 20.600).
4. De fs. 19 a fs. 273, consta que Lago Yelcho SpA acompañó documentos.
5. A fs. 277, con fecha 9 de agosto de 2017, el Tribunal declaró admisible la reclamación y se ordenó a la Dirección Ejecutiva del SEA que informara. Además, rechazó la solicitud de suspensión del procedimiento judicial y dejó para sentencia definitiva la resolución de la excepción de nulidad opuesta.

6. A fs. 286 y ss., con fecha 30 de agosto de 2017, la Dirección Ejecutiva del SEA presentó el informe requerido y acompañó copia autenticada de los expedientes administrativos, que rolan de fs. 337 a fs. 18962.
7. A fs. 18964, con fecha 14 de septiembre de 2017, Lago Yelcho SpA solicitó tener por acompañado un informe donde se compara el tratamiento que el SEA ha tenido para aprobar proyectos de acuicultura mar adentro en la IV Región de Coquimbo, con el caso de autos.
8. A fs. 18984, con fecha 26 de septiembre de 2017, se ordenó traer autos en relación.
9. A fs. 18985, con fecha 10 de octubre de 2017, Lago Yelcho SpA acompañó un informe que acreditaría que el efecto paisajístico causado por los proyectos no es significativo.
10. A fs. 19048, con fecha 8 de noviembre de 2017, se fijó audiencia de alegatos para 16 de noviembre de 2017, a las 10:00. Sin embargo, a fs. 19049, Lago Yelcho SpA solicitó suspender la referida audiencia, por estar configurada la causal del art. 165 N° 6 del Código de Procedimiento Civil. El tribunal accedió a la solicitud, a fs. 19053.
11. A fs. 19054, con fecha 14 de noviembre de 2017, se fijó audiencia, la que se llevó a efecto el día 28 de noviembre de 2017, a las 10:00, como consta en Acta de instalación de fs. 19061 y certificado de alegatos de fs. 19063.
12. A fs. 19064, con fecha 28 de noviembre de 2017, la presente causa quedó en acuerdo; y a fs. 19065 se designó redactor al Ministro Sr. Michael Hantke Domas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, Lago Yelcho SpA solicita al Tribunal ordene al SEA volver a dictar la Resoluciones Reclamadas, esta vez por un reemplazante no inhabilitado del Director Ejecutivo del SEA, o que se califique favorablemente sus siete Proyectos de Centro de Engorda de Salmonídeos que pretende ubicar en diversas localizaciones, todos cercanos a la costa que de sur a norte va desde Punta Loncoyén hasta Punta Huezhui, Provincia de Valdivia, XIV Región de los Ríos, aunque en mar expuesto.

A juicio de Lago Yelcho SpA, las Resoluciones Reclamadas adolecen de varios vicios. Primero, la Dirección Ejecutiva del SEA habría dictado las Resoluciones Reclamadas fuera del plazo fatal dispuesto por la ley. Segundo, que contrario a lo determinado por la Dirección Ejecutiva del SEA, los Proyectos si acreditaron el cumplimiento del Reglamento Ambiental para la Acuicultura -en adelante el «RAMA»- en lo referente a la disposición de módulos y sistemas de fondeo en condiciones de seguridad y caracterización de las variables oceanográficas de los lugares de emplazamientos. Tercero, que también acreditó el cumplimiento de la normativa ambiental con relación a la no afectación significativa del valor paisajístico. Por último, solicita la condena en costas a la Dirección Ejecutiva del SEA. Por su parte, la Dirección Ejecutiva del SEA informó que las Resoluciones Reclamadas fueron dictadas en conformidad a la normativa vigente, por lo que solicitó el rechazo de la reclamación. De esta forma, primero, sostuvo que aunque dictó las Resoluciones Reclamadas fuera de plazo, éste término no es fatal. Segundo, que Lago Yelcho SpA no acreditó el cumplimiento del RAMA en lo referente a la disposición de módulos y sistemas de fondeo en condiciones de seguridad y caracterización de las variables oceanográficas de los lugares de emplazamientos, ni determinó adecuadamente el área de influencia. Tercero, que el Proponente tampoco proporcionó información suficiente para descartar la no afectación significativa del valor paisajístico. Solicita además la condena en costas a Lago Yelcho SpA.

C. Alegaciones de las partes

SEGUNDO. Que Lago Yelcho SpA señaló:

- a) Las Resoluciones Reclamadas fueron dictadas en contravención a lo dispuesto en el art. 20 de la ley N° 19.300, en adelante «LBGMA», esto es, por haber transcurrido más de 30 días del plazo fatal impuesto por la ley para la resolución del recurso de reclamación interpuesto. Indicó que éstas fueron resueltas a los 148 días de presentado el recurso, lo que implicaría una infracción

de ley y por lo tanto se solicita la nulidad de las resoluciones. Además, justificó la competencia del Tribunal para conocer de esta clase de excepciones en que a ley no distingue si sólo se pueden efectuar alegaciones de fondo, sino que se permite discutir la legalidad del acto, haciéndolas valer como de previo y especial pronunciamiento.

- b) Respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces, sostuvo que demostró que cumplió con lo previsto en el art. 4 letra e) del RAMA, en lo referente a disponer de módulos y sistemas de fondeo en condiciones de seguridad apropiadas a las características del sector a objeto de prevenir el escape de peces. Esto fue acreditado en Adenda complementaria en que presentó el sistema de cultivo con balsas-jaulas circulares sumergibles, a la que acompañó ficha técnica. En sede de reclamo administrativo, además, acompañó certificado del fabricante en que se acreditó la aptitud de dicho sistema para contener peces en cultivo.

Agregó que el citado artículo indica únicamente que Lago Yelcho SpA debe *«Disponer de módulos de cultivo y fondeo que presenten condiciones de seguridad apropiadas a las características geográficas y oceanográficas del sitio concesionado, para prevenir el escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o desprendimiento o pérdida de recursos exóticos en cultivos extensivos [...]»*. Añadió que el diseño debe prevenir el escape de peces, no implica que éste evite de forma absoluta que no ocurra dicho suceso, pues dada la posibilidad de que ocurran escapes es que existen los planes de contingencia previstos en el art. 5 del RAMA. De esta manera, indicó que la norma exige una resistencia mínima de las instalaciones que asegure razonablemente que no colapsará o escaparán peces, solo en circunstancias extraordinarias.

Añadió que en un caso similar, como sería el del proyecto «Cultivo de dorados *Seriola lalandi*, Pert No

205042007», aprobado por Resolución Exenta N° 17 de 2014, de la COEVA de la IV Región de Coquimbo, en donde existirían a su juicio similares características de emplazamiento, no se hizo una exigencia tan estricta, no justificándose una razón diversa para su situación en particular.

- c) Respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento del proyecto sostuvo que, de acuerdo al art. 4 letra e) del RAMA, es la Subsecretaría de Pesca -en adelante «SUBPESCA»- quien, con informe del Ministerio del Medio Ambiente, debe establecer la metodología para el levantamiento de información, procesamiento y cálculos del estudio de ingeniería, así como las especificaciones técnicas de las estructuras de cultivo, mediante una resolución que aún no se dicta.

Sin perjuicio de lo anterior, Lago Yelcho SpA señaló que el art. 87 de la Ley General de Pesca y Acuicultura -en adelante «LGPA»- establece que la calificación ambiental del proyecto corresponde a la Caracterización Preliminar del Sitio -en adelante «CPS»-, que es la única que regula, en el ámbito de la acuicultura, los parámetros de determinación de las características del sitio de emplazamiento del proyecto. Sostuvo que el art. 15 del RAMA contiene los elementos de la CPS que deben ser considerados por la SUBPESCA para evaluar ambientalmente un proyecto y otorgar el correspondiente Permiso Ambiental Sectorial -en adelante «PAS»- mientras que el art. 16 del mismo reglamento se remite a la ya citada Res. Ex. N° 3612 de 2009 de la SUBPESCA. En conclusión, adujo que sólo la SUBPESCA define los parámetros para la CPS, no pudiendo el SEA exigirle a los titulares de proyectos de acuicultura parámetros no contemplados en la CPS ni tampoco metodologías que no estén expresamente reguladas para tal instrumento.

Agregó Lago Yelcho SpA que acompañó los antecedentes relacionados con la modelación de aporte de alimentos no consumido y fecas que serían generados por cada uno de los proyectos, por medio del software DEPOMOD, herramienta que ha sido aceptada por la autoridad para evaluar otros proyectos de similar tipología, en otras regiones del país, utilizando solo los datos obtenidos de la CPS, como es la correntometría euleriana de 24 horas en cuadratura, situación que representa el periodo de menor circulación o menores corrientes.

Añadió que la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de la SUBPESCA, establece que se debe realizar la CPS para determinar si el área de sedimentación corresponde a un área erosiva o a un área de depósito. De los resultados obtenidos de la modelación, y acompañados en el procedimiento de evaluación ambiental, se determinó que el aporte de alimentos no consumido y fecas se encontraba bajo los módulos de cultivo en valores aceptables si se comparan con otros proyectos de similar tipología evaluados favorablemente en el SEA.

A pesar de lo anterior, en el Informe Consolidado de Aclaración, Rectificación y Ampliación -en adelante «ICSARA»- N° 1 se habría determinado que se debía descartar todos los datos acompañados en el anexo 11 de las DIAs y realizar un nuevo estudio de corrientes marinas por 30 días. Añadió que tal solicitud se basa un informe elaborado por el Instituto de Fomento Pesquero respecto de la modelación DEPOMOD, que recomienda contar con el máximo de detalle respecto de las condiciones ambientales, para lo que sería suficiente contar con 30 días de datos hidrográficos. Sostuvo que la exigencia de realizar una correntometría de 30 días en modelación DEPOMOD superó los márgenes que las normas legales y reglamentarias han fijado para la evaluación ambiental de los proyectos de acuicultura. Añadió que los resultados de la modelación obtenidos de la Correntometría Euleriana de 24 horas adjuntado en el anexo 11 de la

DIA y que ha sido aceptado para aprobar favorablemente en otras regiones del país proyectos de la misma tipología, son suficientes; y que los resultados del informe complementario de aumento de velocidades fueron obtenidos respecto de proyectos de acuicultura ubicados en canales, estrechos o zonas de menos movimiento de corrientes marinas, por tanto con una dispersión mucho menor a las de los proyectos propuestos.

Por último, agregó que una vez otorgada la concesión, el titular debe realizar todas las mediciones y estudios oceanográficos necesarios para los cálculos e ingeniería de fondeo e ingeniería de detalle, que determinarán las estructuras definitivas del proyecto. En su opinión, la solicitud y necesidad de dichas mediciones serán pertinentes en la fase de pre-ejecución del proyecto y no en etapa de evaluación ambiental, configurando entonces una exigencia que va más allá de la normativa de evaluación.

- d) Respecto a la posible afectación del valor paisajístico, sostuvo que el único argumento que utilizó la Dirección Ejecutiva del SEA es que no se habrían presentado antecedentes necesarios para justificar que no se generan impactos sobre el valor paisajístico. Sin embargo, de la lectura de los Of. Ord. N° 133, 130, 135, 131 y 131, todos de fecha 11 de julio de 2016, del Servicio Nacional de Turismo -en adelante «SERNATUR»- de la XIV Región de Los Ríos, consta que éste organismo se manifestó conforme con los Proyectos. Además, como durante la evaluación el proyecto fue modificado para instalar balsas-jaula sumergibles, su eventual impacto visual disminuyó significativamente. Añade que se realizaron análisis de visibilidad y simulación en 3D para descartar los efectos sobre el valor paisajístico, concluyendo que la distancia desde el polígono a la costa en muchos casos hacía imperceptible las estructuras por un observador.

TERCERO. Que la Dirección Ejecutiva del SEA en su informe, en síntesis, señaló:

- a) Respecto de la excepción de nulidad interpuesta indicó que el plazo regulado en el art. 20 LBGMA no es fatal. Añadió que ante el incumplimiento del plazo legal por parte de la Administración, el particular debe solicitar que se resuelva el procedimiento o la aplicación del silencio administrativo. También sostuvo que la doctrina es conteste en afirmar que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus funciones, siendo válida la ejecución extemporánea, y además que ello concuerda con el principio de conservación del acto, no pudiendo cualquier vicio anular el acto en la medida que no sea de gravedad o trascendencia, siendo por tanto la nulidad un remedio excepcional que procede ante vicios graves y esenciales. Ello no se produce en el incumplimiento del plazo, dado que no tiene carácter de fatal.
- b) Respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces, indicó que el SEA exigió que se acreditara el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, como lo es art. 4 letra e) del RAMA, de la forma que esa misma norma lo exige, pero Lago Yelcho SpA presentó información incompleta, lo que impidió tal comprobación.

Añadió que en cada ICSARA complementario, la autoridad ambiental señaló sobre el Anexo N° 2 de la Adenda N° 1, en lo relativo a las variables ambientales que inciden en el diseño del sistema de fondeo, que los datos utilizados carecen de sustento, pues no se especifica su origen ni representatividad de las características locales del lugar de emplazamiento del proyecto. El motivo de dicha solicitud es que las características del sector de emplazamiento de los Proyectos son distintas a aquellas en que habitualmente se instalan este tipo de estructuras, a saber, en aguas protegidas como

bahías, puertos y fiordos; por tanto, resulta imprescindible conocer las condiciones basales en el área de emplazamiento del proyecto para las componentes de viento, altura de ola y corriente, para lo cual solicitó expresamente presentar: i) estudio de viento del área de emplazamiento del proyecto, con datos validados por la estación meteorológica más próxima; ii) estudio de olas que permita determinar el clima de oleaje operacional y oleaje de diseño en el sitio de interés del proyecto, y iii) valor de corrientes, dado que los proyectos se ubicarán en un sitio expuesto, las estructuras de cultivo se comportarán de manera distinta a las ubicadas en fiordos y canales, por lo que deben calcularse las variables de manera estricta. Además, señaló que en cada ICSARA complementario solicitó que Lago Yelcho SpA presentara nuevamente el proyecto de ingeniería que permitiese acreditar el cumplimiento del citado art. 4 letra e) del RAMA.

Al respecto, indicó que Lago Yelcho SpA siempre respondió que el respectivo estudio sería realizado y presentado para su evaluación con posterioridad en el marco del otorgamiento, por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, de la respectiva concesión de acuicultura. Además, indicó que adjuntó en el Anexo 2 de todas las Adendas complementarias, i) respecto del estudio de vientos, un Informe de Vientos elaborado con datos obtenidos de la web *Windfinder*,; ii) respecto del estudio de olas, presentó un informe de olas, utilizando de manera referencial los valores de altura y periodo de la ola registrados durante un mes extraídos de la web *Windfinder*, y reiteró que éste será realizado y presentado en detalle para su evaluación para otorgamiento de la concesión de acuicultura; y iii) no presentó el proyecto de ingeniería solicitado, sino que informó que modificaría las estructuras de cultivo de

balsas-jaulas metálicas cuadradas a circulares plásticas sumergibles, afirmando que daría mayor seguridad al personal y protegería las estructuras de cultivo ante condiciones climáticas adversas; que cada una contaría con una malla pecera metálica en función de malla lobera y con ello se minimizaría el ataque y rotura de la malla por parte de mamíferos marinos; y que la Memoria de Cálculo de Fondeo de cada Anexo N° 1 sería complementada con los respectivos estudios oceanográficos, una vez obtenida la concesión de acuicultura.

Dado lo anterior, la Dirección Ejecutiva del SEA indicó que la SUBPESCA señaló que el tipo de estructuras de cultivo propuestas en los Proyectos es diferente a las utilizadas actualmente por la industria salmonera, razón por la cual la información aportada no era suficiente para asegurar el cumplimiento de condiciones de seguridad frente a condiciones adversas; además que los datos de olas y vientos fue obtenida de la web *Windfinder*, que es un servicio de información meteorológica gratuita para quienes practican actividades recreativas relacionadas con el viento, por lo que no es información confiable para determinar el montaje de un centro de cultivo.

Añadió que la SUBPESCA determinó que la Memoria de Cálculo de Fondeo contempló una errada metodología de análisis de las fuerzas ambientales involucradas, a saber viento, olas y corrientes, porque Lago Yelcho SpA no abordó de manera adecuada los estudios pertinentes ni midió los datos oceanográficos *in situ*; sino que fueron extraídos de una tabla subjetiva como lo es la Escala de *Beaufort* para el caso de vientos y olas, mientras que para el caso de corrientes no se supo la procedencia y calidad de los datos.

En conclusión, desde un punto de vista probatorio, señaló que Lago Yelcho SpA no acreditó el cumplimiento del art. 4, letra e) del RAMA, por lo que no era posible

determinar que las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo estuvieran diseñadas de acuerdo a las condiciones o características geográficas y oceanográficas del sitio donde se pretendían instalar.

- c) Respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento de los Proyecto, la Dirección Ejecutiva del SEA indicó que existía una confusión por Lago Yelcho SpA entre la CPS y la determinación del área de influencia del Proyecto.

En ese sentido, sostuvo que en el acápite 6.15.6 de las DIA, Lago Yelcho SpA acompañó antecedentes relacionados con la modelación con software DEPOMOD del aporte de alimento no consumido y fecas que generarán los centros de engorda, cuantificando la tasa de Carbono Orgánico Total que se depositaría sobre el sedimento marino, así como también entregó el cálculo de la futura disponibilidad y demanda de oxígeno. Añadió que en el acápite 3.2.1.1 del informe Análisis de Información Geográfica Sectorial y Modelación con DEPOMOD, del Anexo 11 de las DIA, se indicó que los valores de corrientes se determinaron en base al área que cubre las mallas de cultivo y el área del fondo, tratando de cubrir la mayor longitud de la columna de agua, según correntometría realizada, modelado con los datos de corriente obtenidos según directrices de las metodologías de confección de CPS, bajo la aplicación de la Res. Ex. N° 3612 de 2009 de SUBPESCA. Esto es, con un mínimo de 24 horas en periodo de cuadratura, que es el periodo de menor circulación o menores corrientes, lo que para efectos de la modelación determinará el peor escenario de dispersión.

Agregó que Lago Yelcho SpA, en el mismo Anexo 11 de las respectivas DIA, también entregó un informe denominado «Análisis de Velocidad de Corrientes en Fases Mareales de Sicigias respecto a Cuadraturas en Estudios de Corrientes de 30 días, en las regiones de Los Lagos, Aysén y Magallanes. Modelación en DEPOMOD en sicigia», cuyo

objetivo era sensibilizar las corrientes de fase lunar de cuadratura para simular escenarios oceanográficos desfavorables, para lo cual determinó el porcentaje de las corrientes en fase de cuadratura que aumentarían en fase de sicigia. La Dirección Ejecutiva del SEA señaló que la metodología de dicho estudio consistió, fundamentalmente, en analizar 11 mediciones de corrientes de 30 días aproximadamente realizados para distintas empresas en las regiones de Los Lagos, de Aysén y de Magallanes, entre los años 2007 y 2014. A partir de éstas, el Proponente realizó cálculos para determinar un factor de ajuste, que cifró en 20%, el que aplicó a los datos de corrientes obtenidos de la medición realizada en la CPS durante cuadratura en el sector Norte de Punta Chungungo, Comuna de Valdivia, XIV Región de los Ríos. Luego de esto, Lago Yelcho SpA realizó una modelación de dispersión con el software DEPOMOD utilizando las velocidades de corrientes de cuadratura aumentadas en el ya señalado 20%, en dirección Este, es decir, hacia el sector en que se emplaza el Área de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos -en adelante «AMERB»- Punta Quemada, cercano al Proyecto, obteniendo como resultado que la depositación de carbono total no llega ni se superpone a ésta.

Añadió la Dirección Ejecutiva del SEA que, en cuanto al área de influencia del proyecto, Lago Yelcho SpA la definió como: *«el área cercana o próxima al área correspondiente a la concesión de acuicultura, con sus respectivas estructuras y sistemas de fondeo más la superficie comprendida producto de la dispersión de la pluma de aporte de alimento no consumido y fecas de los salmónidos»*.

La Dirección Ejecutiva del SEA afirmó que, a pesar que Lago Yelcho SpA argumentó en el proceso de evaluación ambiental que los Proyectos no generarían los efectos del art. 11 LBGMA, debido a que los resultados de la modelación DEPOMOD del Proponente no proyectaban un área

de influencia submareal fuera de los límites de las áreas de emplazamiento de las estructuras, ese servicio no fue convencido de dicha afirmación.

Al respecto, indicó que SUBPESCA señaló que no pudo corroborar lo afirmado por Lago Yelcho SpA, pues éste sustentó su análisis utilizando la modelación DEPOMOD usando sólo información de correntometría de fase de cuadratura medida durante 24 horas; es decir, en la condición de menor circulación o dispersión. La Dirección Ejecutiva del SEA señaló que en ausencia de información oceanográfica completa, en particular la correntometría en el momento de mayor circulación, en fase de sicigia, y por ende con mayor dispersión, no era posible recrear los escenarios de dispersión. El Servicio indicó que por lo anterior, SUBPESCA requirió reiteradamente que Lago Yelcho SpA presentase una información oceanográfica, en forma de correntometría de al menos 30 días de duración, la cual contiene la información de los momentos en un mes con mayor y menor dinámica de circulación y, por ende, con mayor y menor dispersión, para conocer si había impacto sobre los recursos biológicos del AMERB cercana. Entonces, se concluyó que Lago Yelcho SpA no entregó información oceanográfica suficiente para una modelación precisa de la dispersión, lo cual era de suma relevancia considerando que los Proyectos se emplazarían en un área de alta diversidad marina, representada principalmente por otáridos y mustélidos y que, además, de forma temporal se habría observado el desplazamiento de cetáceos, por lo que no sería posible descartar la generación de alguno de los efectos, características o circunstancia del art. 11 LBGMA.

Añadió la Dirección Ejecutiva del SEA que la Gobernación Marítima de Valdivia se pronunció de similar manera durante el proceso de evaluación de todos los proyectos, señalando que el estudio de velocidad de corrientes presentado mediante la recopilación de mediciones de 30 días en las regiones de Los Lagos, Aysén y Magallanes

«[...] no es una herramienta viable, debido a que citados sectores son de aguas interiores (canales y fiordos) y el proyecto está considerado en costa expuesta". Por esta razón, solicitó a Lago Yelcho SpA la realización de las mediciones de las variables oceanográficas *in situ*, con el fin de confirmar si el depósito de Carbono Total, considerando velocidades de corrientes de sici-gia y direcciones hacia el Este, no llega ni se superpone al AMERB cercana al proyecto. Ante la respuesta de Lago Yelcho SpA, dicho organismo concluye que ésta no entregó nuevos antecedentes.

Por lo anterior, la Dirección Ejecutiva del SEA sostuvo que Lago Yelcho SpA confundía los conceptos de área de influencia del proyecto y CPS, pues éste considera que para obtener la resolución de calificación ambiental basta con acreditar el cumplimiento del RAMA respecto a la CPS e INFA, requeridos para el otorgamiento del PAS N° 116, sin que el SEA pueda establecer nuevas exigencias respecto a correntometrías de 30 días. En ese sentido, sostuvo que si bien para el otorgamiento del PAS N° 116, por disposición expresa del art. 116 del D.S. N° 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente -en adelante «RSEIA»- se debe cumplir sólo con lo dispuesto en el RAMA y en la Res. Ex. N°3612 de 2009, de SUBPESCA, ello no implica que el SEA, sobre la base de lo indicado por los organismos sectoriales, no pueda establecer las exigencias necesarias para la determinación del área de influencia, y para el descarte de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19300, en adelante «LBGMA».

Agregó que el área de influencia es crucial para la evaluación ambiental, tal como lo define el art. 2, letra a) LBGMA, y el art. 19, letras b.1, y el art. 18, letra d) RSEIA. En cambio, el art. 2°, letra e) del RAMA, indica que la CPS contiene los antecedentes ambientales del área que se solicitado en concesión, tal como se desprende del numeral 8 de la Res. Ex. N° 3612

de 2009, de SUBPESCA, y por tanto, para la CPS se prioriza la zona de concentración de la materia orgánica generada por un proyecto, es decir, se evalúa la peor condición respecto del depósito de biosólidos. En cambio, el área de influencia del proyecto es aquella área dónde se podrían generar alguno de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA, de manera que es donde Lago Yelcho SpA debe demostrar la no generación de aquellos, independiente de su concentración.

Entonces, concluyó que para la CPS se evalúa ambientalmente la peor condición de dispersión de los biosólidos generados, con lo que es suficiente modelar en fase de cuadratura, ya que se estarían considerando las menores velocidades de corrientes en relación al promedio; pero para determinar el área de influencia, se debe modelar en fase de sicigia, puesto que se estarían considerando las mayores velocidades de corriente respecto al promedio y, por lo tanto, se obtendría la máxima área de dispersión de biosólidos, independiente de su concentración.

Por último, respecto a las aprobaciones ambientales anteriores en las cuales fue admisible presentar CPS con correntometría de 24 horas, indicó que estas deben efectuarse dependiendo del emplazamiento de cada proyecto, por lo que la Administración no está obligada a resolver de la misma forma todos los casos, y que no aplica tampoco el principio de confianza legítima.

- d) Respecto de la afectación significativa del valor paisajístico indicó que, de acuerdo a lo dispuesto en la letra b) del art. 12 bis LBGMA, es obligación de Lago Yelcho SpA acompañar *«Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental»*. Agregó que Lago Yelcho SpA entregó en Anexo 9 de las DIA, el Informe «Análisis del Valor

Paisajístico y Turístico», el cual concluyó que la solicitud de concesión no impactará negativamente sobre los destinos y rutas turísticas utilizadas en la XIV Región de Los Ríos.

La Dirección Ejecutiva del SEA indicó que, sin perjuicio de tal conclusión de Lago Yelcho SpA, en los ICSARA N° 1 de los Proyectos, se solicitó ampliar la información presentada en el Anexo 9 de la DIA, realizando un análisis completo desde tierra hacia el mar, y ampliar el catastro de atractivos turísticos naturales y culturales en el área de influencia directa del proyecto, considerando un radio de hasta 3.000 m alrededor del área de concesión. Si bien Lago Yelcho SpA en todas sus Adendas N° 1 adjuntó la información solicitada, el SEA en cada uno de los ICE, así como la COEVA de Los Ríos, estimaron que no se entregó información necesaria para descartar fundadamente la no generación de los efectos, características y circunstancias del art. 11 letra e) LBGMA. Lo anterior, por cuanto las modificaciones planteadas por Lago Yelcho SpA al sistema de cultivo presentadas en las Adenda complementarias, contenían una variación significativa del diseño de las estructuras y las redes a utilizar, como asimismo, de la distribución espacial de las balsas jaulas al interior de la concesión solicitada, siendo necesario un nuevo análisis de visibilidad y del valor paisajístico de la zona.

No obstante, reconoce la Dirección Ejecutiva del SEA que los proyectos «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Chanchan, PERT N°210141021», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Piedra Blanco, PERT N°210141023», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Chanchan, PERT N°210141022», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Huezhui, PERT N°210141020», y «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Huezhui, PERT N°210141019», tienen pronunciamiento conforme del SERNATUR; pero destacó que estos eran de fecha previa a la presentación de las

Adenda complementarias de tales proyectos, donde se introdujeron las modificaciones al proyecto, por lo cual dicho organismo no contó con los nuevos antecedentes necesarios para analizar la posible afectación al valor paisajístico. Además indicó que los pronunciamientos sectoriales, según el art. 38 de la ley N° 19880, eran facultativos y no vinculantes.

En cambio, para los proyectos «Centro de Engorda de Salmonídeos Oeste de Punta Cárcamo, PERT N°210141011», y «Centro de Engorda de Salmonídeos Noroeste de Punta Loncoyen, PERT N°210141012», el SERNATUR se pronunció inconforme, pues el lugar de emplazamiento correspondería a un sector marino inmediatamente aledaño a la denominada «Ruta del Mar-Circuito Selva Valdiviana» en la ruta T-352, cuya señalética turística fue implementada por la Dirección Nacional de Vialidad y el SERNATUR en enero del año 2013, para dar al trazado valor turístico y paisajístico, el cual logre unir la tradición histórica de los fuertes, las playas, la naturaleza y los bosques milenarios de alerce presentes en la zona costera de la XIV Región de Los Ríos.

II. Determinación de las controversias

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

1. Excepción de nulidad de las Resoluciones Reclamadas por incumplimiento del plazo fatal para su dictación.
2. Acreditación del cumplimiento del art. 4 letra e) del RAMA respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces.
3. Acreditación de la correcta determinación de la CPS y del área de influencia, respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento.
4. Cumplimiento del art. 12 bis letra b) LBGMA.

1. Excepción de nulidad de las Resoluciones Reclamadas por incumplimiento del plazo fatal para su dictación

QUINTO. Que, a este respecto, la doctrina nacional ha sostenido que «la regla general es que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus obligaciones, aun cuando la ley los fije determinadamente y que [...] los actos de ejecución extemporánea de dichas obligaciones son válidos» (CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2da Edición, Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 391-392).

También se ha sostenido que, en virtud del principio de conservación de los actos administrativos, los vicios e ilegalidades de éste no generan su nulidad en tanto no sean trascendentes, graves y esenciales (BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, 3ra Edición, 2014, Chile).

Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha determinado en relación con dicho principio que la nulidad solo será procedente «si el vicio es grave y esencial», y que «no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados» (Sentencia de 10 de diciembre de 2014, Rol N° 16.706 2014, c. 16°).

SEXTO. Que, estos sentenciadores son de la opinión que el incumplimiento del plazo establecido en el art. 20 LBGMA no genera como efecto la nulidad del acto. Esto es así, a juicio de estos sentenciadores, no sólo porque el incumplimiento del plazo no constituye un vicio trascendente, grave y esencial, que acarree la nulidad del acto administrativo impugnado, sino porque este incumplimiento no le ha causado ningún perjuicio al Reclamante. En efecto, de haber sido el caso contrario, Lago Yelcho SpA habría ejercido su derecho a pedir que se certificara que su solicitud no había sido resuelta dentro del plazo legal, conforme lo consagra el art. 65 de la ley N° 19880. Aún más, el abogado del Reclamante, al ser consultado durante su alegato

por el Tribunal sobre la razón de no haber ejercido este derecho, este indicó que no quisieron hacerlo a la espera de un pronunciamiento favorable. Esto grafica que el perjuicio alegado no es tal, sino que se cuestiona solamente por ser desfavorable el pronunciamiento y no por inoportuno.

No existiendo nulidad sin perjuicio, y no habiendo solicitado el silencio negativo, teniendo la carga procesal de hacerlo, no se hará lugar a la nulidad promovida, y así se declarará en lo resolutivo.

2. Acreditación o no del cumplimiento del art. 4 letra e) del RAMA respecto a la pérdida de estructuras y escape de peces

SÉPTIMO. Que, el Tribunal coincide con la Dirección Ejecutiva del SEA en que la exigencia de información adicional hecha en el ICSARA complementario de los Proyectos, algo que no controvierte Lago Yelcho SpA, tuvo como fundamento comprender a cabalidad las características locales del lugar de emplazamiento de los Proyectos; que eran distintas a aquellas en que habitualmente se habían instalado este tipo de estructuras, a saber, ubicadas en lugares de aguas protegidas como bahías, puertos y fiordos (aguas protegidas).

OCTAVO. Que, en ese sentido, estos sentenciadores sostienen que es ajustado a derecho que se exija más evidencia para que la Administración pueda convencerse que se cumple la normativa ambiental aplicable, en el ejercicio de su mandato legal.

Como sostuvo la Dirección Ejecutiva del SEA, dada la sensibilidad del área de emplazamiento de los proyectos y la falta de experiencia previa sobre instalaciones de acuicultura en mar abierto en el sur de Chile, se hizo imprescindible exigir la realización de un levantamiento de las condiciones basales en el área de emplazamiento de los Proyectos para las componentes de viento, altura de ola y corriente, con información levantada *in situ*. Como se indicó, el motivo de dicha solicitud es que las características del sector de emplazamiento de los Proyectos eran distintas a aquellas en que habitualmente se habían

instalado este tipo de estructuras, a saber, en aguas protegidas como bahías, puertos y fiordos. Por tanto, a juicio del Tribunal resultaba imprescindible conocer las condiciones basales en el área de emplazamiento de los proyectos, pues dado que éstos se iban a ubicar en mar abierto, las estructuras de cultivo se podrían comportar de manera distinta a las ubicadas en fiordos y canales, por lo que debían calcularse estas variables de manera estricta.

Adicionalmente, la Administración solicitó lícitamente una nueva presentación del proyecto de ingeniería que permita acreditar el cumplimiento del citado art. 4 letra e) del RAMA.

NOVENO. Que, si bien es cierto que, tal como indica Lago Yelcho SpA en cada Adenda complementaria, el estudio solicitado por la Administración también debía realizarse y presentarse para la evaluación del otorgamiento por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas de la concesión de acuicultura, aquello no obsta al cumplimiento -durante el procedimiento de evaluación ambiental- de la normativa ambiental aplicable en los términos exigidos en el art. 4 letra e) del RAMA.

DÉCIMO. Que, en las Adenda complementarias, Lago Yelcho SpA no sólo no acompañó el medio de prueba que el mismo RAMA exige, sino que acompañó una Memoria de Cálculo de Fondeo, e informes de vientos y olas, poblados con datos para la zona obtenidos de la página web *Windfinder*, en lugar de ser obtenidos con información *in situ* y corroborada de la forma que solicitó el ICSARA complementario.

Por tanto, estos sentenciadores estiman que SUBPESCA no contó con los antecedentes necesarios para haberse convencido de que los Proyectos cumplían con la normativa ambiental aplicable. En particular, el tipo de estructuras de cultivo propuestas era diferente a las utilizadas tradicionalmente por la industria salmonera, razón por la cual la información aportada, tanto en la Memoria de Cálculo de Fondeo como en el Informe de Vientos, Olas y Corrientes, no fue suficiente para asegurar el cumplimiento de condiciones de seguridad frente a condiciones adversas.

UNDÉCIMO. Que, por tanto, este Tribunal considera que con la debilidad de la evidencia aportada por Lago Yelcho SpA durante la tramitación de los Proyectos, no era posible tener por acreditado el cumplimiento del art. 4 letra e) del RAMA. Esta conclusión se sostiene toda vez que no es posible convencerse aplicando el estándar probatorio de preponderancia de la prueba, que las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo estuvieron diseñados de acuerdo a las condiciones o características geográficas y oceanográficas del sitio donde se pretendía instalar el Proyecto. En ese sentido, el Tribunal concluye que el Director Ejecutivo del SEA actuó conforme a derecho y rechazará esta alegación.

3. Acreditación de la correcta determinación de la CPS y del área de influencia, respecto a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento

DUODÉCIMO. Que, con relación a la caracterización de las variables oceanográficas del lugar de emplazamiento de los Proyectos, este Tribunal considera que, de no determinarse adecuadamente un área de influencia de un proyecto, no resultaría confiable la predicción acerca de la afectación o no de los recursos naturales renovables, ni tampoco podría predecirse algún otro de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA.

En esta línea, y tal como afirmó la Dirección Ejecutiva del SEA, su determinación estuvo justificada, y en caso alguno tuvo carácter arbitrario. A juicio de estos sentenciadores el emplazamiento del proyecto era en mar abierto, y los datos utilizados en la modelación correspondían a proyectos emplazados en fiordos y canales -aguas protegidas-, donde las corrientes tienen su origen, principalmente, en mareas y cambios de densidad. Adicionalmente, el área de influencia era sensible no solo por la localización cercana de un AMERB, sino por el fenómeno de surgencia costera.

DECIMOTERCERO. Que, además, el Tribunal coincide con la Dirección Ejecutiva del SEA en que Lago Yelcho SpA confunde los

conceptos de área de influencia del Proyecto y CPS, pues la Reclamante consideró que bastaba con el cumplimiento del RAMA respecto a la CPS e INFA, requeridos para el otorgamiento del PAS N° 116. Esta interpretación resulta absurda, pues le resta competencias al SEA para establecer nuevas exigencias respecto a correntometrías de 30 días, durante la evaluación ambiental. La normativa reconoce la centralidad del área de influencia para la evaluación ambiental, tal como lo define el art. 2, letra a) LBGMA, y los arts. 19, letras b.1, y 18, letra d), del RSEIA.

En tanto, el art. 2°, letra e) del RAMA, indica que la CPS contiene los antecedentes ambientales del área que se haya solicitado en concesión, tal como se desprende del numeral 8 de la Res. Ex. N° 3612 de 2009, de SUBPESCA, y por tanto, para la CPS se prioriza la zona de concentración de la materia orgánica generada por el Proyecto, es decir, se evalúa la peor condición de dispersión de los biosólidos. Este enfoque resulta útil para la autoridad concesionante, mientras que en el marco de la evaluación ambiental, el área de influencia del proyecto se entiende que corresponde a aquella área donde se podrían generar alguno de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA. De este modo, Lago Yelcho SpA, en su evaluación ambiental no solo debía satisfacer los requerimientos de SUBPESCA, sino que en lo principal debió demostrar la no generación de aquellos efectos, características y circunstancias, independiente de su concentración, y por tanto someter a evaluación la condición de dispersión de los biosólidos.

DECIMOCUARTO. Que, por tanto, en opinión de este Tribunal es razonable el ejercicio de discrecionalidad del SEA en cuanto a que para la CPS se debió evaluar ambientalmente la peor condición respecto a la dispersión de los biosólidos generados. Para este efecto bastaba con modelar en fase de cuadratura, ya que se estarían considerando las menores velocidades de corrientes en relación al promedio. Sin embargo, para determinar el área de influencia, se debe modelar en fase de sicigia, puesto que se estarían considerando las mayores velocidades de corriente respecto al promedio y, por lo tanto, se obtendría la máxima

área de dispersión de biosólidos, independiente de su concentración.

DECIMOQUINTO. Que, este Tribunal considera que, con la debilidad de la evidencia aportada por Lago Yelcho SpA durante la tramitación de los Proyectos no era posible determinar cuál era el área de influencia en relación con el escenario de mayor dispersión de biosólidos. Por tanto, tampoco era posible, en un balance de probabilidades, descartar que no se fuesen a producir los efectos, características y circunstancias del art. 11 LBGMA. En ese sentido, el Tribunal concluye que el Director Ejecutivo ha actuado conforme a derecho y rechazará esta alegación.

4. Cumplimiento del art. 12 bis letra b) LBGMA

DECIMOSEXTO. Que, a este respecto, el Tribunal tiene presente que la Dirección Ejecutiva del SEA reconoció que respecto de los proyectos «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Chanchan, PERT N°210141021», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Piedra Blanco, PERT N°210141023», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Chanchan, PERT N°210141022», «Centro de Engorda de Salmonídeos Suroeste de Punta Huezhui, PERT N°210141020», y «Centro de Engorda de Salmonídeos Norte de Punta Huezhui, PERT N°210141019», existía pronunciamiento conforme del SERNATUR; pero que éstos eran de fecha previa a la presentación de la Adenda complementaria de tales proyectos, donde se introduce las modificaciones al proyecto.

La Dirección Ejecutiva del SEA también reconoció que, para los proyectos «Centro de Engorda de Salmonídeos Oeste de Punta Cárcamo, PERT N°210141011», y «Centro de Engorda de Salmonídeos Noroeste de Punta Loncoyen, PERT N°210141012», el SERNATUR se pronunció disconforme.

Además, estuvo conteste en que los pronunciamientos sectoriales competentes, según el art. 38 de la ley N° 19880, eran facultativos y no vinculantes.

DECIMOSEPTIMO. Que, no obstante lo anterior, dado que los Proyectos fueron modificados durante la evaluación para instalar balsas-jaula sumergibles, su impacto visual teórico disminuiría, y por tanto, para los Proyectos donde el SERNATUR había expresado su pronunciamiento conforme, no existirían motivos para determinar que no se podía conocer el impacto paisajístico de los Proyectos.

En el caso de los Proyectos en que SERNATUR había expresado disconformidad es posible concluir que, como también en ellos se redujo su impacto visual teórico, no existirían motivos para sostener que permanece un impacto paisajístico, o que éste no puede determinarse.

DECIMOCTAVO. Que, sin perjuicio de advertir el Tribunal que la Dirección Ejecutiva del SEA ha motivado equivocadamente su decisión, considera que dicho vicio no es suficiente para revertir la decisión de la Administración de mantener la calificación ambientalmente desfavorable de los Proyectos, por los motivos expuestos en las demás controversias analizadas en el presente fallo. En virtud del principio de economía procesal, además, no anulará siquiera parcialmente la decisión de la Administración, ni se le ordenará que las rehaga, por considerarlo inoficioso.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el arts. 17 N° 5, 10, 18 N° 5, 20, 25, 27 y ss., de la Ley N° 20.600; 20 de la Ley N° 19.300; 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excmá. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de la sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes;

SE RESUELVE:

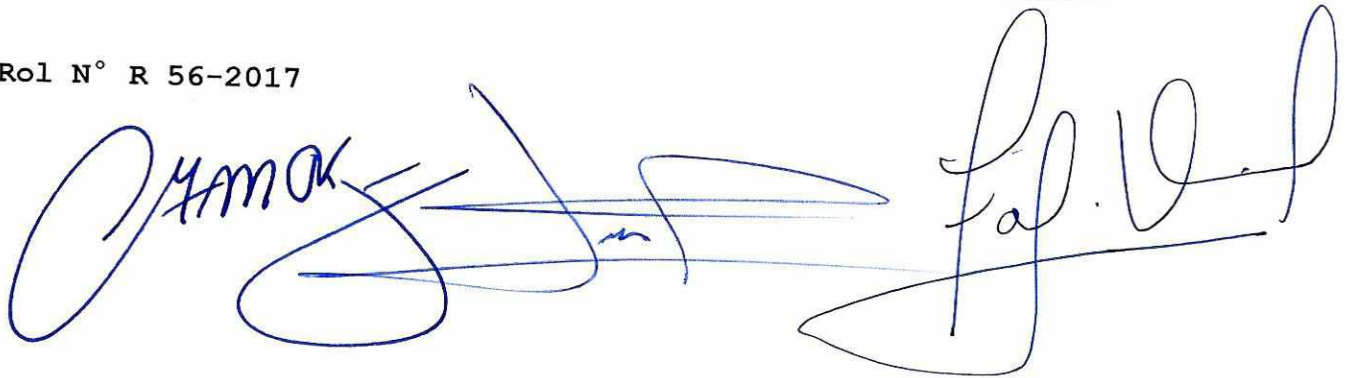
1. **Rechazar** la excepción de nulidad interpuesta por Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA;
2. **Rechazar** en su totalidad la reclamación, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente fallo.

3. **No condenar en costas** a Cultivos Marinos Lago Yelcho SpA,
por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Michael Hantke Domas.

Rol N° R 56-2017



Pronunciada por el I. Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sr. Carlos Gutiérrez Zavala, en calidad de Ministro (s) de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, y Sr. Fabrizio Queirolo Pellerano, en calidad de Ministro (s) del Primer Tribunal Ambiental.

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

En Valdivia, a dos de enero de dos mil dieciocho, se anunció por el Estado Diario.